

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOB A
PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Danielle Antpack Bettim

Porto Alegre

2019

Danielle Antpack Bettim

**A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOB A
PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, orientada pelo Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco e co-orientada pela Prof^ª. Dr^ª. Maria Cláudia Mércio Cachapuz.

Porto Alegre

2019

CIP - Catalogação na Publicação

Bettim, Danielle Antpack

A violação de direitos na jurisprudência brasileira sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais / Danielle Antpack Bettim. -- 2019.

141 f.

Orientador: Gerson Luiz Carlos Branco.

Coorientador: Maria Cláudia Mércio Cachapuz.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. eficácia horizontal dos direitos fundamentais.
2. jurisprudência. I. Branco, Gerson Luiz Carlos, orient. II. Cachapuz, Maria Cláudia Mércio, coorient. III. Título.

Danielle Antpack Bettim

**A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOB A
PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial de grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Maria Cláudia Mércio Cachapuz (co-orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor

Professor

Professor

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de _____ de 2019.

“Both liberty and equality are among the primary goals pursued by human beings throughout many centuries; but total liberty for wolves is death to the lambs, total liberty of the powerful, the gifted, is not compatible with the rights to a decent existence of the weak and the less gifted.”

Isaiah Berlin

AGRADECIMENTOS

É cediço que todo trabalho científico é fundamentado em pesquisas anteriormente realizadas. Da mesma forma, esta dissertação foi feita com base nos pilares do afeto e do comprometimento profissional de várias pessoas que contribuíram, de alguma forma, para se chegar ao resultado final.

No primeiro plano, agradeço a meu orientador, Professor Gerson Branco, pela orientação e pelas divergências. Sou-lhe grata pelas muitas vezes em que atuou como posição de antítese às minhas teses – daí que surgiu a síntese, no corpo deste trabalho. Também lhe sou grata pelo estágio docência, oportunidade que me propiciou o real interesse pelo magistério. Também à minha co-orientadora, Professora Maria Cláudia Mércio Cachapuz, por suas ideias (que eu carinhosamente qualifico como “revolucionárias”). Agradeço a ela por me provocar mais dúvidas do que certezas, pelo desafio. Agradeço-lhe, também, por ser fonte [não de obrigações, mas] de inspiração, como mulher jurista competente e admirável.

Agradeço, também, àqueles que cooperaram no âmbito logístico para a realização deste trabalho. Meu agradecimento especial aos funcionários diligentes da *Alphacad*, pela gentileza e prestimosidade, uma vez que prestaram serviços gráficos quase diariamente, tornando o fardo da obtenção de materiais mais leve com sua eficiência. Também aos bibliotecários da Faculdade de Direito da UFRGS, nas pessoas de Nariman e Emerson, pelo auxílio bibliográfico. Às dependências da Biblioteca da Engenharia da UFRGS, bem como à Biblioteca Central da PUCRS, pela infraestrutura de alta qualidade, sou-lhes muito grata. Outrossim, agradeço aos espaços acadêmicos em que pude apresentar e debater o tema de minha dissertação, nos quais pude dizer e ser ouvida, pois significaram para mim verdadeiras oportunidades críticas para além da banca de qualificação. Aos meus queridos amigos Leonardo Trevisan, Ricardo Lima e Emanuel Stobbe, agradeço pela revisão do trabalho (que, como nossa amizade, foi carinhosa e atenta), estando certa de que “*o que Freiburg uniu nem a distância separa*”. Por fim, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela bolsa de estudos concedida, a qual me possibilitou condições materiais de me dedicar integralmente ao mestrado acadêmico no ano de 2018.

Certamente, a nota de rodapé mais calorosa eu dedico à minha família. À minha mãe, por ser a fortaleza que protege e afaga. Desde a marmita de arroz e feijão até as coreografias de zumba, ela sempre esteve presente. Ao meu irmão, que desde pequeno me instigou a ideia de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” – seja quando me escondia uma boneca,

seja quando eu lhe furtava alguma guloseima; com ele, aprendi que o direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade também envolvia dar-lhe uns petelecos na orelha. Ao meu pai (*in memoriam*), pelo exemplo de retidão de caráter, honestidade intelectual e sinceridade, que compõem o maior legado dele que levo na minha personalidade e junto ao meu coração; pelo percurso que trilhou comigo, pelo caminho que me deu apoio para trilhar sozinha.

A todos os meus colegas do mestrado e amigos, pelo carinho e compreensão da ausência. Em especial, a Carolina Tallamini, pela força de viver, na esperança de que, um dia, brindará a comunidade acadêmica com a conclusão de seu trabalho científico (até porque, para nós, “amigos do Couto”, “*the contract is not dead*”). Por fim, agradeço aos professores que, apesar do contato físico rarefeito, deixaram sua marca de inspiração em minha trajetória: Professora Vera Jacob Fradera, Professora Martha Jimenez Olivar e Professor Luís Afonso Heck. Para mim, vocês são parte da tradição que não deve ser esquecida – e jamais apagada.

RESUMO

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi efetivamente discutida e recepcionada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal apenas em 2005. Nesse diapasão, este trabalho tem como objetivo principal, primeiramente, abordar o conceito e as vertentes da referida doutrina para, então, proceder à análise da sua aplicação por determinados tribunais brasileiros a partir de sua recepção no Brasil, tendo por escopo a abordagem crítica de como os magistrados vêm interpretando as lides que lhes são submetidas à luz da referida doutrina.

Palavras-chave: eficácia horizontal, direitos fundamentais, análise jurisprudencial.

ABSTRACT

The horizontal efficacy of fundamental rights was effectively discussed and received in Brazil by the Federal Supreme Court only in 2005. In this tuning, this work has as main objective, firstly, to approach the concept and the aspects of the said doctrine so that, it will analyze its application by certain Brazilian courts from its reception in Brazil, having as its scope the critical approach of how magistrates are interpreting the lawsuits that are submitted to them in the light of said doctrine.

Keywords: horizontal efficacy, fundamental rights, case law analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DOGMÁTICA: A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 Direitos humanos	15
1.2 Direitos humanos e direitos fundamentais	22
1.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais	25
1.3.1 As vertentes da eficácia horizontal	32
1.3.1.1 A teoria da eficácia imediata	36
1.3.1.2 A teoria da eficácia mediata	39
1.3.1.3 A teoria de Schwabe.....	41
1.3.1.4 A corrente da <i>State Action</i>	43
1.3.1.5 As demais vertentes propostas pela doutrina	48
1.4 Conclusões parciais	51
2 CASUÍSTICA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A PARTIR DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	53
2.1 Aporte histórico: a jurisprudência alemã e brasileira	53
2.1.1 Decisões alemãs	53
2.1.1.1 O caso Lüth	53
2.1.1.2 O caso “semanário Blinkfüer”	54
2.1.1.3 O caso do fiador	56
2.1.2 Decisões brasileiras	57
2.1.2.1 Caso 1: A expulsão de membro de uma cooperativa sem a observância das regras estatutárias.....	57
2.1.2.2 Caso 2: Air France.....	58
2.1.2.3 Caso 3: União Brasileira de Compositores.....	59
2.2 A jurisprudência brasileira: pesquisa empírica	60
2.2.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	60
2.2.1.1 Julgados envolvendo direito de associação	62
2.2.1.2 Julgados sobre transporte internacional de bens	73
2.2.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	79
2.2.2.1 Decisões envolvendo direito de associação.....	80
2.2.2.2 Litígios envolvendo planos de saúde.....	94
2.2.3 A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	107

2.2.3.1 Julgados envolvendo direito de associação	109
2.2.3.2 Decisões sobre discriminação sexual	124
2.2.3.3 Julgados acerca de suspensão unilateral de fornecimento de serviços.....	128
2.3 Conclusões parciais	132
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	137

INTRODUÇÃO

“No plano da bioética, seria permitido às seguradoras ou aos empregadores exigir uma análise genética anteriormente à celebração do contrato? Seria possível que uma criança, concebida mediante reprodução assistida ou inseminação artificial em uma clínica privada, tivesse assegurado o direito a conhecer a verdadeira identidade de seu pai? Uma escola católica poderia demitir ou não renovar o contrato de uma professora em virtude de ela ter engravidado e não ter contraído matrimônio?”¹

Ao longo do desenvolvimento da história dos direitos fundamentais, o Estado era tido como o ente que perpetrava as maiores violações de direitos dos particulares. Porém, no decorrer do século XX, constatou-se que instituições privadas também poderiam oferecer ameaça às liberdades dos indivíduos. Isso porque constatou-se que ocorreu a paulatina aquisição de poder político e econômico por parte das conhecidas “instituições intermédias”,² de modo que se passou a constatar o fenômeno da possibilidade de violação de direitos de particulares realizados por esses entes (os quais consubstanciam-se em empresas, instituições religiosas, a mídia, etc.).

Nesse diapasão, a doutrina foi sendo desenvolvida no sentido de que, para além da já consagrada eficácia vertical, conceber-se-ia, também, uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo ela, impõe-se um dever de abstenção não só por parte do Estado, mas também por entidades privadas, no sentido de que elas não poderiam interferir na esfera de direitos fundamentais de indivíduos.

¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

² A expressão “instituições intermédias” é utilizada por Vasco da Silva (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 43). Semelhante a isso é a expressão “fenômeno do poder privado”: “Para Ubillos, a progressiva multiplicação de centros de poder, como as grandes empresas e outros grupos de pressão, e a enorme magnitude que alguns adquiriram, são fatos que facilmente podem ser constatados, Bastando, para tanto, ligar ao redor e observar atentamente a realidade que nos rodeia. O poderia ensejar não estar concentrado somente no estado, mas disperso, terminado na sociedade. Trata-se do fenômeno do Poder privado”. (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 69) Destaca-se, outrossim: “Para Lombardi autor de uma das mais agudas e completas reflexões em torno do conceito de poder privado, esse poder a flora naquelas situações caracterizadas por “uma disparidade substancial entre as partes”. Essa simetria permite que a parte dominante, que se encontra nessa situação por razões econômicas ou sociais, condiciona a decisão na parte mais débil exerceu não poder que é privado no que concerne a sua fonte e aos sujeitos implicados, porém cujo ato de exercícios se realiza com formas de coação e autoridade assimiláveis substancialmente as categorias próprias dos poderes públicos., quando essa posição dominante se institucionaliza, presenciasse um verdadeiro poder de supremacia privada que assume relevância social e, em última instância, pública, relegando a outra parte a uma posição de sujeição e, em muitos casos, de ausência de defesas. Inclusive pode se estabelecer um paralelo entre a atividade das instâncias de poder privado e atividade dos órgãos administrativos no que respeita à forma de adotar e executar decisões”. (VALE, 2004, p. 70)

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apesar de ter sido concebida na segunda metade do século XX na Europa, foi efetivamente discutida e recepcionada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal a partir do Caso União Brasileira de Compositores (Recurso Extraordinário nº 201.819-8), cujo julgamento ocorreu apenas em 2005. A partir disso, o propósito deste trabalho é, primeiramente, abordar o conceito e as vertentes dessa doutrina (como pressuposto para a compreensão de sua aplicabilidade) para, então, analisar a sua aplicação pelos tribunais brasileiros a partir de sua recepção no Brasil, visando à abordagem crítica de como as Cortes vêm decidindo as lides que lhes são submetidas.

Portanto, a pesquisa persegue dois objetivos, a saber: (1) a aferição da aplicação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos tribunais brasileiros nos casos em que ela é expressamente referida;³ (2) a constatação acerca da aplicação das vertentes da eficácia horizontal, apontadas pela dogmática: se elas vêm sendo (2.a) indistintamente aplicadas pelos tribunais pátrios ou (2.b) se a jurisprudência tomou posicionamento pela aplicação de uma dessas correntes especificamente.

Para esse fito, é importante, desde já, definir do que esse trabalho trata e o que ele não aborda. Assim, excluem-se deste estudo as relações de direito que não sejam privadas, de modo que aquelas que envolvam direito público (direito administrativo, direito penal, direito do trabalho, ou mesmo quaisquer situações em que figure, em um dos polos, um ente público) não se enquadram no objeto desta dissertação. Isso porque elas escapam à discussão das relações de direito privado, bem como não dizem respeito aos conflitos havidos entre particulares (ensejando, pois, a eficácia vertical, e não a horizontal de direitos fundamentais, sendo esta efetivamente o objeto deste estudo).

Outrossim, não se propõe a discussão de direitos essencialmente patrimoniais, de modo que discussões relativas ao direito de propriedade privada são excluídos deste estudo.⁴ De outra sorte, propõe-se apenas a abordagem dos direitos que tutelam conteúdo existencial:

³ Para esse fito, procedeu-se à pesquisa de jurisprudência utilizando-se os termos de pesquisa “eficácia horizontal”, “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” e, por fim, “*Drittwirkung*”, conforme será melhor explanado adiante.

⁴ Aqui, aponta-se a diferenciação realizada por FERRAJOLI, citada por Vale, entre direitos patrimoniais e existenciais. Nesse sentido, aponta VALE: “Por exemplo, Ferrajoli, em trabalho recente, estabelece uma divisão entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais que se expressa, entre outras razões, no fato de que os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, “intransigíveis”, personalíssimos, e, em contrapartida, os direitos patrimoniais são direitos disponíveis, negociáveis e alienáveis. Segundo o autor italiano, essa diferença “é algo tão certo que ali onde estivesse permitida a disposição dos direitos fundamentais, esses resultariam também degradados a direitos patrimoniais”. Por isso, “os direitos fundamentais são um limite não só aos poderes públicos, senão também à autonomia privada dos indivíduos”. “Nem sequer voluntariamente se pode alienar a própria vida ou a própria liberdade”. Cuida-se de “um limite, paternalista se assim se deseja, logicamente insuperável”. “Com efeito, um paradoxo se produziria quando, faltando esse limite, os direitos fundamentais fossem alienáveis.” (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 196-197.)

nesse sentido, serão estudadas questões relativas à discussão do direito de associação, do direito de vizinhança (isto é, da relação entre condôminos), do livre desenvolvimento da personalidade (no que toca, especialmente, a orientação de gênero), do direito à saúde (sobretudo quanto ao cumprimento contratual por parte do plano de saúde suplementar contratado). Por oportuno, é importante explicitar que a escolha desses temas deu-se de forma indutiva: inicialmente, procedeu-se à pesquisa de jurisprudência nos tribunais selecionados. A partir dos resultados quantitativamente obtidos, optou-se pelo estudo qualitativo dos grupos de casos encontrados.

Especificamente quanto à metodologia utilizada, na primeira parte do trabalho, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, para a parte dogmática, utilizando-se do método dedutivo. Já na segunda, marcada pela pesquisa jurisprudencial (de caráter pragmático), utilizou-se do método indutivo. Para tanto, uma vez escolhido o tema de pesquisa, procedeu-se à busca de julgados nos principais tribunais do país para a melhor compreensão do tratamento dado pelos magistrados à doutrina da eficácia horizontal. Os tribunais eleitos foram as Cortes Superiores e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Esclarece-se que a pesquisa jurisprudencial consistiu em duas etapas: uma quantitativa e outra qualitativa. A primeira consistiu na pesquisa de julgados, buscando-se os termos (1)“eficácia horizontal”, (2)“eficácia horizontal dos direitos fundamentais” e (3)“*Drittwirkung*” nos tribunais relacionados. O período de pesquisa compreendeu os anos de 2005 a 2018, uma vez que se utiliza o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8 (caso União Brasileira de Compositores, acima mencionado), ocorrido em 2005, como marco inicial para o critério temporal, já que esse julgado iniciou o debate sobre a doutrina no Brasil. Destaca-se que, dos resultados obtidos, foram excluídos julgamentos que não tratassem de relações privadas entre particulares, ou que discutissem em abstrato a questão, e não em concreto. Dessa forma, excluem-se deste estudo as ações constitucionais e aquelas de caráter penal (ADIns, ADPFs e Habeas Corpus).

A partir da pesquisa realizada, observou-se a ocorrência, em maior número, de determinadas espécies de litígio. Desse modo, apresentaram-se demandas perante a corte em que se discutiam (i) exclusão de associado ou cooperativado, (ii) possibilidade de anulação de penalidades impostas a membros no âmbito de associações privadas, (iii) questões condominiais e (iv) negativa de cobertura de plano de saúde (seja por motivo de discriminação de gênero, seja por alegação de “falta de cobertura”).

Uma vez feito o levantamento quantitativo, em razão do volume de casos, para uma análise qualitativa pormenorizada, optou-se pela análise da seleção de julgados obtidos nas

Cortes Superiores e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nesse contexto, após feita a pesquisa junto a Cortes Superiores, observou-se que algumas demandas não chegavam até as últimas instâncias (seja em virtude da hipossuficiência das partes, que enfrentariam as custas processuais, seja em razão da inadmissão de muitos recursos nos Tribunais *a quo*). Por isso, em razão da exequibilidade do projeto de mestrado, já que seria impossível realizar-se a pesquisa jurisprudencial qualitativa em todos os tribunais estaduais brasileiros, escolheu-se a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que se encontra na circunscrição territorial onde a pesquisa foi realizada, bem como pela sua expressiva distribuição processual no cenário nacional.⁵ Portanto, o propósito deste trabalho, embora apresente resultados quantitativos, é o de explorar qualitativamente a análise dos grupos de casos de maior ocorrência – uma vez que o número expressivo em que esses fenômenos chegam às Cortes indica que se tratam dos casos que, em quantidade, mais apontam violação de direitos em se tratando de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

À guisa de estrutura, o trabalho encontra-se dividido em duas partes, sendo a primeira de caráter teórico e a segunda, prático. Nesse sentido, no primeiro capítulo se aborda a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que se traz um aporte histórico e dogmático a respeito. Por seu turno, no segundo capítulo é trazida pormenorizadamente a pesquisa jurisprudencial realizada, sendo estruturada conforme os grupos de casos que, em maior expressividade, foram encontrados, tendo por escopo a análise do tratamento dado aos tribunais à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ao final, conclui-se com a pertinente crítica à jurisprudência da lavra do Supremo Tribunal Federal.

⁵ Conforme o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ocupa a 4ª posição no critério maior distribuição processual nacional. Assim, conforme dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo o critério “casos novos: médio no triênio 2012 – 2014” no âmbito dos Tribunais de Justiça dos estados, elencam-se, na ordem de decrescente: em primeiro lugar, TJSP (5.141.722 processos); em segundo lugar, TJRJ (2.463.756 processos); em terceiro lugar, TJMG (1.692.578 processos); por fim, em quarto lugar, TJRS (1.472.723 processos). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Dados Estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.)

1 DOGMÁTICA: A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como pressuposto para se tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é interessante que se façam alguns apontamentos sobre a definição conceitual de direitos humanos, bem como sobre a sua relação com os direitos fundamentais e, por conseguinte, quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para esse propósito, este capítulo é estruturado nessa ordem, de modo a delinear os pressupostos necessários à compreensão do tema central deste trabalho.

1.1 Direitos humanos

Para se abordar a violação de direitos fundamentais à luz da doutrina da sua eficácia horizontal, impõe-se, em primeiro lugar, a compreensão do que efetivamente se tratam os direitos humanos, dada a sua relação com os direitos fundamentais. Dessa forma, o objetivo desta seção é delinear o conceito de direitos humanos para, na sequência, mostrar a sua relação com os direitos fundamentais e, a partir daí, tratar da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – uma vez que, normativamente, a aplicação concreta da norma se dá no plano dos direitos fundamentais. De início, destaca-se que o conceito de direitos humanos desperta dissenso na doutrina,⁶ de forma que se sinaliza um desacordo em relação à

⁶ Nesse sentido, pontua-se o estudo de Trevisan, em que compara a concepção de direitos humanos na visão de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. Em síntese e em suas palavras, quanto a Bobbio: “Apesar de seu entusiasmo com o reconhecimento universal dos direitos do homem, Norberto Bobbio manifesta suas dúvidas em relação à possibilidade de um fundamento absoluto para esses direitos, preferindo deslocar a atenção para a questão da sua garantia. Como fatores que impedem tal fundamentação, ele menciona a dificuldade de conceituação, a relatividade e a heterogeneidade desses direitos, bem como a possibilidade de conflitos entre eles. Assim, pode-se dizer, em apertada síntese, que Bobbio levanta os problemas da fundamentação e da garantia dos direitos do homem.” (TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, 2018, p. 101); a respeito do segundo: “Boaventura de Sousa Santos apresenta uma ressalva à ideia de universalidade dos direitos do homem, sustentando que, na verdade, tais direitos são o produto de uma cultura específica, a cultura ocidental, que, devido à disseminação dessa cultura através das mais diversas regiões do planeta, acabou sendo “imposto” a povos de culturas muito diferentes. Uma concepção adequada de direitos do homem deve reivindicar para esses direitos a legitimidade no interior daquelas culturas, o que pressupõe a abertura de ambas as partes para o diálogo intercultural. Com isso, o autor levanta dois problemas: o da universalidade e o da legitimação cultural dos direitos do homem.” (*Ibidem*, p. 106); quanto ao terceiro: “A visão de Michel Villey acerca dos direitos do homem é de um ceticismo que beira o sarcasmo. Baseando-se em elementos da filosofia grega, do direito romano e da teologia medieval, o autor afirma que a ideia de direitos do homem é produto da ignorância da tradição clássica pelos filósofos modernos e que, na forma como são aplicados atualmente, tais direitos, ilusórios que são, não podem gerar nada além de frustrações e injustiças. Resumindo a crítica de Villey à ideia de direitos do homem, pode-se dizer que ele levanta contra ela o problema da irrealidade desses direitos.” (*Ibidem*, p. 110); por fim, acerca do pensamento de Alexy, este será melhor abordado na sequência deste trabalho.

sua definição.⁷ Há inclusive quem negue expressamente a sua existência, ou mesmo alguns atributos relacionados a esses direitos (como a universalidade); há, ainda, quem negue ser possível a sua concretização.⁸ Essa falta de acordo, na verdade, é reflexo da ausência de unidade nos campos da religião, da filosofia e da moral nas diversas sociedades políticas.⁹ Isso se dá em virtude do pluralismo cultural, uma vez que as pessoas não estão submetidas a uma mesma cultura abstrata e universal.^{10 11}

Nesse sentido, é importante que não se perca de vista o fato de que a concepção de direitos humanos teve seu berço na Europa moderna, visando à proteção do cidadão em face da onipotência do Estado absoluto e a ausência de liberdade política da burguesia. Desse modo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi concebido a fim de impor aos Estados a tarefa de respeitarem os direitos de seus cidadãos. Assim, sendo os “direitos humanos” um conceito ocidental desde a sua gênese, as demais tradições culturais limitaram-se a reagir em face dele, aceitando-o ou mesmo rejeitando-o. Portanto, ante o fato da inexistência de uma moral universal, conclui-se que a pretensa evidência dos direitos humanos está, na verdade, relacionada a um determinado contexto cultural, isto é, o do Mundo Ocidental. Dessa feita, a abordagem intercultural dos direitos do homem se mostra imprescindível, uma vez que possibilita a identificação de conflitos, bem como a sua contextualização e negociação.^{12 13}

⁷ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 191.

⁸ TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, 2018, p. 96-97. Acerca da negação dos direitos do homem, TREVISAN faz referência à célebre frase de Alasdair MacIntyre, na qual este afirma que “tais direitos não existem e acreditar neles é o mesmo que acreditar em bruxas e unicórnios”. (*Ibidem, loc. cit.*)

⁹ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 192.

¹⁰ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 192.

¹¹ No mesmo sentido do pluralismo cultural, Alexy questiona se os direitos humanos podem ser dotados de validade universal, em que pese sejam oriundos de mundivisões europeias: “No plano global, [...] Domina, por um lado, um litígio sobre o conteúdo dos direitos do homem. A questão nuclear diz: eles são somente expressão de tradições especificamente europeias ou eles podem requerer validade universal?” (ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 104).

¹² CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 203- 206. A respeito disso, é “preciso não esquecer que o antagonismo entre o Ocidente e as outras culturas também se agravou com a história colonial e que os outros povos tendem a crer que o Ocidente está tentar a *impor os seus valores em detrimento dos valores tradicionais das culturas locais*”. (*Ibidem*, p. 206)

¹³ Nesse aspecto, Boaventura de Sousa Santos sublinha a questão do multiculturalismo: “Com isso, o autor lusitano chama a atenção para o fato de que a pretensa universalidade dos direitos do homem não pode simplesmente passar por cima do problema do multiculturalismo. Apesar disso, ele reconhece que os direitos do homem podem ser postos a serviço de uma linguagem progressista e de emancipação social, procurando identificar as condições em que isso seria possível”. (TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, 2018, p. 102).

Terminologicamente, direitos humanos também são referidos pela doutrina como “direitos do homem”, mas não sem ser objeto de crítica.¹⁴ Ademais, um direito é “humano” porquanto se trate de um direito deduzido do ser humano; dito de outro modo, “um direito humano é um direito inerente a cada ser humano, é um direito *natural* ou *inato*”.¹⁵ Portanto, quanto à questão da titularidade, apesar de parecer óbvio afirmar que apenas seres da espécie humana fazem jus a esses direitos, a doutrina vem suscitando debates sobre a possibilidade de estender esse catálogo de prerrogativas aos animais não humanos¹⁶ e aos produtos de robótica¹⁷ – assunto que, contudo, não se enquadra dentro dos limites deste trabalho.

Feita a contextualização cultural, fica patente a dificuldade de proceder a uma conceituação desses direitos. Contudo, cumpre assinalar o quanto formulado por Hans Kelsen,

¹⁴ Nesse sentido, cabe ponderar a crítica de Jorge Miranda acerca do termo “direitos do homem”: “Por vezes alude-se a *direito humanos* a par ou em vez de *direitos do homem*. É locução que se deve evitar: 1.º) por ser, neste momento, um anglicismo, sem a sedimentação de 200 anos da expressão *direitos do homem* (esta só parcialmente de origem francesa); 2.º) por *direitos humanos* poder inculcar direitos inerentes à humanidade ou ao gênero humano, sem pertinência a cada pessoa concreta, cujos direitos poderiam, assim, não ser respeitados; 3.º) por nada permitir inferir que com *direitos do homem* só tenham em vista os homens, e não também as mulheres [...]” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., v. 4, Lisboa: Coimbra, 2000, p. 53, nota de rodapé nº. 1.)

¹⁵ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 196.

¹⁶ Conforme José Afonso da Silva, apesar de “*direitos humanos*” ser a expressão escolhida nos documentos internacionais, “contra ela, assim como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção a dos animais”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 178).

¹⁷ Em seu estudo, CACHAPUZ discute em que medida seria possível estender o catálogo de direitos fundamentais a outras espécies que não a humana, sobretudo quando se trata de produtos de robótica e de Inteligência Artificial. A autora testa uma possível aplicação da tese das pessoas para o reconhecimento de direitos fundamentais interespecies, mas conclui pela impossibilidade na situação atual. Seu estudo parte das concepções de Robert Alexy e Luc Ferry, partindo da proposta artística de Alexy no texto “Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona” (ALEXY, Robert; FIGUEROA, Alfonso García. **Star Trek y los derechos humanos**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 85-100). Nesse sentido: “Segundo Alexy, não há dúvidas de que uma tese de atribuição de Direitos Humanos somente a humanos não se traduz, na perspectiva da robótica, como uma tese suficiente para o avanço do argumento em termos jurídicos. No entanto, bem esclarece o autor que o risco de associação direta de uma tese de reconhecimento de direitos humanos a todos que alcancem o estado de pessoa, em inversa proporção, cria riscos consideráveis ao próprio conceito de humanidade, fragilizando-o. Daí porque a proposta de Alexy é de que se parta de uma tese de direitos humanos “debilidada”, pela qual se assegure que **(i) todos os seres humanos sejam titulares de direitos humanos** – e, portanto, de direitos fundamentais –, independentemente da consideração de personalidade que se possa alcançar em cada sistema jurídico, mas que **(ii) também não-humanos possam adquirir mesma prerrogativa desde que, sem serem biologicamente humanos, sejam considerados pessoas.**” (CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. O conceito de pessoa e a autonomia de Data (ou sobre a medida da humanidade). *Artigo científico submetido para revista. No prelo*, p. 7-8). Desse modo, haveria três requisitos para que não-humanos fossem enquadrados na categoria de pessoa e, portanto, fossem considerados titulares de direitos humanos. “Em Alexy, a extensão do conceito de pessoa a não-humanos dependeria da constatação dos mesmos pressupostos exigidos a humanos. Impõe que se reconheça como inerente à condição de pessoa, a partir de categoriais morais pressupostas, **(i) ser inteligente, (ii) ter sentimentos e (iii) possuir consciência** [...]” (*Ibidem*, p. 10) (grifos nossos).

no sentido de que os direitos humanos são, “segundo tradicional compreensão, direitos supra-estatais que valem universalmente e vinculam a maioria constituinte”.¹⁸

Conforme Alexy, os direitos humanos têm sua definição embasada em cinco características: a universalidade, a fundamentalidade, a abstratividade, a moralidade e a prioridade. Assim, eles são universais na medida em que, como já dito, cada pessoa é titular deles por ser pessoa. Em segundo lugar, direitos do homem são fundamentais, uma vez que “não protegem todas as fontes do bem-estar imagináveis, mas somente interesses e carências fundamentais”.¹⁹ Já a terceira característica, a abstratividade, diz respeito ao *objeto* dos direitos humanos: Alexy dá como exemplo o direito à saúde, a que cada indivíduo faria jus; contudo, no caso concreto, para a efetivação desse direito, pode acarretar um litígio prolongado.²⁰

O quarto e quinto atributos dos direitos humanos dizem respeito à sua validade. Nesse sentido, quanto à *moralidade*, cumpre destacar que “os direitos humanos têm somente uma validade moral”, de modo que “um direito vale moralmente quando perante cada um, que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificado”.²¹ Por fim, a última característica, a *prioridade*, trata-se da ideia de que direitos do homem guardam prioridade perante o direito positivo. Dito de outro modo, uma vez que são moralmente vigentes, aos direitos do homem não se pode negar vigência em razão de outro direito positivo (leis, regulamentos ou mesmo contratos e sentenças judiciais), sob pena de serem “juridicamente viciosos e, em casos extremos, até juridicamente nulos”.²²

Pincelada essa definição de direitos humanos, salienta-se que sua concepção antecede o século XVIII: trata-se de uma versão da doutrina do direito natural que teve suas origens já na antiguidade.²³ Para um aporte histórico, cumpre dizer que foram de origem inglesa os primeiros documentos assecuratórios de direitos individuais perante o poder monárquico (em

¹⁸ KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 154 *apud* NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: v.1, t.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2006.

¹⁹ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95.

²⁰ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 94-95.

²¹ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95.

²² ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95.

²³ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

que pese fossem deveras restritos, uma vez que traziam a representação de compromissos firmados entre o rei e a nobreza – e, mais tarde, entre o rei e o parlamento –, não sendo, portanto, documentos direcionados efetivamente à garantia de direitos à totalidade dos cidadãos).^{24 25}

Entretanto, foi apenas a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, datada de 1948, que esses direitos tiveram sua institucionalização no âmbito do Direito Internacional Público – e, desde então, seguiram-se numerosos pactos e convenções.²⁶ Dessa forma, tendo como base a Declaração Universal, outras declarações foram elaboradas para a proteção dos direitos do homem no plano internacional. No mesmo sentido, no plano interno dos Estados, catálogos de direitos fundamentais, os quais garantiam vastos direitos, foram incluídos nas Constituições no período pós-guerra, de modo que também foram criados tribunais constitucionais incumbidos de proteger a eficácia desses direitos.²⁷

Quanto à sua aparente neutralidade ideológica, é válido destacar que o texto da Declaração manifesta a sua ideologia liberal e a sua concepção dos direitos naturais do indivíduo. Dito de outro modo, nela são expressas as ideias nucleares do liberalismo – isto é, “*por meio do reconhecimento do indivíduo como princípio e valor, pela ideia de que os homens nascem livres e iguais em direitos, que estes direitos são inalienáveis e que o Estado deve proteger esses direitos*”.²⁸

Sobre seu conteúdo, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* dispõe de trinta artigos, precedidos de um preâmbulo com sete considerandos, em que são reconhecidos: a dignidade da pessoa humana, o ideal democrático, o direito de resistência à opressão e, por fim, a concepção comum desses direitos.²⁹

²⁴ TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, 2018, p. 94.

²⁵ Não consubstancia objeto específico deste trabalho o estudo pormenorizado do desenvolvimento dos direitos humanos; contudo, destaca-se que o aporte histórico quanto à Magna Carta (1215), à Lei de Habeas-Corpus (1679) e ao *Bill of Rights* (1689), todos da Inglaterra, bem como o desenvolvimento posterior nos Estados Unidos (Declaração de Independência e Constituição estadunidense) e na França (Declarações de Direitos da Revolução Francesa), pode ser consultado em: COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71 e ss.

²⁶ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103.

²⁷ TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, 2018, p. 96.

²⁸ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 194.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 165. Mais detalhadamente, conforme o autor, ao tratar dos considerandos: “a *dignidade da*

Quanto aos artigos que compõem o texto da Declaração, os trinta artigos firmam o reconhecimento de direitos fundamentais ao homem. Nesse sentido, entre os artigos 1º e 21, encontram-se guarnecidos os direitos e garantias individuais; por sua vez, do artigo 22 até o artigo 28, encontram-se os direitos sociais do homem. Assim, refere José Afonso da Silva:

“Os trinta artigos reconhecem os direitos fundamentais do homem. Do art. 1º ao art. 21 encontramos a proclamação dos tradicionalmente chamados *direitos e garantias individuais*, certamente impregnados de conotações mais modernas, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação; direito à vida, à liberdade (de locomoção, de pensamento, de consciência, de religião, de opinião, de expressão, de reunião e de associação), à segurança pessoal, à nacionalidade, de asilo, de propriedade; condenação da escravidão, da servidão, da tortura, de penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes; reconhecimento da personalidade jurídica; respeito à intimidade (pessoal, familiar, epistolar e do domicílio); direito de constituição de família; direito de circular e de escolher a residência; proteção igual perante os tribunais, garantia contra medidas arbitrárias; de plena defesa, de não retroatividade da lei penal e presunção de inocência até julgamento final; direitos políticos de participação no governo, de votar e ser votado, de acesso às funções públicas; garantia de eleições autênticas, periódicas, mediante sufrágio universal e igual, e voto secreto ou procedimento equivalente. Do art. 22 até o art. 28, o documento consubstancia os *direitos sociais do homem*, assim: direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, a condições satisfatórias de trabalho e proteção contra o desemprego, a salário condigno, à liberdade sindical; direito à limitação razoável da duração do trabalho, a férias, a descanso remunerado e ao lazer; direito à previdência e seguro social no caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice etc.; direito a uma ordem social e internacional em que os direitos fundamentais sejam plenamente efetivos. O art. 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, e o art. 30 estabelece o princípio de interpretação da Declaração sempre em benefício dos direitos e liberdades nela proclamados”.³⁰

Apesar das garantias insculpidas nos dispositivos da Declaração, salienta o autor que elas padecem do problema da ineficácia. Por isso, afirma-se que um regime que se pretenda democrático é caracterizado pela efetiva concretização dos direitos fundamentais, e não pela sua mera inscrição na Carta Constitucional.³¹

Tendo-se isso em vista, pontua-se que, ao longo do tempo, vêm sendo firmados diversos Pactos e Convenções internacionais, os quais objetivam a proteção dos direitos do

pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o *ideal democrático* com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de *resistência à opressão*; finalmente, a *concepção comum desses direitos*”. (*Ibidem, loc. cit.*) Na mesma toada, constitui o preâmbulo: “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da Sociedade, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e assegurar-lhes, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos [...]”. (*Ibidem, loc. cit.*)

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 165-166.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 166-167.

homem. Por meio deles, os Estados comprometem-se, em seu território e sob a sua jurisdição, a respeitar e a garantir a todos os indivíduos a não violação de direitos humanos.³²

Entre os instrumentos internacionais mais notórios, destacam-se o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, aprovados pela Assembleia Geral da ONU, em Nova York, em 16 de dezembro de 1966, os quais surgiram para conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948, de modo a conceder eficácia jurídica aos seus dispositivos, superando o empecilho da mera obrigatoriedade moral que caracterizava os dispositivos contidos na Declaração. Convém destacar que a República Federativa do Brasil somente aderiu a esses pactos em 24 de janeiro de 1992 – atribui-se o retardamento da adesão ao regime ditatorial ora vigente no país.^{33 34}

Quanto à relação entre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e as constituições brasileiras, sublinha Afonso da Silva que estas sempre contiveram dispositivos daquela. Ademais, afirma categoricamente o autor que, apesar de se creditar à Constituição belga de 1831, na verdade, a primeira constituição mundial a *subjetivar* e a *positivar* direitos do homem em seu catálogo de direitos – conferindo, portanto, concreção jurídica efetiva às prerrogativas previstas na Declaração – foi a Constituição do Império do Brasil, datada de 1824.³⁵

Em especial, no que tange à Constituição da República de 1988,^{36 37} Afonso da Silva aponta que nela se adota técnica mais moderna. Dessa forma, já em seu início, a Constituição

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 167.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 167.

³⁴ Cançado Trindade relata o desenvolvimento dessas discussões em sua obra TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 172.

³⁶ Apesar de darmos relevo à Constituição vigente, José Afonso da Silva faz uma breve análise da inserção da Declaração Universal dos Direitos do Homem no bojo das Constituições brasileiras do Império (1824), a de 1891, a de 1937, a de 1946, a de 1967 e, por fim, a de 1988 (SILVA, 2017, p. 173); ou seja, não é porque tratamos apenas da Constituição atual que se olvida o fato de direitos humanos terem sido consagrados nas Cartas constitucionais anteriores – em que pese não se esteja fazendo juízo de valor quanto à efetividade dos direitos nelas garantidos.

³⁷ Quanto ao tema do impacto dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos e sua positivação, aponta CANÇADO TRINDADE: “O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”. (TRINDADE, 2003, p. 513) “A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e

vigente apresenta um título em que se dispõe sobre os princípios fundamentais. Em seguida, introduz-se o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), em que são incluídos: os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I), os Direitos Sociais (Capítulo II), os Direitos da Nacionalidade (Capítulo III), os Direitos Políticos (Capítulo IV) e, por fim, os Partidos Políticos (Capítulo V). Outrossim, cabe destacar o Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), e o Título VIII (Da Ordem Social), nos quais se localiza conteúdo dos direitos sociais referidos no Capítulo II do Título II (artigo 6º).³⁸

Pertinente ao tema, destaca-se a autoaplicabilidade das normas previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil subscreveu. Sobre o tema, leciona Cançado Trindade que a Convenção contém normas que podem ser aplicadas pelos tribunais nacionais sem medidas legislativas adicionais.³⁹

1.2 Direitos humanos e direitos fundamentais

Quanto à relação entre direitos humanos e direitos fundamentais, refere Alexy que o principal problema daqueles é a sua imposição, uma vez que se tratam de meros direitos morais. No âmbito do direito interno, para que se opere a imposição dos direitos humanos, impõe-se a sua positivação como direitos fundamentais; via de regra, isso “*ocorre com a sua*

5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 513) (grifos nossos).

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 173.

³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 530. A esse respeito: “*Os preceitos sobre não-discriminação, consagrados em tantos tratados de direitos humanos, prestam-se à autoaplicação. Tem-se argumentado que, com exceção de seis cláusulas da Parte 1 da Convenção Americana que expressamente reclamam a existência de uma lei ou de medida complementares [são elas: artigos 13(5) (sobre propaganda em favor da guerra e apologia do ódio), 17 (4) (sobre igualdade de direitos dos cônjuges), 17(5) (sobre igualdade de direitos dos filhos, sejam legítimos ou naturais), 19 (sobre direito da criança às medidas de proteção), 21 (3) (sobre proibição da usura) e 26 (sobre direitos econômicos, sociais e culturais) (TRINDADE, 2003, p. 530, nota de rodapé n.º 43)], todos os demais preceitos da Parte I da Convenção são autoaplicáveis (self-executing), em razão da própria natureza das obrigações que incorporam e de sua “exigibilidade direta e imediata”; se deixarem de ser aplicados pelos tribunais nacionais ou outros órgãos internos dos Estados, configurar-se-á em consequência a responsabilidade internacional destes últimos por violação de suas obrigações convencionais.” (Ibidem, loc. cit.). De modo geral, acrescenta o autor: “Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade das normas substantivas dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subsequentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia de normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país), a determinação do caráter autoaplicável (self-executing) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de Direito Internacional.” (Ibidem, p. 530-531) (grifos nossos)*

admissão no catálogo de direitos fundamentais na constituição”. Dessa forma, os direitos humanos passam a contar com validade moral e, também, jurídica.⁴⁰

Contudo, vale destacar que a validade moral dos direitos humanos impõe que eles não sejam anulados pelo direito positivo superveniente. Com efeito, ela exige, como “*um dos meios mais eficazes de sua imposição, sua positivação*”, sendo essa a “*conexão fundamental entre direitos do homem e fundamentais*”. Portanto, Alexy conclui que o ponto central do conceito de direitos fundamentais é a ideia de que eles se tratam dos direitos humanos transformados em direito constitucional positivo⁴¹ – o que, evidentemente, não exclui a possibilidade de que haja, ainda, outros direitos, que não os oriundos de direitos humanos, catalogados como direitos fundamentais.⁴²

Em tempo, podem-se diferenciar direitos humanos dos fundamentais a partir de sua base jurídico-positiva. Assim, os direitos humanos, por um lado, têm o seu fundamento de validade na forma pré-estatal, de modo que são considerados direito “sobre-positivo” (ainda que venham a ser textualizados), possuindo caráter irrenunciável e dotados de transnacionalidade. Por sua vez, os direitos fundamentais têm no direito posto pelo Estado o seu fundamento de validade – frequentemente em constituições escritas. De acordo com a observação de Duque, “*fato é que os direitos fundamentais são expressão dos direitos humanos, já que em sua totalidade limitam-se, no essencial, à garantia dos clássicos direitos civis e humanos*”.^{43 44}

⁴⁰ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95-96.

⁴¹ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 96. Além disso, para que seja perfeita, essa positivação deve vincular os três poderes, seja o Legislativo, como “direito imediatamente vigente”, seja o Executivo, seja o Judiciário, cuja vinculação é submetida ao controle, mais amplo, do tribunal constitucional (*Ibidem, loc. cit.*).

⁴² ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. In: _____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-102, nota de rodapé n.º 3.

⁴³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53. Ainda nas palavras do autor: “Importante é que a constituição seja, na acepção da doutrina, simpática aos direitos humanos (*Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), garantindo-lhes de forma efetiva” (*Ibidem, loc. cit.*).

⁴⁴ Pertinente ao tema, Isabel Cabrita diferencia direitos humanos dos subjetivos: “Neste sentido, pode-se concluir que um direito humano não retira o seu valor (ou autoridade) das leis criadas pelo Estado, mas sim do próprio *ser humano*”. (CABRITA, 2011, p. 196.) “Assim sendo, um direito humano não se confunde com outros tipos de direitos subjectivos, como por exemplo, os direitos criados pelo legislador positivo de acordo com determinadas opções e com certos circunstancialismos sociais e económicos, ou com os direitos criados pelas pessoas que celebram um contrato”. (*Ibidem, loc. cit.*) “Neste contexto, conclui-se que nem todos os direitos subjectivos individuais são direitos humanos. Com efeito, só são direitos humanos *os direitos inferidos do ser humano*”. (*Ibidem, loc. cit.*)

Destaca-se que os direitos fundamentais se submetem a uma abordagem concreta, enquanto os direitos humanos se caracterizam pela abordagem abstrata. Os direitos fundamentais são caracterizados pela inalienabilidade e inviolabilidade, conferindo ao particular uma posição de direito e de liberdade endereçada a uma atuação determinada, porquanto seja especial e concreta juridicamente. Portanto, o Estado passa a ser limitado pela Constituição, que foi criada pelo povo e é dotada de supremacia, de modo que se torna possível ao indivíduo opor seus direitos fundamentais em face do poder estatal, já que esses são dotados de força jurídica.^{45 46}

No que tange especificamente aos direitos fundamentais, eles se afirmam como “elementos de ordenação das pessoas para a coletividade”.⁴⁷ O termo “direitos fundamentais” remonta, sobretudo, à Constituição de Weimar. A superação da concepção oitocentista sobre direitos e liberdades individuais, bem como o enlace entre direitos e Constituição, explicam esse fenômeno.⁴⁸ Esses direitos tutelam, em geral, bens e interesses jurídicos que não foram criados pelo Estado, uma vez que se considera a sua origem como sendo pré-Estatal. Como consectário lógico disso, ao Estado não se permite proceder à revogação de direitos fundamentais; pelo contrário, o ente estatal deve protegê-los.⁴⁹

Para esse fito, o indivíduo dispõe de pretensões oponíveis judicialmente. A propósito, recorda-se a natureza desses direitos: “*em seu sentido clássico, como direitos de defesa destinados a assegurar uma esfera livre ao cidadão contra agressões provenientes dos poderes públicos*”. Desse modo, sua função precípua é a de desempenhar direitos de defesa

⁴⁵ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, vol. 1, n. 1, 2000, p. 114 – 115.

⁴⁶ Traçando-se um paralelo entre a Constituição brasileira e a Lei Fundamental alemã acerca da inserção textual dos direitos humanos e dos fundamentais em ambas as Cartas magnas, e retomando o quanto dito na nota de rodapé nº. 33, DUQUE refere que: “A Lei Fundamental, por exemplo, em seu art. 1º Abs. II refere-se aos direitos humanos, sendo que no Abs. subsequente (III) refere-se a direitos fundamentais. Já a CRFB, em seu art. 4º II, reconhece a prevalência dos direitos humanos como princípio que rege as relações internacionais nas quais o Brasil toma parte. O Título II fala em direitos fundamentais, sendo que a cláusula de abertura material (art. 5º, §2º) refere que os direitos fundamentais constantes no catálogo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que Brasil toma parte, referindo-se, nesse ponto, aos direitos humanos, cujos tratados e convenções internacionais aprovados pelo Brasil podem equivaler às emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, §3º.” (DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53, nota de rodapé nº. 30)

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., v. 4, Lisboa: Coimbra, 2000, p. 52.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., v. 4, Lisboa: Coimbra, 2000, p. 51-52. E prossegue o autor: “Porque constantes na Lei Fundamental, são os direitos fundamentais aqueles direitos que assumem também a específica função que a Constituição vem adquirindo na Europa e no resto do mundo, ao longo dos últimos cinquenta anos – em resultado de preceitos expressos, do papel proveniente da justiça constitucional e de uma crescente consciência difundida na comunidade jurídica”. (*Ibidem, loc. cit.*)

⁴⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52.

subjetivos em face dos poderes estatais, consistindo a sua tarefa na imposição e garantia na “*realidade da vida estatal por meio de uma vigência ampla*”.⁵⁰

Contudo, apesar de os direitos fundamentais assegurarem muitos interesses juridicamente protegidos, eles não se tratam de um “remédio universal”: para Alexy, há uma gama vasta de problemas que guardam solução apenas pela via da política ou da moral, não sendo, pois, solucionáveis por meio dos direitos fundamentais. Em suas palavras, “*quem carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói*”.⁵¹ Portanto, se o fundamento da ordem jurídica (bem como o fundamento de validade dos atos do Estado) é a Constituição, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles direitos que, exatamente por essa razão, são impostos a todas as entidades – sejam públicas, sejam privadas –, de modo a incorporar os valores básicos da sociedade.⁵²

À guisa de conclusão, os direitos humanos apresentam várias virtudes, tratando-se de um instrumento de defesa em face de tendências totalitárias e despóticas do Estado; ademais, entende-se que “*é a que melhor garante a diversidade cultural e religiosa de membros de grupos minoritários, o que é fundamental nas sociedades multiculturais contemporâneas e exige um mínimo de justiça social*”.⁵³ Assim, na visão de Isabel Cabrita, “*os direitos humanos internacionalmente reconhecidos* devem ser o ponto de partida para o diálogo e crítica intercultural”.⁵⁴ Finalmente, nas palavras de Alexy, pontua-se que o desenvolvimento das autonomias privada e pública, no bojo de um Estado constitucional democrático, apenas é possível naquele em que os direitos humanos foram positivados em direitos fundamentais.⁵⁵

1.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Uma vez delineado o conceito de direitos humanos, bem como estabelecida a sua relação com os direitos fundamentais, passa-se à análise da eficácia horizontal desses direitos.⁵⁶ Isso é necessário para que se bem compreenda, no capítulo seguinte, a crítica que

⁵⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

⁵¹ ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 102.

⁵² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., v. 4, Lisboa: Coimbra, 2000, p. 51-52.

⁵³ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 206.

⁵⁴ CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 206.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. In: _____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101.

⁵⁶ Quanto ao termo “eficácia”, cumpre salientar a lição de VALE: “Deve-se esclarecer, ainda, o sentido do termo “eficácia” e, assim, da expressão “eficácia dos direitos fundamentais”. Isso porque existem autores, como Peces-

será feita quanto à atuação do Poder Judiciário no que tange à aplicação da doutrina da *Drittwirkung*.

Para tanto, esta seção do trabalho disporá quanto ao delineamento dogmático da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; em um primeiro momento, tratar-se-á de suas vertentes, assim como as críticas oponíveis a elas. Uma vez que a abordagem pragmática é fundamental para este trabalho, posteriormente (no próximo capítulo), será trazido um apanhado histórico sobre a sua aplicabilidade em tribunais alemães, porquanto seja neste país que a doutrina referida tenha sido concebida pioneiramente. Por fim, será abordada a sua aplicação em demandas judiciais levadas aos tribunais brasileiros.

De início, cumpre destacar que a aplicação dos direitos fundamentais dava-se como uma proteção do indivíduo em face de eventual abuso do Estado – a conhecida “eficácia vertical”; tratava-se, pois, de um dever de abstenção por parte do ente estatal.⁵⁷ Contudo, com a mudança nas relações jurídicas ocorridas no último século, questionou-se sobre a possibilidade da eficácia desses direitos na relação entre particulares.

Nesse sentido, para se reconhecer a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, MAC CRORIE entende que, como ponto de partida, é preciso proceder-se à constatação de que foi superada – no Estado social de Direito – a configuração dos direitos fundamentais do Estado liberal clássico, como direitos que desempenhavam a função precípua

Barba, que defendem que o problema da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas não é um problema de eficácia, mas de validade. O problema da eficácia, segundo o constitucionalista espanhol, seria parte somente do aspecto processual da questão, que cuida da garantia dos direitos fundamentais diante dos tribunais constitucionais. Assim, para o autor, o problema da eficácia deve ser distinto do problema de existência- validade das normas de direitos fundamentais no âmbito privado.” (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 26-27) E prossegue o autor: “Sem querer adentrar nas discussões travadas pela filosofia e teoria geral do direito, o sentido aqui adotado para o termo eficácia toma como base somente o aspecto da aplicabilidade, ou seja, da eficácia jurídica, no sentido de aptidão da norma jurídica de direito fundamental para ser aplicada nas relações privadas. **Assim, quando se afirma sobre a eficácia de determinada norma de direito fundamental, refere-se à sua eficácia jurídica, e não à sua eficácia social, que diz respeito à realização prática dos direitos fundamentais, é dizer, à sua efetivação concreta.** Assim, por analogia, pode-se tomar emprestado o sentido atribuído por José Afonso da Silva à expressão “**aplicabilidade das normas constitucionais**”. (...) Nesse sentido, a expressão mais apropriada seria aplicabilidade dos direitos fundamentais.” (grifos nossos) (*Ibidem*, p. 27)

⁵⁷ “Neste contexto, os direitos fundamentais de primeira geração constituíam, sobretudo, liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Estes direitos não podiam deixar de ser concebidos dessa maneira, uma vez que tinham como única finalidade a proteção da sociedade contra as intromissões do poder político. A aceitação da vigência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pressupõe, por isso, a negação (ou pelo menos uma profunda revisão), da concepção tradicional destes direitos como direitos oponíveis unicamente frente às entidades públicas”. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14.) E prossegue a autora: “Não obstante a noção de direitos fundamentais ter a sua origem na garantia das liberdades do indivíduo frente ao Estado, o processo histórico alargou o espectro e o campo de eficácia desses direitos, dando-se a superação da concepção oitocentista dos direitos públicos subjectivos, segundo a qual, dada a separação entre Estado e sociedade civil postulada no modelo liberal, apenas tinham relevância constitucional as relações estabelecidas entre os cidadãos e o Estado”. (*Ibidem*, p. 19)

de proteger o indivíduo perante ingerências partidas de órgãos estatais. Dessa forma, conforme a autora, “*a concepção unidirecional dos direitos de liberdade como direitos oponíveis exclusivamente aos poderes públicos tem as suas raízes no Estado liberal de direito*”, de modo que “*este surge para salvaguardar a liberdade individual frente ao que se considera a sua principal ameaça: o Estado*”.⁵⁸ Nesse sentido, leciona a autora acerca do papel dos direitos fundamentais na conformação do ordenamento jurídico ordinário:

“Enquanto expressão do conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas da sociedade, os direitos fundamentais contribuem com maior amplitude e profundidade para a conformação da ordem jurídica infraconstitucional. Estes direitos contêm normas de valor que obrigam também a sociedade civil, e que o Estado deve fazer respeitar em todas as relações, públicas ou privadas, no seio da sua ordem jurídica”.⁵⁹

Nesse sentido, pontua-se que o Estado passa a transferir para os entes particulares o exercício de funções que, tradicionalmente, lhe pertenciam.⁶⁰ Para Vasco Pereira Silva, isso decorre da pulverização e “democratização” do fenómeno do poder. Desse modo, o poder deixa de pertencer exclusivamente ao Estado e passa a ser repartido e compartilhado por grupos no seio da própria sociedade. Portanto, na visão do autor, “*de única entidade detentora do poder, o Estado passa a organismo de coordenação e arbitragem dos diversos poderes dispersos pela sociedade*”.⁶¹

Uma vez que o poder deixou de ser privilégio do Estado, tem-se como consectário lógico que os direitos fundamentais – inicialmente idealizados para promover a defesa do cidadão frente ao poderio estatal – devem servir de instrumento para o alargamento da proteção dos cidadãos a todas as situações de poder. Dito de outro modo, não é somente perante a ameaça estatal, mas também em face do poder económico, do poder empresarial, do poder sindical, do poder da Comunicação Social, etc. que os direitos fundamentais devem ser eficazes.^{62 63}

⁵⁸ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 13-14.

⁵⁹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17.

⁶⁰ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17, nota de rodapé n.º 38.

⁶¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 43.

⁶² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 43.

⁶³ Ademais, complementa a autora: “[...], torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado. Além do Estado-Administração aparecer na vida social cada vez mais na veste de sujeito privado, as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo, esbatendo-se a distinção entre entidades públicas e privadas. Há uma gama cada vez maior de instituições e organizações que se situam numa franja

Como pano de fundo, o debate sobre o papel do Estado é acompanhado da revalorização do papel desempenhado pelos organismos intermédios “*enquanto alternativa ao poder estadual e forma de integração do indivíduo na sociedade, quer estes organismos sejam a família e a nação, para as correntes mais à direita, quer os sindicatos ou outros organismos econômicos e sociais, para as correntes mais à esquerda*”.^{64 65}

Acerca dos destinatários da vinculação aos direitos fundamentais, no que diz respeito às entidades privadas, Vasco Pereira Silva questiona se são abrangidos todo e qualquer indivíduo ou apenas as pessoas jurídicas ou físicas tidas como “poderosas”. Para responder essa pergunta, o autor aponta duas linhas de pensamento. Assim, na visão de Canotilho e Ana Prata, deve-se proceder à aplicação a toda e qualquer entidade privada.⁶⁶ Por outro lado, conforme o autor, Mota Pinto e Vieira de Andrade, em que pese nem sempre de forma muito clara:

“[...] parecem querer limitar às entidades privadas poderosas a vinculação pelos direitos, liberdades e garantias e pelo princípio da igualdade. Com efeito, tendo os direitos, liberdades e garantias sido concebidos, primariamente, para as relações indivíduo/Estado – relações de desigualdade, portanto, as posteriores alterações no âmbito do Estado, que deixou de ser o único pólo de poder na sociedade para passar a partilhar o seu poder com uma miríade de organismos intermédios, leva a que se deva alargar a aplicação dos direitos, liberdades e garantias a todas as relações indivíduo/poder, onde essa mesma desigualdade se verifica”.⁶⁷

Portanto, tendo-se em vista as diversas ameaças a que o particular se encontra submetido, advindas dos mais variados poderes fáticos (situações de monopólio, ordens religiosas, relações de trabalho, partidos, sindicatos, associações, etc.), torna-se cada vez mais imprescindível a proteção do indivíduo não somente perante o Estado, mas também diante de entidades privadas como as citadas.⁶⁸

intermédia, justamente no limite entre o público e o privado”. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17)

⁶⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 44.

⁶⁵ Nesse sentido, prossegue o autor: “[...] a tendência, neste Estado Pós-Social é a de assumir e potenciar a disseminação do poder pela sociedade, como forma de aumentar a autonomia da sociedade pela diminuição do papel do Estado (diminuição em extensão, "horizontal", já que esta mesma tendência se encontra, também, preocupada em recuperar o papel do Estado como entidade neutra e superior aos conflitos, por outras palavras, com o seu crescimento "vertical"); ou como forma de corrigir os déficits de participação e legitimidade do Estado Social, pela tentativa de encaixar a sociedade dentro do Estado”. (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 44)

⁶⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 47.

⁶⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 47.

⁶⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 47-48.

Em resumo, na visão de Vasco Pereira Silva, os “*destinatários privados dos direitos, liberdades e garantias só podem ser as entidades dotadas de poder, encontrando-se, nas relações inter-individuais, os restantes sujeitos privados apenas vinculados, a título secundário, a um dever geral de respeito de um direito que qualquer sujeito individual*” pode exigir.⁶⁹ Nesse sentido, conclui o autor quanto ao seu posicionamento:

“Assim, a vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais pode assumir a forma de uma “eficácia horizontal”, quando são entidades privadas poderosas as destinatárias dos direitos fundamentais, ou pode assumir a forma de uma “eficácia externa”, quando sujeitos privados apenas se encontram obrigados a um dever geral de respeito dum direito fundamental, constituído numa relação, relativamente à qual são terceiros. No primeiro caso, a vinculação obriga a um dever ativo de cooperação, no segundo caso, a vinculação obriga a um dever geral de respeito”.⁷⁰

De outra sorte, Canaris entende que apenas o Estado seria destinatário dos direitos fundamentais – em que pese eles também produzam efeitos sobre as relações entre sujeitos jusprivatistas, não obstante na forma de eficácia mediata; assim, para Canaris, os direitos fundamentais devem ser considerados na concretização das cláusulas gerais juscivilistas.⁷¹

Por fim, uma crítica interessante apontada por Hugh Collins quanto aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais deve ser assinalada: no âmbito europeu, é curioso o fato de que a Diretiva 2004/113/CE da União Europeia (que tem por objetivo a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e o seu fornecimento) – a qual impõe o dever de não discriminar – se dirige aos fornecedores de serviços e bens, mas não aos seus consumidores. Por sua vez, no âmbito do direito do trabalho (pela Diretiva 2000/78/CE, relativa à igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional), o dever de não discriminar também se aplicaria aos empregadores, mas não aos empregados. Assim, pontua Hugh Collins: “*In general, a worker or a consumer can lawfully discriminate against a business on grounds such as race, sex, religion, and disability. The requirement of equal treatment usually only applies to employers and businesses*”.⁷²

⁶⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 48.

⁷⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987, p. 50.

⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 214-215. Ademais, refere o autor: “Mais especificamente, não se compreende sem mais nem menos se e por que os direitos fundamentais possuem eficácia no quadro das cláusulas gerais juscivilistas como direito constitucional específico e não apenas atuam como outros recursos da concretização – e.g. regra da moral social”. (*Ibidem, loc. cit.*)

⁷² COLLINS, Hugh. On the (in) compatibility of human rights discourse and private law. **Constitutionalization of European private law**. OUP, Oxford, p. 26-58, 2014, p. 34. Sobre o tema, exemplifica o autor com o caso do

E com isso volta-se ao debate de a quem se destina a vinculação aos direitos fundamentais no âmbito privado: a todos os particulares ou, de outro modo (e em conformidade com o proposto pelas diretrizes acima mencionadas), apenas àqueles que detêm, de alguma forma, algum poder político (“instituição intermédia”)? Por fim, Collins propõe a questão a respeito do conflito entre o escopo da autonomia privada e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

“The difficult question becomes how to define the appropriate scope of this unrestricted sphere of private autonomy. The application of fundamental rights to this issue could easily eviscerate the scope of private autonomy, because any controversial choice might be criticised for a failure to respect the dignity of others, or for a discriminatory interference with some other right”.⁷³

Ao se tratar da eficácia horizontal, outro ponto relevante a ser abordado é o da terminologia. A respeito disso, para STEINMETZ, ao referir como possíveis adjetivações à eficácia dos direitos fundamentais na relação entre privados como “frente a terceiros”, “social”, “privada” e “horizontal”, versa o autor que “essa pluralidade de adjetivações do substantivo ‘eficácia’ não é tão relevante a ponto de constituir um sério problema conceitual”, desde que a elas se acompanhem “especificações ou definições de precisão”.⁷⁴ Ao final, contudo, o autor opta pelo uso de “eficácia horizontal” em seu trabalho.⁷⁵ Por sua vez, MAC

ateu que pode se recusar a alugar um quarto de hotel de proprietários cuja religião seja a católica, bem como com o caso do particular que oferece bens usados para venda pela *Internet*: “But anti-discrimination laws do not always protect equality rights. Suppose that a potential customer of the hotel discovers that the proprietor manifests his or her religion in various ways in the decoration of the premises, by for instance placing a large crucifix and a bible prominently in every room. As an ardent atheist, the customer objects to all religious symbols and prefers a strictly secular environment, so he or she decides to find alternative accommodation. **Can the customer’s decision be challenged on the ground that it involves disrespect to the proprietor’s religious beliefs and autonomy, or is the customer’s preference within the proper scope of the freedom to choose one’s contractual partner? This conduct falls outside the scope of the European laws against discrimination.** [...] Nevertheless, the anti-discrimination legislation does apply to anyone who offers goods or services to the public, so it is possible for an individual acting in a private capacity to fall within the scope of the legislation. For instance, if an individual puts used goods for sale on an Internet auction site, that offer to the public probably falls within the scope of the EU Directive. Modern anti-discrimination legislation therefore preserves some scope for unfettered private conduct”. (*Ibidem, loc. cit.*) (grifos nossos)

⁷³ COLLINS, Hugh. On the (in) compatibility of human rights discourse and private law. **Constitutionalization of European private law**. OUP, Oxford, p. 26-58, 2014, p. 34.

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54

⁷⁵ Acerca disso, o autor explicita o uso de cada uma delas e as críticas a elas objetadas (*Ibidem*, p. 54-58). Por fim, entende como adequado o uso da expressão “eficácia horizontal”, uma vez que se entende “que a horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (iii) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada, que é a faculdade de livremente autodeterminar-se e autovincular-se para a consecução do auto-interesse, opera como princípio fundamental; e (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que essa competência é exclusiva do Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal, os particulares estão em um mesmo

CRORIE pontua as suas críticas quanto aos termos “eficácia horizontal” e “eficácia em relação a terceiros”:

“[...] considera-se que a denominação eficácia horizontal é criticável, na medida em que não é totalmente rigorosa, por nem sempre se verificar, nas relações entre privados, uma relação horizontal de paridade, assistindo-se a significativas diferenciações na posição dos indivíduos. Os problemas relevantes em sede de direitos, liberdades e garantias surgem, muitas vezes, em situações privadas caracterizadas por posições de supra - infra ordenação, como nos parece ser o caso das relações laborais. Também se critica a denominação de eficácia em relação a terceiros, uma vez que esta expressão parece logo comprometida com uma concepção dos direitos fundamentais segundo a qual estes não têm como destinatários entidades privadas, que são terceiros”.⁷⁶

A partir da década de 1960, na Alemanha, doutrinadores passam a defender a ideia da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em que pese seus posicionamentos fossem diversos quanto a modalidades e a condições de aplicação.⁷⁷ Portanto, a alcunha *Drittwirkung* buscou dar relevo aos novos destinatários dos direitos fundamentais, quais sejam, os terceiros (*die Dritte*), frente à já tradicional vinculação estatal.⁷⁸ Ademais, a expressão *Drittwirkung* foi substituída por *Horizontalwirkung* (“eficácia horizontal”), justamente para alcançar um segundo âmbito de vigência dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, a ideia representada era a de que, para além de um plano vertical (no qual ocorrem as relações Estado/indivíduo), existiria um plano horizontal (formado pelas relações havidas entre particulares). Então, o conceito de vigência horizontal de direitos fundamentais é criado em oposição ao de vigência vertical - isto é, de um contraste entre uma relação de “equiparação” (entre entes privados) e outra de “subordinação” (do sujeito em relação ao Estado).⁷⁹

Nesse sentido, consoante Alexy, cumpre pontuar que a relação Estado/cidadão se trata daquela havida entre um titular de direito fundamental e um não-titular de direito fundamental; por outro lado, a relação cidadão/cidadão constitui uma relação entre titulares de direitos fundamentais.⁸⁰

“horizonte”” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58)

⁷⁶ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12-13.

⁷⁷ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19.

⁷⁸ VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 59.

⁷⁹ VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 59.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 532.

Com o decorrer do tempo, apesar de ter sido criada na Alemanha, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais passou a ser recepcionada em outros países.^{81 82} Assim, deixando de lado algumas teorias que negam a sua existência, uma vez reconhecida a doutrina, a discussão a respeito do tema passou a ficar circunscrita à resolução de um problema: “como” e “em que medida” se operaria essa eficácia, de modo que se passa à discussão de suas vertentes.⁸³

1.3.1 As vertentes da eficácia horizontal

Retomando a questão acima proposta, embasada na doutrina de Alexy⁸⁴ e conforme MAC CRORIE, deparamo-nos com dois questionamentos diversos: por um lado, com a ideia de como é que os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares (isto é, um *problema de construção*); por outro, a dúvida sobre em que medida o fazem (ou seja, um *problema de colisão*).⁸⁵ Seguindo na lição de MAC CRORIE, as teorias de construção (ou vertentes) costumam ser divididas entre as que (a) negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, as que (b) defendem a aplicabilidade imediata destes preceitos constitucionais nas relações entre particulares (posições monistas) e aqueles que (c) admitem a incidência apenas indireta dos direitos fundamentais nesta área (posições dualistas).⁸⁶

⁸¹ VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 60. Sobre o assunto, ainda refere o autor: “A ideia de eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado penetrou no pensamento jurídico de vários países, como Espanha, Portugal, Irlanda, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria, Suíça e, inclusive, Japão e África do Sul. A essa lista devem ainda ser inseridos países latino-americanos como Peru, Colômbia e Costa Rica, em cujos ordenamentos está consagrada expressamente a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais. Ultimamente, também tem ganhado importância no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos da União Europeia, mormente com relação à liberdade de associação e ao direito à vida privada. Segundo informa RUIZ MIGUEL, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem procurado estender o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Públicas (CEDH) às relações entre particulares, reconhecendo, ainda que de uma forma prudente, a doutrina da *Drittwirkung* em suas decisões”. (*Ibidem, loc.cit.*)

⁸² VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 60.

⁸³ VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 60.

⁸⁴ Nas palavras do referido autor: “A questão sobre “como” as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um “problema de construção”. A questão sobre “em que extensão” elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um “problema de colisão”. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528)

⁸⁵ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.

⁸⁶ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.

A respeito do primeiro grupo, alguns autores oferecem resistência a admitir a existência de direitos fundamentais que são válidos e eficazes no âmbito privado, de modo que descartam qualquer tipo de via para sua influência nas relações em que não figura o poder público. Esses autores advogam no sentido de que a extensão do âmbito tradicional de aplicação desses direitos é contrária à sua própria natureza – aliás, defendem que seria também despicienda.⁸⁷

O primeiro expoente da resistência à ideia da *Drittwirkung* foi Mangoldt, cuja opinião era no sentido de que os direitos fundamentais eram oponíveis unicamente em face do Estado. A esse movimento, juntaram-se importantes outros autores privatistas, como Scmint-Rimpler, Giesecke, Freisenahn e Knur. Outro importante doutrinador desse grupo era Forsthoff, cuja orientação era extremamente conservadora.⁸⁸ Forsthoff partia de premissas rigorosamente positivistas, de forma a excluir a possibilidade de interpretar os direitos fundamentais como um sistema de valores, bem como criticando as propostas inovadoras – que, segundo ele, criariam insegurança jurídica e poderiam conduzir à dissolução da Constituição. Defendia “*uma concepção doutrinária que prende os direitos fundamentais em sua vertente inicial, como direitos de defesa, o tradicional modelo desenvolvido no Estado Liberal de Direito*”.⁸⁹ Entretanto, para isso, olvidou toda evolução por que esses direitos passaram, sobretudo no bojo do Estado Social de Direito.⁹⁰ Nessa toada, elencam-se os fundamentos mais relevantes contrários à aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

“Enfim, os principais argumentos de oposição à *Drittwirkung* podem ser resumidos desta forma: (a) a *Drittwirkung* vai de encontro à tradição histórica e ao conceito dos direitos fundamentais; (b) a admissão da *Drittwirkung* devia estar condicionada a seu reconhecimento expresso pelo texto constitucional; (c) não era competência do constituinte a regulação das relações privadas; (d) dos antecedentes dos debates constituintes não se pode depreender que os “país da Lei Fundamental de Bonn” tiveram a intenção de consagrar uma *Drittwirkung*; (e) a Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 1.3, somente vincula os poderes públicos aos direitos fundamentais, como direito diretamente aplicável; (f) a *Drittwirkung* anularia a autonomia privada e terminaria por destruir o direito privado, fazendo dele um ramo do direito desnecessário, uma vez que os juízes poderiam basear suas decisões diretamente no texto constitucional, prescindindo das disposições legais existentes; (g) por último, a *Drittwirkung* retiraria importantes âmbitos de configuração social das mãos do legislador democrático, cuja liberdade de configuração resultaria restringida pela interpretação extensiva da Constituição, transportando-se essa tarefa para os

⁸⁷ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 112.

⁸⁸ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 113.

⁸⁹ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 114.

⁹⁰ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 114.

tribunais, onde não poderia ocorrer o debate liberal e democrático próprio da legislação. Desse modo, se acabaria em um ‘Estado judicial’”.⁹¹

Portanto, nega-se a *Drittwirkung* no âmbito privado em razão do risco que a sua aplicabilidade pode significar para a liberdade contratual e para a segurança jurídica.⁹² Contudo, atualmente, essa vertente resta superada, uma vez que seus pressupostos são “*marcados pelo descrédito e pela incoerência, aparecem aos olhos do estudioso da problemática dos direitos fundamentais como uma defesa cega da autonomia privada e da liberdade contratual*”.^{93 94}

Quanto às posições monistas e dualistas, cumpre destacá-las: a eficácia direta⁹⁵ (monista) e a eficácia indireta⁹⁶ (dualista). Nesse sentido, Schwabe considera ser incontroversa a vinculação da legislação de direito privado aos direitos fundamentais; tratando desses tipos de eficácia, lecionou:⁹⁷

Teoria da eficácia imediata, de Nipperdey, que sustenta a eficácia normativa imediata de determinações de direito fundamental particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo vinculante, que suspendeu, modificou, completou ou estatuiu de novo direitos privados, sejam eles proibições, mandamentos, direitos subjetivos, leis de proteção ou fundamentos de justificação, de modo que uma ofensa contra uma tal norma resulta, via de regra, em uma nulidade do negócio jurídico; dos direitos fundamentais podem ser deduzidos direitos privados subjetivos. (*grifou-se*)⁹⁸

Teoria da eficácia mediata, de Dürig, que sustenta que os direitos fundamentais somente desenvolvem sua eficácia sobre os conceitos e cláusulas gerais de direito privado que sejam capazes e carentes de preenchimento valorativo; segundo Dürig, haveria 3 graus de intensidade desse preenchimento de conceitos e cláusulas gerais

⁹¹ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 116.

⁹² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 116.

⁹³ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 117.

⁹⁴ Nesse sentido, Benedita Mac Crorie também aborda o tema das correntes que negam a *Drittwirkung*: “Há, no entanto, quem considere que essa extensão é desnecessária, uma vez que entende que as ameaças procedentes dos particulares se contemplam nas leis civis e penais e não na Constituição, que se limita a traçar os limites que o poder público não pode ultrapassar. Aqueles que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais esgrimem como principal argumento a degradação que, com essa vinculação, sofreria o princípio da autonomia privada”. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20-21)

⁹⁵ Do alemão, *unmittelbare Drittwirkung*.

⁹⁶ Do alemão, *mittelbare Drittwirkung*.

⁹⁷ SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo: José Roberto Ludwig. In: Heck, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 92.

⁹⁸ SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo: José Roberto Ludwig. In: Heck, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 92.

com o conteúdo valorativo informado nos direitos fundamentais: a) diferenciação de valor e explicitação de valor; b) acentuação de valor e aguçamento de valor; c) em casos raros, preenchimento de lacuna e valor. (*grifou-se*)⁹⁹

A respeito da mesma temática, aponta Alexy que, conforme a teoria da eficácia mediata perante terceiros (cujos principais expoentes são Dürig e o Tribunal Constitucional Federal), os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, isto é, como princípios objetivos exercem influência sobre a interpretação do direito privado – a qual deve acontecer, principalmente, na concretização das cláusulas gerais do direito privado. Contudo, salienta-se que ela pode se manifestar em qualquer interpretação de um dispositivo normativo de direito privado e, em casos especiais, pode até fundamentar decisões contra o teor literal da lei. Entretanto, em que pese haja a influência dos direitos fundamentais, os dispositivos normativos advindos do direito privado devem permanecer como normas de direito privado, assim como os direitos e deveres por essas normas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado. Quanto à atuação do juiz, cumpre dizer que, nas palavras do autor, “*o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação*”.¹⁰⁰

Por sua vez, a vertente da eficácia direta perante terceiros (cujos mais importantes representantes são Nipperdey e a 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho) mantém-se fiel à concepção de que os direitos fundamentais dirigem-se somente contra o Estado, na condição de direitos públicos subjetivos. Do mesmo modo que se passa com a vertente de eficácia mediata, os direitos fundamentais exercem sua influência no direito privado em razão da sua qualidade de direito constitucional objetivo e vinculante. A diferença encontra-se no fato de que não se sustenta que os princípios objetivos produzam efeitos, na relação entre sujeitos privados, através da influência na interpretação das normas de direito privado, mas, sim, porque a partir deles “*fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos*”.¹⁰¹

De acordo com a lição de Schwabe, corroborando o quanto escrito por Alexy, a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão é similar à de Dürig. Nesse sentido, “*os direitos fundamentais corporificam uma ordem de valores objetiva; este sistema*

⁹⁹ SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo: José Roberto Ludwig. In: Heck, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 92.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 529.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 529-530.

de valores influencia o direito civil; as cláusulas gerais são o espaço de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado”.¹⁰² Contudo, como se verá mais adiante, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, no caso paradigma “União Brasileira de Compositores”, pela adoção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Feito esse breve introito, na sequência, serão apresentadas de forma mais pormenorizada as doutrinas que versam sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

1.3.1.1 A teoria da eficácia imediata

A teoria da eficácia imediata (também conhecida por “teoria da eficácia direta”), em sua origem, foi adotada pela Primeira Câmara do Tribunal Federal do Trabalho alemã. Ela tem como precursores os doutrinadores Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner. Sua influência tem se mostrado expressiva em países como Itália, Portugal e Espanha, ainda que, na própria Alemanha, tenha recebido menor acolhida.^{103 104}

Em relação à eficácia mediata, a eficácia imediata guarda semelhanças: ambas atribuem uma dupla dimensão aos direitos fundamentais (isto é, uma subjetiva e outra objetiva), bem como detêm uma aplicabilidade operante em todo o ordenamento jurídico. Porém, as duas vertentes se diferenciam no fato de que a corrente imediata preconiza a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre privados, de modo que os direitos e obrigações podem e devem ser diretamente dela deduzidos.

Portanto, a corrente ora estudada propõe uma aplicabilidade que não seja condicionada à mediação concretizadora realizada por entes públicos. Dito de outro modo, a forma, o

¹⁰² SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo: José Roberto Ludwig. In: Heck, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 92.

¹⁰³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 164.

¹⁰⁴ A respeito do assunto, menciona o doutrinador o quanto segue: “Em *Die Würde des Menschen* (“A dignidade do ser humano”, 1954), Nipperdey argumenta que há algumas normas de direitos fundamentais que não se restringem à proteção de uma esfera de liberdade ante o Estado; elas também garantem aos particulares, nas relações que estes mantêm entre si e sobretudo nas relações em que os *sozialmächte* (“poderes sociais”) participam, um *status socialis*, isto é, uma posição jurídica do particular ante os demais particulares. [...] Em *Grundrechte und Privatrecht* (“Direitos fundamentais e direito privado”, 1960), Nipperdey afirma que “o efeito jurídico [dos direitos fundamentais] é mais bem um efeito diretamente normativo que modifica as normas de direito privado existentes, sem que importe que se trate de direito vinculante ou dispositivo, de cláusulas gerais ou de determinadas normas jurídicas, ou crie outras novas, sejam estas proibições, mandados, direitos subjetivos, leis de proteção ou razões de justificação”. Assim, Nipperdey se afasta explicitamente da teoria da eficácia mediata de Dürig e do Tribunal Constitucional alemão. Em *Grundrechte und Privatrecht*, chega a defender uma eficácia absoluta [*absolute Wirkung*] dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 165.)

conteúdo, assim como o alcance da eficácia jurídica prescinde de regulações legislativas específicas, ou mesmo de interpretação e de aplicações judiciais de textos de normas imperativas de direito privado (sobretudo portadores de cláusulas gerais).¹⁰⁵

Oportunamente, salienta-se que a teoria da eficácia imediata toma como premissas algumas características, as quais são assinaladas na sequência. Primeiramente, as normas de direitos fundamentais outorgam ao particular uma posição jurídica oponível não apenas ao Estado, mas também aos demais particulares; cuida-se de uma posição jurídica que o autoriza a demandar uma pretensão de respeito em face de todos. Em segundo lugar, os direitos fundamentais consubstanciam-se e operam na qualidade de direitos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados, de modo que são aplicáveis mesmo que não haja regulações legislativas específicas ou recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado (a única exceção a isso ocorre caso o Poder Constituinte disponha o contrário).¹⁰⁶

Feitas essas colocações quanto às premissas da vertente ora estudada, cumpre pontuar as diversas críticas que lhe são opostas – as quais, geralmente, são feitas por aqueles que advogam pela eficácia mediata. Entre as principais, encontram-se as seguintes. A primeira objeção que é feita se refere à alegação de que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não se encontra explicitamente positivada no texto constitucional. Dito de outro modo, uma vez que não se encontra expressamente na Carta Magna, então se poderia concluir que o constituinte não teria manifestado a sua intenção de que ela fosse aplicada, mormente na vertente da eficácia imediata.¹⁰⁷

A segunda crítica que comumente se faz versa que a teoria da eficácia imediata na seara dos direitos fundamentais equipara a relação vertical cidadão/Estado à relação horizontal cidadão/cidadão erroneamente. Ao fazê-lo, ignora-se o fato de que, na relação cidadão/cidadão, existe uma tutela igual dos direitos fundamentais – e isso não ocorre na relação cidadão/Estado, já que o ente estatal não titulariza direitos fundamentais. Ademais, soma-se a isso o fato de que o princípio da autonomia privada rege as relações negociais havidas entre sujeitos privados.¹⁰⁸ Nesse contexto, uma terceira crítica traz à baila a identidade do direito privado. Assim, para Hesse, a resolução de conflitos jurídico-civis (por

¹⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 167-168.

¹⁰⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 168-169.

¹⁰⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 171-172.

¹⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 172.

meio do recurso imediato aos direitos fundamentais) acarreta risco à identidade do direito privado. Isso porque haveria uma interferência no espectro de regulação material próprio desse âmbito do ordenamento jurídico, de modo a prejudicar seu desenvolvimento posterior.

109 110

Finalmente, outra objeção que se faz em face da eficácia imediata diz respeito aos princípios democrático, da separação de poderes e da segurança jurídica. Quanto a essa última, destaca-se que o princípio da segurança jurídica é melhor otimizado quando os direitos fundamentais são projetados nas relações entre privados através da mediação, primeiramente, do Poder Legislativo e, secundariamente, do Poder Judiciário (ou seja, por meio das normas e dos parâmetros interpretativos do direito privado).

Por sua vez, no que tange aos princípios democrático e da separação de poderes, aponta-se que cabe ao legislador decidir efetivamente sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e não ao magistrado. Desse modo, ainda que o juiz solucione o litígio baseando sua fundamentação em cláusulas gerais “preenchidas” com os valores que justificam os direitos fundamentais ou que deles “irradiam”, a tarefa do juiz é, na verdade, aplicar de forma consistente e conseqüente uma deliberação legislativa prévia. Isso porque as cláusulas gerais são oriundas da técnica legislativa. Além disso, observa-se que “*os tribunais não devem corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações*”.^{111 112}

¹⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 172.

¹¹⁰ Sobre o tema, adiciona o autor: “Hesse alerta ainda para mais duas conseqüências da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (i) Admitida a eficácia imediata, os juízes e os tribunais ordinários (civis), em suas decisões, argumentariam amplamente a partir de e com os direitos fundamentais. Dessa forma, conflitos de caráter jurídico-civil se converteriam em conflitos jurídico-constitucionais. A conseqüência disso é que o Tribunal Constitucional poderia se transformar em um supremo tribunal de conflitos jurídico-civil, assumindo um papel que a Constituição não lhe confere. (ii) A ampla e imediata eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares provocaria a inflação dos direitos fundamentais, “(...) com a qual o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 173.)

¹¹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 173-174.

¹¹² Como já referido, as críticas mencionadas foram feitas à luz da teoria da eficácia mediata. Nesse sentido, Steinmetz aponta a “contra-crítica” à objeção realizada: “No entanto, aqui, cabe ao menos uma breve consideração em relação ao argumento crítico de que a eficácia imediata é incompatível com os princípios democrático e da separação de poderes. Primeiro: se o legislador ordinário não cria regulações normativas instituindo supostos fáticos específicos e conseqüências jurídicas determinadas com vistas à demarcação e harmonização dos “espaços jusfundamentais” entre particulares e, em um determinado caso concreto, a solução judicial via cláusulas gerais não é possível, então há apenas duas alternativas: ou se nega a eficácia, sem mais, ou se admite a eficácia imediata. Isso, como se vê, põe em questão a própria teoria da eficácia mediata, porque, assim, ela pode ser caracterizada como uma “negação dissimulada” da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares. Segundo: os teóricos da eficácia imediata não propõem que as ponderações do juiz devem se sobrepor às ponderações do legislador democraticamente legitimado. Argumentam exatamente em

1.3.1.2 A teoria da eficácia mediata

A teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), também conhecida pela alcunha de eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*), foi desenvolvida, precipuamente, por Günther Dürig, tendo sido acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão no paradigmático *Caso Lüth* (1958).¹¹³ As principais características dessa doutrina podem ser assim elencadas: em primeiro lugar, os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares através das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos próprios dos ramos do direito privado (por exemplo, por meio do direito civil, do direito do trabalho, do direito comercial).¹¹⁴

Em segundo lugar, destaca-se que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ocorre somente sob a condição de haver a mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano. Essa mediação concretizadora do Poder Legislativo se dá por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitam as condições de exercícios, o conteúdo, bem como o alcance desses direitos nas relações entre particulares. Por fim, ao Poder Judiciário, nas hipóteses em que não há legislação específica pertinente e para decidir o caso concreto, cabe tornar eficazes as normas de direitos fundamentais através da interpretação e aplicação das

sentido contrário. Se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democrático e da separação de poderes”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 174-175).

¹¹³ Da decisão Lüth, sublinhou o autor o seguinte excerto: “Esse sistema de valores [*direitos fundamentais na Grundgesetz - Lei Fundamental de 1949*], 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 a legislação, a administração e a jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito. O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico. Desde a teoria da eficácia mediata, uma eficácia mediata ou indireta de direitos fundamentais - "processada" e "modulada" ("gradada") legislativamente ou segundo parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do direito privado - é correta porque: (i) considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e como princípio que deflui do direito geral de liberdade; (ii) assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo, sobretudo do direito civil; (iii) responde melhor ao postulado da certeza jurídica, porque as normas de direito privado apresentam um grau maior de especificidade e de detalhamento do que o das normas de direitos fundamentais (estas últimas são veiculadas por textos fragmentados, ambíguos e, sobretudo, vagos); (iv) evita a "panconstitucionalização" do ordenamento jurídico, fenômeno que não seria bom para o direito privado nem para o direito constitucional, porque (a) implicaria a trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria, em grande escala, casos jurídico-privados em casos jurídico-constitucionais e, por conseqüência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 139-140).

¹¹⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136-138.

normas de direito privado, principalmente daqueles textos que contêm cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito).^{115 116}

Conforme a vertente da eficácia mediata (e diferentemente da corrente “imediata”), os direitos fundamentais não são aplicados nas relações entre privados como direitos subjetivos constitucionais, mas sim como normas objetivas de princípio (princípios objetivos) – ou, para utilizar uma terminologia advinda da teoria axiológica dos direitos fundamentais, como sistema de valores (*Wertsystem*) ou uma ordem objetiva de valores.¹¹⁷ Assim, uma vez explanado sobre o núcleo da teoria, parte-se agora para a análise de suas premissas básicas.

A construção doutrinária desta vertente mantém a premissa de que os direitos fundamentais perante o Estado se tratam de direitos subjetivos de defesa (direitos de liberdade). Como consectário lógico disso, tem-se que, na relação entre indivíduo e Estado, apenas o indivíduo é titular de direitos fundamentais, de modo que o Estado resta tão somente como destinatário das normas que veiculam esses direitos (e, nesse caso, o ente estatal é vinculado imediatamente aos direitos fundamentais), bem como que as normas de direitos fundamentais não podem e não devem produzir eficácia imediata nas relações jusprivadas. Assim, para os defensores desta corrente, se os direitos fundamentais fossem aplicados nas relações entre particulares do mesmo modo e com a mesma intensidade e alcance com que o são nas relações entre indivíduo e Estado, isso acarretaria, provavelmente, o cerceamento das preferências e das escolhas pessoais dos sujeitos envolvidos, bem como a excessiva restrição de liberdade. Acreditam, que os direitos fundamentais provocariam, dessa maneira, o engessamento das relações entre particulares.¹¹⁸

Nesse diapasão, a mediação da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares incumbe tanto ao legislador (ao legislar as normas de direito privado) quanto aos magistrados (ao procederem à hermenêutica dos textos de normas imperativas de direito privado). Além disso, pontua-se que, uma vez que o Poder Legislativo já se encontra diretamente vinculado às normas de direitos fundamentais, a vertente da

¹¹⁵ Especificamente quanto às cláusulas gerais, “por terem a função e oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos valorativos, jurídicos (intra-sistêmicos) e metajurídicos (metassistêmicos), limitativos do princípio da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais - serviriam como cláusulas de abertura para a “influência” ou “irradiação” dos direitos fundamentais no direito privado”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136-138).

¹¹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136-138.

¹¹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138-139.

¹¹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140-141.

eficácia imediata se torna despicienda: isso porque as normas de direito privado obrigatoriamente, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade, devem ser conformes à Constituição. Dessa forma, para essa corrente, os tribunais, via de regra, já interpretariam e aplicariam normas de direito privado já influenciados pelas normas de direitos fundamentais, porquanto presumidamente tidas como constitucionais.¹¹⁹

Outra premissa importante para a construção da eficácia mediata é a da autonomia do direito privado perante o sistema de direito constitucional positivo, uma vez que o direito privado tutela bens e valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais. Desse modo, defende-se que o direito privado também garante espaços de liberdade necessários ao desenvolvimento individual dos sujeitos privados.¹²⁰

Ante o quanto explanado, as principais expressões teóricas da eficácia horizontal, a imediata e a mediata, foram até então apresentadas. Porém, outros desdobramentos doutrinários dignos de nota são também elencados na sequência.

1.3.1.3 A teoria de Schwabe

Para além das vertentes da eficácia mediata e imediata, há, também, a doutrina da *state action* estadunidense e a da convergência estatal (ou “teoria da imputação ao Estado”, proposta por Schwabe). Essas últimas têm em comum o fato de que trazem em seu bojo o entendimento de que se imputa ao Estado a ação violadora de direitos fundamentais, uma vez que é para a ação estatal que se prescrevem proibições e obrigações – sendo que, justamente por esse motivo, deve ser aplicado ao caso concreto a eficácia dos direitos fundamentais.¹²¹

Especificamente quanto à doutrina de Schwabe, destaca-se que ela se filia à ideia de que o Estado, na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens de direitos fundamentais de outro cidadão. Desse modo, mesmo que sejam cometidas por particulares, essas violações teriam de ser consideradas como intervenções estatais. Portanto, para resolver o problema da eficácia horizontal, a concepção dos direitos fundamentais como direitos do *status negativus* dirigidos em face do Estado seria o suficiente.¹²² Desse modo, pode-se inferir que o problema da

¹¹⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140-141.

¹²⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141.

¹²¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 530.

vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais, sob a visão desta corrente, passa a se tratar das relações entre indivíduo e Estado (passando-se para uma perspectiva mais assemelhada à eficácia vertical dos direitos fundamentais), plano em que os direitos fundamentais operam eficácia imediata e direta, porque constituem-se em *direitos de defesa* perante o Estado.¹²³

Nesse diapasão, conforme Schwabe, toda violação de direito fundamental entre entes privados deve ser imputada ao Estado, uma vez que a lesão resulta, em última instância, de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Assim, caso o Estado (seja por via dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário) não proíba uma infração a direito fundamental entre sujeitos privados, significa, então, que o Estado acaba por permiti-la; se não as proibiu, então passa a ser o responsável, direto e universal, pelas lesões de direitos fundamentais causadas em face dos particulares.¹²⁴

Nesse contexto, percebe-se que a teoria de Schwabe confronta com as demais já apresentadas: por um lado, vai de encontro à teoria da eficácia mediata ao se propor uma eficácia imediata e direta de normas de direitos fundamentais; por outro lado, opõe-se à teoria da eficácia imediata, uma vez que desloca o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais para o âmbito das relações entre sujeito privado e Estado.¹²⁵

Contudo, apesar do quanto apresentado até aqui, a teoria de Schwabe é objeto de críticas.¹²⁶ A primeira crítica diz respeito à ideia de que, do ponto de vista prático, trata-se de uma ficção imputar ao ente estatal a responsabilidade por quaisquer intervenções de particulares em direitos fundamentais alheios. Contudo, tomar o Estado como agente universal, participante e responsável por tudo o que acontece entre os humanos se trata de “ficcionalismo”, uma vez que, conforme o autor, a “*ocorrência de restrições ou violações, unilaterais ou recíprocas, de direitos fundamentais nas relações entre particulares é um dado da experiência social identificável pela observação direta*”.¹²⁷

¹²³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

¹²⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

¹²⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

¹²⁶ Nas palavras do autor: “Aqui, tem-se como ponto de partida isto: se se concebe a vinculação dos particulares como um problema jurídica e empiricamente real, se se aceita a multifuncionalização dos direitos fundamentais – fundada na dupla dimensão desses direitos – e, principalmente, se se toma os direitos fundamentais a sério em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, então a teoria de Schwabe como resposta ao problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é refutável”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176).

¹²⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176-177.

A segunda crítica oposta versa que se corre o risco de haver “irresponsabilidade privada” perante os direitos fundamentais. Dito de outra forma, nos casos em que não se puder subsumir um mandamento de proibição (seja porque não há diploma legal que preveja a proibição, de forma a acarretar a permissão de determinado ato), os entes privados, na hipótese de praticarem intervenção na esfera jusfundamental de outrem, não poderiam ser responsabilizados juridicamente. Isso porque a responsabilidade pelo ilícito cometido recairia sobre o Estado. Em terceiro lugar, e conectado a esse problema de inexistência de mandamento de proibição previsto em lei, partindo-se do pressuposto de que a teoria de Schwabe é endereçada, sobretudo, ao Poder Legislativo, é razoável concluir que só se poderia garantir o respeito a direitos fundamentais entre entes privados por meio da legiferação excessiva (a chamada “hiperinflação legislativa”). Finalmente, a aceitação da teoria de Schwabe se revela equivocada no momento em que se lhe aplica nas relações negociais privadas: por exemplo, imagine-se uma relação contratual na qual um particular, no exercício de sua autonomia privada, sofreu a restrição ou violação de um direito fundamental. O problema que se coloca é justamente como se poderia imputar ao Estado a participação nessa infração, se o ente estatal permite e, inclusive, garante aos particulares, em relações negociais, o exercício de sua autonomia privada e de seu direito geral de liberdade. Dito de outro modo, parece-nos incompatíveis, de um lado, a teoria da imputação ao Estado e, do outro, o princípio da autonomia privada e o direito geral de liberdade.^{128 129}

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo da outra vertente em que há a imputação ao ente estatal do ato que infringe direitos fundamentais de particulares, qual seja, a *state action doctrine*.

1.3.1.4 A corrente da *State Action*

A doutrina da *State Action*, advinda dos Estados Unidos, preconiza que a Constituição disciplinaria apenas as relações entre o Estado e o cidadão (isto é, por meio da eficácia

¹²⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 177-178.

¹²⁹ Na mesma linha de refutação da teoria de Schwabe, Mac Crorie assinala sua crítica ao que a autora denomina “convergência estatista”: “Quanto à teoria da convergência estatista, como vimos, Schwabe considera que o Estado ao não proibir intervenções de particulares em bens jusfundamentalmente protegidos está a permiti-las, correspondendo a essas permissões estatais a imposição de deveres de tolerância a outros particulares. A permissão, o dever de tolerância, [...] devem, conseqüentemente, ser orientados pelo direito fundamental como direito de defesa, pelo que o problema de protecção frente a particulares se converte num problema de protecção frente a intervenções realizadas, em última instância, pelo Estado”. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.)

vertical), de modo que a regência das relações privadas se daria pela incidência da legislação civil. A ideia subjacente a essa doutrina é o temor ao abandono da garantia à autonomia privada.¹³⁰ Assim, a Constituição norte-americana prescreveria proibições e obrigações especificamente para ações desempenhadas pelo Estado (*state action*). Em síntese, os direitos fundamentais vinculariam os poderes públicos e só poderiam ser acionados judicialmente em face de uma ação estatal. Nas relações entre particulares, os direitos individuais são protegidos pela lei. Nesse sentido, a *state action* é semelhante à teoria da imputação ao Estado, de Schwabe, mas é a ela anterior.¹³¹

Entretanto, a fim de aplicar a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares, os juízes dos Estados Unidos recorreram à interpretação mais ampla da exigência de *state action*. Assim, o mecanismo hermenêutico aplicado é o seguinte: o âmbito de abrangência do conceito de *state action* é ampliado, de forma a operar eficácia de direitos fundamentais nas situações em que um particular propõe ação em face de outro ente privado, alegando violação de direito fundamental individual (como se a ação violadora de direitos houvesse sido perpetrada pelo Estado); simultaneamente, preserva-se a ideia de que os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos. Na prática, um sujeito privado ingressa com ação judicial contra outro particular a fim de tornar eficaz um direito individual constitucional ou uma pretensão nele fundada. O magistrado, então, ao receber a demanda, (i) analisa se o sujeito passivo se trata de um outro particular ou de algum representante do Estado (funcionário, agência, entidade pública, etc.). Caso o sujeito passivo não seja relacionado ao ente estatal, o juiz ou o tribunal (ii) afere se a ação ou ações do demandado-particular podem ser imputadas, por algum motivo, ao Estado – ou seja, se se pode subsumi-la ao conceito de *state action*.¹³²

À guisa de classificação, as decisões judiciais emanadas pela Suprema Corte estadunidense podem ser divididas em duas categorias: (1) as que impõem uma limitação ao exercício de uma função pública por entes privados (*the public function cases*); (2) aquelas que concluem pela existência de uma relação simbiótica (*symbiotic relationships*) entre Estado e um particular; ou uma implicação estatal na atividade privada (*state commandment or encouragement of private activities*). No primeiro grupo de casos, a Suprema Corte estabeleceu parâmetros para definição de quando os particulares exercem funções típicas dos

¹³⁰ FACÓ JUNIOR, João Alberto. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. **Revista de Direito da FAT**, v. XI, p. 1, 2014, p. 9-11.

¹³¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

¹³² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

poderes públicos, hipótese em que podem responder por violações a direitos fundamentais. Na segunda, reconhecem-se os tipos de agressões provocadas por sujeitos que possuem uma participação estatal significativa (*a governmental hand*).¹³³

A respeito das conhecidas “*the public function cases*”, destaca-se que uma série de decisões da Suprema Corte norte-americana ficaram conhecidas por essa alcunha; nelas, assentou-se o entendimento de que atores aparentemente privados têm a possibilidade de exercer funções inerentemente públicas. Dessa maneira, esses entes privados passam a se submeter diretamente aos limites da Constituição. Dito de outro modo, para fins de *aplicação direta das normas constitucionais*, a Suprema Corte “*passou a focar sua atenção no status público ou privado de que podem se revestir algumas entidades privadas*”.¹³⁴ A propósito, sublinha-se que a teoria da função pública foi aplicada, sobretudo, em dois temas: nos casos que envolvia a realização das eleições primárias (que, em síntese, barrava a participação de candidatos negros, preteridos em razão daqueles que tinham pele branca) e em resposta aos problemas suscitados pelas regras de acesso e utilização de certos espaços de propriedade privada, como parques ou centros comerciais.^{135 136}

Na situação envolvendo os “espaços de propriedade privada” (a exemplo do caso *Marshall v. Alabama*),¹³⁷ à guisa de fundamentação, a Corte adotou o entendimento de que a cidade objeto do litígio, em que pese o fato de ser propriedade de uma companhia privada, possuía todas as características de um município estadunidense comum. Dessa forma, uma vez que exerciam funções de caráter essencialmente público, as autoridades da cidade

¹³³ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 122.

¹³⁴ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 123.

¹³⁵ Sobre o tema: “Após essa decisão, a Suprema Corte se deparou com uma série de demandas propostas por pessoas que haviam sido expulsas de grandes centros comerciais, os chamados shopping centers. Como acentua Ubillos, esses estabelecimentos, assim como as *company towns*, se situam na fronteira entre a propriedade pública e a privada, podendo também servir de cenário propício para que direitos do proprietário sejam limitados por imperativos constitucionais”. (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 125-126).

¹³⁶ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 123.

¹³⁷ A propósito: “O primeiro desses casos, *Marsh v. Alabama* (1946), apresenta um caso ilustrativo. G. Marsh, uma testemunha de Jeová, adentrou numa *company town* - uma cidade construída sobre um terreno de uma companhia privada e administrada autonomamente pelos empregados da empresa, a Gulf Ship Co. - a fim de distribuir panfletos religiosos. As autoridades da cidade requisitaram a cessação das atividades à testemunha de Jeová, que ignorou a advertência e continuou a distribuição. Como conseqüência, as autoridades da *company town* invocaram a aplicação de uma lei que proibia e penalizava a entrada sem autorização em propriedades privadas alheias ou a permanência nelas contra a vontade dos proprietários (*trespass*). A Suprema Corte considerou que as autoridades da *company town* haviam violado o *freedom of speech* contido na emenda I”. Porém, no final, decidiu-se que: “o direito de livre expressão daqueles que adentram na propriedade, portanto, possui uma posição de preferência sobre o direito de propriedade, não cabendo, no caso, a invocação da proteção à propriedade privada segundo a lei proibitiva do *trespass*”. (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 125-126).

deveriam atentar aos direitos constitucionalmente previstos como se autoridades públicas fossem. Portanto, a dita “*company town*”, nesse caso, deveria ser considerada uma “*public property*”, já que estava aberta ao ingresso do público em geral. Desse modo, “*toda vez que uma propriedade privada é aberta ao público, os direitos dos proprietários passam imediatamente a estar limitados constitucionalmente*”.¹³⁸

Quanto ao segundo grupo de casos, isto é, aqueles em que a determinação da *state action* é baseada na relação simbiótica entre Estado e entes privados, ou mesmo quando há uma implicação estatal na atividade privada (respectivamente, *symbiotic relationships* e *state commandment or encouragement of private activities*), cumpre destacar que as primeiras decisões que seguem essa orientação jurisprudencial são encontradas em casos relacionados à aplicação dos *racially restrictive covenants*¹³⁹ no mercado imobiliário norte-americano.¹⁴⁰

Nesse sentido, destaca-se a decisão da Suprema Corte no caso *Shelley v. Kraemer*, o qual é tido como o *leading case* nesse tema, representando um marco na construção da jurisprudência da *state action doctrine*. Após muito tempo admitindo a legitimidade desses convênios imobiliários, a Corte passou a defender a ideia de que os tribunais infringiam a cláusula constitucional da *equal protection* (contida na emenda XIV) quando validavam e executavam as *racially restrictive clauses*. Desse modo, decidiu-se que, no caso em que o contrato (que inclui as referidas cláusulas discriminatórias) é cumprido pelas partes de forma voluntária, não há que se falar em desrespeito à norma constitucional, uma vez que a discriminação não ultrapassaria a esfera privada. Assim, tratar-se-ia de uma conduta substancialmente privada, a qual não seria influenciada pelo mandamento constitucional da *equal protection*.¹⁴¹

Entretanto, na hipótese de um dos contratantes decidir vender o imóvel a uma pessoa negra, de forma a violar as cláusulas contratuais, e a questão fosse demandada junto aos tribunais, o problema se tornava outro; nesse caso, o juízo encontrava-se diante de um impasse: ou (a) validava a cláusula discriminatória – já que se tratava de um ato privado e, por isso, não restava abarcado pelas restrições constitucionais – e a executava; ou (b) entendia

¹³⁸ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 125-126.

¹³⁹ *Racially restrictive covenants* designa “as disposições contratuais pelas quais o proprietário de um imóvel se compromete a não vendê-lo ou alugá-lo a pessoas negras ou de outras minorias raciais”. (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 127.)

¹⁴⁰ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 127.

¹⁴¹ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 128.

essa cláusula contratual como inválida, aplicando a emenda XIV (*equal protection*). Desse modo, a Suprema Corte passou a sustentar que os tribunais – ao entenderem as *racially restrictive covenants* como válidas e as executando – estariam negando o direito de igualdade inserto na XIV emenda. Dito de outra forma, consubstanciava uma *state action* a execução, pelos tribunais, do contrato com cláusula discriminatória (uma vez que o Poder Judiciário se trata de ente estatal).¹⁴²

Nesse contexto, uma reflexão se impõe: se a Corte expõe fundamentação no sentido de que os tribunais estão obrigados a observar as normas constitucionais, de modo a tornar inválidas as cláusulas contratuais a elas contrárias, não estaria, dessa forma, impondo aos indivíduos que viessem a conformar suas avenças particulares de acordo com as normas constitucionais? Assim, entende-se que seria difícil a Corte admitir abertamente a vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais; contudo, alcançou resultados similares por meio da interpretação extensiva do conceito de *state action*. Portanto, pode-se inferir que, por meio desse mecanismo, a Suprema Corte estendeu a eficácia das normas constitucionais ao campo das relações privadas, de forma a restringir, em menor ou maior medida, o âmbito de determinação dos particulares.¹⁴³

Assim sendo, é possível afirmar que, a partir da decisão de *Shelley v. Kraemer*, a doutrina da *state action* se aproximou deveras da teoria da eficácia mediata de direitos fundamentais nas relações privadas. Contudo, a Suprema Corte não tardou muito para modificar esse entendimento, uma vez que se viu ameaçada pelo suposto “perigo” que interpretações extensivas em excesso poderiam trazer para a conformação de sua jurisprudência.¹⁴⁴

Oportunamente, destaca-se o fato de que a doutrina opõe algumas críticas à vertente da *state action*. A primeira objeção que se faz vai no sentido de que há situações nas quais resta cristalino que a ação de um particular é subsumível ao conceito de *state action*: ou seja, nas situações em que o particular exerce uma espécie de “função pública” ou “quase-pública”, ou mesmo naquelas em que se detecta uma “conexão ou implicação estatal significativa”.¹⁴⁵ Outrossim, há situações que certamente não são reconduzíveis ao conceito de *state action*,

¹⁴² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 128.

¹⁴³ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 128-129.

¹⁴⁴ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 129.

¹⁴⁵ “Exemplo: a empresa privada de transporte urbano coletivo que pratica uma discriminação contra um particular por motivo de raça, de religião, de origem social, etc.”.(VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 122.)

haja vista a ação do particular não poder assim ser classificada.¹⁴⁶ Finalmente, há casos em que se coloca em xeque a possibilidade de subsunção ou não de uma ação ao conceito de *state action*: são os casos de limites, o que remete ao problema dos critérios delimitadores da *state action*.¹⁴⁷

O segundo argumento de objeção à doutrina refere-se ao marco constitucional. Nesse sentido, cumpre dizer que a *state action* é uma teoria construída meticulosamente no marco de uma Constituição que é a mais genuína expressão do paradigma constitucional liberal, de modo que ela se coaduna bem com a cultura estadunidense. Desse modo, no bojo das constituições delineadas conforme os parâmetros do constitucionalismo social e do constitucionalismo democrático, a referida doutrina acaba não tendo tanto relevo, não encontrando referibilidade. Por exemplo, se se colocar a *state action* sob a perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil, conclui-se que ela não é uma teoria constitucionalmente adequada sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Isso porque a Constituição Federal se trata de um texto constitucional que tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais, além de normatizar as relações entre indivíduo e Estado.¹⁴⁸ E, mesmo assim, observa-se que ela foi utilizada como fundamento no caso União Brasileira de Compositores.

1.3.1.5 As demais vertentes propostas pela doutrina

Para além das concepções já apresentadas, existem outras interpretações possíveis formuladas pela doutrina. Entre elas, encontram-se o entendimento de Alexy e, especificamente no Brasil, a teoria civil-constitucional. Nesse diapasão, a dita “teoria integradora” de Alexy versa, em suma, que os efeitos na relação cidadão/cidadão ocorrem em função da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos.

¹⁴⁹ O modelo de Alexy é composto de três níveis, os quais integram as três teorias básicas (a saber, a teoria da eficácia mediata, a da imediata e a teoria da imputação de Schwabe),¹⁵⁰ no sentido de que elas não se excluem, mas sim se complementam, de modo que, em cada uma

¹⁴⁶ “Exemplo: o locador de imóveis que discrimina inquilinos em razão de preferências político-ideológicas”. (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 122.)

¹⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180-181.

¹⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180-181.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 530.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 529.

delas, existem pontos adequados que podem ser justapostos em uma construção dogmática unitária. Por esse motivo, faz-se necessário um modelo que abarque os aspectos corretos de cada teoria em uma solução completa e adequada. Entretanto, frisa-se que, do ponto de vista dos resultados, o fato de as três construções dogmáticas serem equivalentes não afasta a questão da correção.^{151 152}

Assim, na visão de Alexy, as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata têm por destinatário, primeiramente, o Poder Judiciário; por outro lado, a teoria de Schwabe é endereçada ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário.¹⁵³ Porém, na qualidade de construções dogmáticas endereçadas à atividade judicial, essas vertentes acabam acarretando resultados semelhantes, de modo que o resultado atingível com o uso de uma das correntes pode também sê-lo com as outras.¹⁵⁴

No modelo de três níveis proposto, são considerados: (i) o nível dos *deveres do Estado*, (ii) o dos *direitos ante o Estado* e, por fim, (iii) o das *relações jurídicas entre particulares*.¹⁵⁵ Isso observado, Alexy conclui que, partindo-se da teoria da eficácia mediata

¹⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 181-182.

¹⁵² Nesse sentido, conforme Alexy: “O fato de as três construções serem equivalentes nos resultados não significa que a questão acerca de sua correção seja irrelevante” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 533). Em tempo, aduz o autor: “Nessa esteira, conforme Alexy: “[...] nenhuma das três construções é, por si só, a correta, pois é possível afirmar que cada uma delas destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado como a solução completa. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e adequada” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 533).

¹⁵³ Nesse sentido, explica o autor: “No que diz respeito ao Judiciário as três construções são equivalentes em resultado. Duas construções jurídicas são equivalentes em resultado se todo resultado que pode ser obtido no âmbito de uma puder também ser obtido no âmbito da outra. Que o criador de uma construção a tenha criado para obter resultados diversos daqueles obtidos pelas construções já existentes, ou que os defensores de uma construção tendam a outros resultados se comparados com os defensores da outra construção, ou, ainda, que uma construção seja mais próxima de determinados resultados que a outra, nada disso afeta a equivalência em relação aos resultados. O que importa é que, em todos os casos, o mesmo resultado possa ser obtido” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 531-532).

¹⁵⁴ Assim, continua o autor: “As três teorias tomam em conta, (i) que na relação entre particulares ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, (ii) que, por essa razão, a eficácia deve ser matizada (gradação da eficácia) e (iii) que a medida da eficácia deve ser definida, em última instância, pela ponderação. Em relação à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 181.)

¹⁵⁵ Complementa o autor: “[...] (i) A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos os âmbitos do direito obrigam o Estado jurisdição. (ii) Os direitos ante o Estado (a teoria de Schwabe) situam-se no segundo nível. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental juiz e os tribunais, em suas decisões, tomem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apoiam a sua (do particular) posição ou pretensão. Este direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa. (iii) No terceiro nível, situa-se a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia imediata)”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.)

e da eficácia por meio da mediação estatal (teoria de Schwabe) resulta uma eficácia imediata. Desse modo, em seu entendimento, as três construções chegariam a um mesmo resultado: todas elas acarretariam, em última instância, uma eficácia imediata (nesse sentido, exemplifica essa situação com o caso *Blinkfüer*).^{156 157}

Por sua vez, quanto à chamada perspectiva civil-constitucional, no Brasil, destaca-se que o tratamento dado pela dogmática jurídica à *Drittwirkung* ainda se encontra incipiente, em que pese já existam estudos realizados sobre o tema. Nesse sentido, a referida doutrina (também conhecida pela alcunha de “metodologia civil-constitucional”, “direito civil constitucional” ou “movimento do direito civil constitucional”),¹⁵⁸ trata da proposta de que as disposições infraconstitucionais de direito civil devem ser interpretadas conforme a Constituição (princípios, regras, valores).

Além disso, consiste na tese de que é tarefa do magistrado aplicar diretamente, nas relações concretas entre particulares, a cláusula constitucional da tutela dos direitos da personalidade e os princípios constitucionais relevantes para o direito privado.¹⁵⁹ Por fim, cumpre dizer que, se posição expressa houvesse sobre o tema, é muito provável que os teóricos brasileiros dessa vertente argumentassem em favor da eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações entre os particulares.¹⁶⁰ Nesse sentido, parece-nos que, tanto a partir da visão de Alexy, como da visão da metodologia-civil constitucional, a corrente aplicável seria a da eficácia imediata (a qual, observa-se, foi efetivamente aplicada no caso União Brasileira de Compositores, julgamento paradigma deste trabalho).

¹⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.

¹⁵⁷ Sobre o tema, versa Alexy: “As três teorias permitem levar em conta o fato de que, na relação cidadão/cidadão, ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. Assim, em todas elas aceita-se uma modulação da força de seus efeitos; para todas elas, a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de **sopesamento, no qual determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida**. Portanto, se a análise for feita a partir do seu resultado, o decisivo não é a construção, mas a “valoração” que a preenche”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 532).

¹⁵⁸ Conforme o autor, acerca da origem dessa doutrina: “Trata-se de uma tendência, de uma concepção, desenvolvida por teóricos e dogmatas do direito civil - que gravitam, sobretudo, embora não exclusivamente, em torno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – a partir de meados da década de 80 do século XX, sob a influência de autores europeus, sobretudo italianos, como Pietro Perlingieri”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.)

¹⁵⁹ O autor elenca exemplos: “[...] como, e.g., o princípio da solidariedade (CF, art. 3,§ 1º), o princípio da igualdade substancial (CF, art. 5º, caput combinado com o art. 3º, III e IV) e o princípio da função social da propriedade (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III)”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185).

¹⁶⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185.

1.4 Conclusões parciais

Nesse capítulo, primeiramente foi realizado um estudo sobre a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Após essa explanação, adentrou-se no tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, percorrendo-se pelo seu conceito e suas vertentes. Feito esse estudo, algumas considerações são tecidas.

Em primeiro lugar, não é possível negar a coexistência de diversos níveis de eficácia (mediata, imediata, desenvolvida pelos direitos frente ao Estado, *state action*) trazidas pela doutrina, haja vista que cada uma delas se relaciona a um aspecto do problema, mas sem a pretensão de uma vertente se sobrepor às outras. Frente a esse problema, Vale afirma que a solução pode ser encontrada na construção de um modelo que abranja os aspectos mais expressivos de cada corrente, de modo a representar de forma clara como os direitos fundamentais incidem no âmbito privado, de acordo com o tipo de função realizada pela pretensão jusfundamental colocada sob júdice.¹⁶¹

Portanto, tendo-se em vista a coexistência dos diversos níveis de eficácia, em todos os casos, será dever, tanto do legislador como do magistrado, levar em conta, atentamente, os ditames das garantias fundamentais encartados na Carta Magna, de forma a oferecer a tutela pertinente aos indivíduos em suas relações jusprivatistas havidas com os demais entes privados.¹⁶²

Outra reflexão de relevo é trazida por Steinmetz, que questiona (à luz da eficácia mediata) a suposta necessidade de os direitos fundamentais deverem ser concretizados por meio de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do direito privado em vez de, tão somente, operarem diretamente como direitos subjetivos constitucionais (uma vez que se tratam de garantias que ocupam um espaço preferencial na ordem constitucional, conforme artigo 5º, §1º e artigo 60, §4º, IV, ambos da Constituição da República). Outrossim, pergunta-se o mesmo autor quanto à imprescindibilidade de os direitos fundamentais deverem “tomar as vestes” de cláusulas gerais para atuar como limitadores ao princípio da autonomia privada. Dito de outro modo, questiona-se o autor sobre o fundamento doutrinário que justifique a tese segundo a qual as cláusulas gerais devem ser o meio condutor para o ingresso de direitos fundamentais no campo do direito privado. Em resposta, afirma que os

¹⁶¹ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 170-171.

¹⁶² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 171-172.

doutrinadores que defendem a eficácia mediata não oferecem respostas plausíveis a esses impasses.¹⁶³

A *contrario sensu*, argumenta o doutrinador que não é coerente que se negue a força normativa das normas jusfundamentais, de forma a lhes exigindo – para a sua aplicabilidade e na hipótese de inexistência de regulações legislativas específicas concretizantes – que esses direitos somente atuem, nas relações privadas, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados infraconstitucionais, conforme prescreve a corrente da eficácia mediata. Desse modo, conclui Steinmetz que, partindo-se da vertente da eficácia imediata, não sobram argumentos razoáveis para considerar a contraposição entre eficácia mediata e imediata.¹⁶⁴ Ao fim e ao cabo, a referida concepção não destoa do entendimento de Alexy, nem de Vale e, muito menos, do quanto adotado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do caso União Brasileira de Compositores (haja vista que o Ministro Gilmar Mendes, designado para a lavratura do acórdão, mencionou “não ser sua maior preocupação a eleição da vertente cabível”,¹⁶⁵ como se verá da análise do julgado no próximo capítulo).

¹⁶³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 270.

¹⁶⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 270.

¹⁶⁵ Vide nota de rodapé nº 216. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 607)

2 CASUÍSTICA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A PARTIR DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Neste capítulo, inicialmente, será feita uma abordagem de caráter histórico a respeito do tratamento da eficácia horizontal no bojo da jurisprudência alemã e a brasileira. Posteriormente, serão apresentados os resultados da pesquisa empírica realizada junto às Cortes Superiores e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo por escopo a análise da aplicabilidade da teoria da *Drittwirkung* no âmbito da jurisprudência brasileira.

2.1 Aporte histórico: a jurisprudência alemã e brasileira

Nesta seção, serão tratadas a jurisprudência alemã e a brasileira. Para esse propósito, atendendo a um critério cronológico, inicialmente, serão tratados julgados alemães, uma vez que o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão influenciou a jurisprudência pátria. Após, será apresentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de três Recursos Extraordinários, a saber: Recurso Extraordinário nº 158.215/RS; Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF; e Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ.

2.1.1 Decisões alemãs

Há três casos exemplares, colhidos da jurisprudência alemã, que são dignos de nota – (i) o caso Lüth; (ii) o caso do semanário Blinkfuer e (iii) o caso da fiança “impossível de ser adimplida”. Na sequência, ambos serão abordados.

2.1.1.1 O caso *Lüth*

No início da década de 1950, um crítico de cinema alemão, chamado Erich Lüth, conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos, assim como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan. Esse boicote foi motivado pelo fato de que Harlan era uma antiga celebridade da cinematografia nazista, sendo também responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu.¹⁶⁶

¹⁶⁶ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

Em face disso, Harlan e os parceiros comerciais de seus novos filmes (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com fundamento no parágrafo 826 do Código Civil alemão,¹⁶⁷ segundo o qual “todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem fica obrigado a uma prestação negativa (isto é, deixar de fazer algo – no caso, a conclamação ao boicote), sob pena de imposição de multa”. A ação proposta por Harlan foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo.¹⁶⁸

Contudo, em face dessa decisão, Erich Lüth interpôs sua Reclamação Constitucional, endereçada ao Tribunal Constitucional Federal, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo artigo 5, alínea I, frase 1 da Lei Fundamental alemã. Então, o Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual.¹⁶⁹ Sobre a decisão, pontua Schwabe:

“Trata-se da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e de seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, os direitos fundamentais foram claramente apresentados, bem como os direitos públicos subjetivos de resistência direcionados contra o Estado. Também foram lançadas as bases dogmáticas da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais e da exigência da ponderação no caso concreto”.¹⁷⁰

Assim, quanto à decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, este entendeu que “*uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do parágrafo 826, BGB*”. Isso porque ela pode ser fundamentada constitucionalmente, uma vez que sejam ponderados todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.¹⁷¹

2.1.1.2 O caso “semanário *Blinkfuer*”

Também se tratando de uma conclamação a boicote, neste caso, o contexto do julgado era o auge da Guerra Fria, no ano da construção do muro de Berlim. O reclamante, editor e chefe de redação do semanário de pequeno porte, chamado *Blinkfuer*, distribuído em

¹⁶⁷ Em alemão, *Bürgerlichesgesetzbuch* (BGB).

¹⁶⁸ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

¹⁶⁹ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

¹⁷⁰ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381-382.

¹⁷¹ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 382.

Hamburgo, ajuizou contra os conglomerados editoriais da Axel Springer e *Die Welt* uma ação requerendo a condenação dos réus ao pagamento de indenização por perdas e danos, causados por uma convocação feita pelos réus ao boicote do pequeno jornal.¹⁷²

A ideia do incentivo ao boicote se deu em virtude de uma tentativa, por parte de Axel Springer e *Die Welt*, de coagir os demais órgãos de imprensa a não publicarem em seus produtos a programação televisiva e de rádio da Alemanha Oriental, pois tais órgãos da mídia oriental estariam, conforme a sua compreensão, a serviço da “propaganda injuriosa” do governo da República Democrática Alemã (a extinta “DDR”) contra os alemães ocidentais e seu Estado livre e democrático. Esse pleito pelo boicote se deu por intermédio de circular, enviada no final de agosto de 1961, aos distribuidores e varejistas – bancas de jornal –, que eram parceiros comerciais das grandes editoras referidas.¹⁷³

O Superior Tribunal de Justiça alemão entendeu que a conclamação ao boicote seria exercício legítimo da liberdade de imprensa e, para não violar esse direito fundamental, julgou improcedente a demanda, dando ganho de causa a Axel Springer e *Die Welt*. Contra essa decisão, entretanto, o reclamante (editor do semanário *Blinkfüer*) recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, alegando a ocorrência de violação aos artigos 2, 3 e 5 da Lei Fundamental alemã.¹⁷⁴

Neste caso – ao contrário da decisão emanada no caso Lüth –, o Tribunal Constitucional Federal julgou a reclamação procedente, analisando a colisão do exercício do direito de liberdade de imprensa realizado por cada uma das partes – ponderação essa que não foi observada pelo Tribunal *a quo*. Desse modo, deu-se ganho de causa ao demandante do semanário *Blinkfüer*. Portanto, diversamente do que ocorreu no caso Lüth, os reclamados que se valeram da “conclamação ao boicote” fizeram-no a partir do abuso de poderio econômico (porquanto fossem editoras de relevância no mercado), e não com base na discussão predominantemente intelectual, como se deu no caso Lüth.¹⁷⁵

Assim, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que “*a exortação a um boicote levada a cabo por um periódico, fundada em motivos políticos, que se faz prevalecer basicamente pelo emprego de recursos econômicos, não se encontra protegida pelo direito*

¹⁷² SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 400-401.

¹⁷³ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 400-401.

¹⁷⁴ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 401.

¹⁷⁵ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 401.

*fundamental da liberdade de opinião, bem como viola o direito fundamental à liberdade de imprensa”.*¹⁷⁶

2.1.1.3 O caso do fiador¹⁷⁷

O Tribunal Constitucional Federal alemão,¹⁷⁸ no âmbito do direito contratual, reconheceu a influência dos direitos fundamentais. Assim, houve uma quantidade considerável de demandas submetidas à Corte, em que esta teve o papel de corrigir decisões emanadas pelo Superior Tribunal Federal¹⁷⁹ sobre a responsabilidade de familiares de um devedor por fianças prestadas. Esses casos guardavam em comum o fato de que o fiador, ao ter de cumprir a obrigação não adimplida pelo obrigado principal, praticamente não possuía nenhum patrimônio para fazer frente à despesa. Ademais, quando muito, seus vencimentos conseguiam pagar apenas os juros ou mesmo apenas parte dos juros do principal da dívida. Desse modo, em virtude da fiança prestada, o fiador se vê obrigado a uma avença em que não vislumbra perspectivas de saída, pois, para cumpri-la, deveria trabalhar durante várias décadas ou mesmo durante a sua vida inteira, sem que viesse a ter efetivamente a possibilidade de quitar a dívida originária.¹⁸⁰

Ao analisar esses casos, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça alemão adotou uma postura muito dura e formalista, entendendo que tais fianças seriam válidas e fundamentando tal juízo no argumento de que a *“liberdade de contratar permitiria também a assunção de obrigações muito perigosas”*. Todavia, o Tribunal Constitucional Federal julgou que esse entendimento ensejava um *“erro crasso de violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”*, de acordo com o artigo 2º, inciso I, da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*, em alemão).¹⁸¹

Em que pese seja certo que esse direito fundamental abrange também a liberdade de contratar (não expressamente assegurada pela Constituição), o Tribunal Constitucional

¹⁷⁶ SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: extractos de las sentencias más relevantes**. 2. ed., Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. 210.

¹⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 209-210.

¹⁷⁸ Em alemão, *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG).

¹⁷⁹ Em alemão, *Bundesgerichtshof* (BGH).

¹⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 209.

¹⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 209.

Federal ressaltou que isso é válido para ambas as partes de forma igual. Por isso o ordenamento jurídico, de acordo com a interpretação do Tribunal Constitucional Federal, não pode considerar como adequado que uma das partes prepondere, de modo a determinar de fato unilateralmente o teor do contrato, viabilizando para a outra parte, assim, o efeito de uma determinação heterônoma. Portanto, o Tribunal Constitucional Federal embasou seu entendimento no “efeito irradiador dos direitos fundamentais”, de forma que recomendou ao BGH que levasse em consideração a garantia fundamental da autonomia privada, prevista no artigo 2º, inciso I, da Lei Fundamental alemã, no controle de contratos, aplicando a cláusula geral dos bons costumes, consoante o parágrafo 138 do Código Civil alemão, ou tendo em observação os parâmetros do princípio da boa-fé, conforme o parágrafo 242 do BGB.¹⁸² Portanto, com o auxílio da cláusula geral dos bons costumes, bem como com o princípio da boa-fé, aplicou-se o efeito irradiador dos direitos fundamentais no direito privado.¹⁸³

2.1.2 Decisões brasileiras

Após a análise de julgados alemães, no que diz respeito à jurisprudência pátria, cumpre destacar três julgados sobre o tema – (a) Recurso Extraordinário nº 158.215/RS; (b) Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF; (c) Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ.¹⁸⁴ Atendendo-se a uma perspectiva cronológica na apresentação dos julgados, observa-se o fato de que este último inaugurou efetivamente a discussão sobre a temática no Brasil.

2.1.2.1 Caso 1: A expulsão de membro de uma cooperativa sem a observância das regras estatutárias

O Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e julgado em 1996, abordou um caso em que havia controvérsia constitucional acerca da

¹⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 209.

¹⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 209-210.

¹⁸⁴ Esses casos são referidos em VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 55-58.

legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa sem a observância das regras estatutárias alusivas à ampla defesa dos excluídos.^{185 186}

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decisão da cooperativa, que excluiu sócios de seu quadro sem respeitar o contraditório e a ampla defesa, foi atentatória à garantia fundamental do devido processo legal. Por isso, determinou a reintegração dos sócios à cooperativa. Desse modo, pode-se entender que, neste caso, a eficácia horizontal de direitos fundamentais foi aplicada pelo Poder Judiciário, uma vez que este interveio para garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

2.1.2.2 Caso 2: Air France

O Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso e julgado em 1997, trata de caso em que o estatuto de uma empresa de aviação francesa proporcionava vantagens trabalhistas somente a seus empregados de nacionalidade francesa, de modo que os subordinados brasileiros não detinham as mesmas garantias. O Supremo Tribunal Federal examinou a questão sob o viés do direito fundamental à igualdade. Por essa razão, determinou a aplicação das normas contidas no estatuto da empresa de forma isonômica aos trabalhadores brasileiros.^{187 188}

¹⁸⁵ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005. p. 56-57.

¹⁸⁶ A propósito, o acórdão restou assim ementado: “DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM – A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL – Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à Assembléia Geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996).

¹⁸⁷ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005. p. 57-58.

¹⁸⁸ A ementa do acórdão restou assim escrita: “CONSTITUCIONAL – TRABALHO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA – ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA – APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO – CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput. II –

Portanto, também neste caso, pode-se vislumbrar a aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais, haja vista que a intervenção do Poder Judiciário garantiu a aplicabilidade do direito à isonomia dos trabalhadores brasileiros em relação aos franceses, proibindo que houvesse discriminação em virtude de nacionalidade.

2.1.2.3 Caso 3: União Brasileira de Compositores ¹⁸⁹

O Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, julgado em 2004 e relatado pela Ministra Ellen Gracie, recebe a alcunha de precursor, em nosso país, da recepção da doutrina alemã da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais (e no desenvolvimento da eficácia imediata dos princípios constitucionais na ordem jurídica privada) graças ao voto do Ministro Gilmar Mendes. Como já mencionado, casos semelhantes já haviam sido trazidos ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, mas foi apenas neste caso que o Tribunal trouxe aportes da doutrina estrangeira a respeito da temática. ¹⁹⁰

Desse modo, frisa-se que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu pela incidência direta do princípio constitucional do devido processo legal nos procedimentos para expulsão de sócios de uma sociedade civil. Uma vez que esse julgado será melhor analisado no subitem pertinente (“2.2.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”), aqui interessava apenas trazer uma breve notícia acerca desse caso. ¹⁹¹

Portanto, tratou-se, nesta seção, de aspectos relativos à jurisprudência alemã e brasileira concernente ao tema sob uma perspectiva histórica. Ressalta-se que, conforme já mencionado, muitos países já vêm recebendo pacificamente a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais, de forma que, uma vez que já foi introduzida a discussão no Brasil, parece-nos que a jurisprudência pátria se alinha no mesmo sentido. Na sequência, adentrar-se-á na pesquisa empírica realizada por ocasião da feitura deste trabalho.

A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc. é inconstitucional. Precedente do STF: AG 110.846/PR (AgRg), CÉLIO BORJA, RTJ 119/465. III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – RE conhecido e provido.” Com base nesses precedentes, 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” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997).

¹⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Relª Min. Ellen Gracie, Voto-Vista do Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.11.2004.

¹⁹⁰ VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005. p. 56.

¹⁹¹ VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005. p. 56.

2.2 A jurisprudência brasileira: pesquisa empírica

Nesta seção, conforme já mencionado, serão apresentados os resultados da pesquisa empírica realizada. Uma vez eleito o tema de pesquisa, foi feita a busca jurisprudencial junto às Cortes Superiores e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a fim de que se compreendesse o tratamento dispensado pelos juízes à doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Procedimentalmente, salienta-se que a pesquisa partiu dos verbetes a seguir elencados, os quais foram buscados junto aos repositórios jurisprudenciais *online* dos tribunais referidos: (1)“*eficácia horizontal*”, (2)“*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*” e (3)“*Drittwirkung*”. À guisa de delimitação temporal, a pesquisa foi compreendida entre os anos de 2005 a 2018, já que o caso União Brasileira de Compositores, julgado em 2005, foi utilizado como paradigma. Outrossim, cumpre dizer que foram afastados da pesquisa os julgados não abrangidos pelo objeto deste trabalho, conforme supramencionado.

Partindo-se dos resultados obtidos, constatou-se a ocorrência mais expressiva de certos tipos de disputa. Assim, os temas mais recorrentes são apontados a seguir: (i) exclusão de membro de entidade privada, (ii) discussão sobre penalidades impostas a associados no âmbito de associações privadas, (iii) questões condominiais e (iv) negativa de cobertura de plano de saúde (seja por motivo de discriminação de gênero, seja por alegação de “falta de cobertura”). Finalmente, os casos serão explanados na sequência, começando-se pelos julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal, passando-se pelos advindos do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, apresentando-se as decisões da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2.2.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Procedeu-se à pesquisa de jurisprudência junto ao Supremo Tribunal Federal.¹⁹² Vale dizer que, uma vez que as ações constitucionais foram excluídas do objeto deste trabalho, para fins de análise efetiva restaram apenas quatro (4) acórdãos.

Desse modo, acerca dos resultados encontrados por ocasião da busca pelo termo

¹⁹² À guisa de metodologia, cumpre esclarecer que se acessou o sítio virtual de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>). Após, utilizou-se a ferramenta de buscador, inserindo-se os verbetes “*eficácia horizontal*”, o que resultou em 13 documentos encontrados, classificados em “*acórdãos*”. Obtiveram-se os seguintes resultados: RE 636331, ARE 766618, ARE 1008625 AgR, ADI 5062, ADI 4815, ADPF 132, ADI 4277, ADI 2120, ADI 3833 MC, RE 201819 e ADI 1975 MC. Pesquisa realizada em 31 de agosto de 2018.

“*eficácia horizontal*”, foram obtidos 13 (treze) resultados, dos quais foram selecionados apenas quatro acórdãos, a saber: Recurso Extraordinário nº 636.331, Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618, Agravo no Recurso Extraordinário nº 1.008.625 AgR e Recurso Extraordinário nº 201.819.¹⁹³

No que diz respeito aos resultados obtidos na busca por “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*”, foram localizados nove (9) acórdãos¹⁹⁴ e quatro (4) decisões citadas em Informativos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, haja vista a sua relevância. Das nove decisões, serão analisadas apenas quatro, as quais coincidem com os acórdãos que serão analisados, encontrados na busca por “*eficácia horizontal*”.¹⁹⁵ Quanto às quatro decisões constantes em informativos, são elas: (a) Recurso Extraordinário 1.018.911 (Informativo nº 895), (b) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617 (Informativo 894),¹⁹⁶ (c) Recurso Extraordinário 136.861 (Informativo nº 614)¹⁹⁷ e (d) Recurso Extraordinário 201.819 (Informativo nº 405),¹⁹⁸ de forma que apenas a última será analisada.

Acerca dos resultados obtidos na busca por “*Drittwirkung*”, encontraram-se dois (2) acórdãos (isto é, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 e Recurso Extraordinário nº 201.819-8), bem como duas (2) decisões citadas em Informativos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (quais sejam, ADI – 3592 (Informativo 447) e RE 201.819-8 – caso União Brasileira de Compositores, constante do Informativo 405). Como o Recurso Extraordinário já foi mencionado anteriormente – assim como devido ao fato de os outros resultados se tratarem de ações constitucionais –, apenas o “caso UBC” será analisado.

Portanto, nesta seção serão analisados quatro julgados, os quais abordam dois temas: direito de associação e transporte internacional de mercadorias. Dessa feita, inicialmente serão tratados o caso União Brasileira de Compositores (Recurso Extraordinário nº 201.819) e o julgado Aprofarma (Agravo no Recurso Extraordinário nº 1.008.625); no primeiro, questiona-se a expulsão indevida de um associado, enquanto que no segundo, controverte-se sobre a

¹⁹³ Em razão de se tratarem de ações constitucionais, conforme explicado anteriormente, são excluídos dessa análise os julgados: ADI 5062, ADI 4815, ADPF 132, ADI 4277, ADI 2120, ADI 3833 MC, ADI 1975 MC, ADI 1443 MC, ADI 1331 MC.

¹⁹⁴ São as seguintes decisões: RE 636331, ARE 766618, ARE 1008625 AgR, ADI 5062, ADI 4815, ADPF 132, ADI 4277, ADI 2120, RE 201819.

¹⁹⁵ Repetem-se as decisões: (1) Recurso Extraordinário nº 636.331, (2) Agravo no Recurso Extraordinário nº 766.618, (3) Agravo no Recurso Extraordinário nº 1.008.625 AgR e (4) Recurso Extraordinário nº 201.819.

¹⁹⁶ Trata-se de uma ação constitucional e, por esse motivo, conforme informado na introdução deste trabalho, não resta abarcada pelo objeto deste trabalho.

¹⁹⁷ Na origem, trata-se de ação penal privada, de modo que não será abordada nesta dissertação por fugir à delimitação positiva do tema.

¹⁹⁸ Dispõe sobre o caso União Brasileira de Compositores, decisão paradigmática deste trabalho.

recusa injustificada de ingresso de membro em entidade associativa.

Posteriormente, será feita a abordagem quanto a dois casos, afetados à Repercussão Geral, relacionados ao transporte aéreo de mercadorias (Recurso Extraordinário nº 636.331 e Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618). Nesses, aduz-se que teria havido conflito na aplicação de normas, de forma que, no âmbito da relação consumidor e empresa transportadora (isto é, entre dois sujeitos privados), estaria a empresa violando o direito fundamental ao consumo do primeiro, o que reclamaria a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, adianta-se, esse entendimento não foi unânime e restou vencido. Passa-se, pois, à análise dos julgados relacionados.

2.2.1.1 Julgados envolvendo direito de associação

Quanto ao Recurso Extraordinário nº 201.819,¹⁹⁹ trata-se do caso paradigma deste trabalho. Cuida-se de recurso interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC) em face de Arthur Rodrigues Villarinho, ex-associado, que sofreu expulsão do ente associativo sem ter tido a possibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório, de modo que sua exclusão foi eivada de vício no que tange ao devido processo legal.

Acerca da sinopse fática, cumpre salientar que o Sr. Arthur Villarinho era associado à UBC, que se trata de sociedade civil e sem fins lucrativos, sendo dotada de personalidade jurídica de direito privado. Quando de sua exclusão, o ente associativo criou uma comissão para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao Sr. Villarinho. Contudo, essa comissão não oportunizou ao excluído que se defendesse das acusações, nem que produzisse provas a seu favor. Dessa feita, a comissão simplesmente se reuniu, examinou a documentação fornecida pelo secretário da sociedade e, por fim, concluiu pela punição imputada ao autor.²⁰⁰

Em sede de segundo grau (Tribunal do Estado do Rio de Janeiro), com fundamento no princípio da ampla defesa, a punição aplicada ao ora recorrido foi anulada. No entendimento daquele colegiado, o direito de defesa do autor foi efetivamente violado (em que pese não tivesse sido objeto de discussão o mérito da punição). Desse modo, primeiramente o suposto infrator deveria ter sido cientificado do fato, expressa e formalmente, para que lhe fosse

¹⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 584-585.

facultado gozar do prazo razoável para exercer a sua defesa. Somente após esse procedimento realizado que seria possível a prolação do parecer da comissão, punindo ou não o suposto infrator. Observa-se que não se pode exigir que, no bojo da vida associativa, sejam adotadas regras deveras rigorosas; porém, também não é admissível que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.²⁰¹

O caso foi relatado pela Ministra Ellen Gracie. Em síntese, a magistrada não deu provimento ao recurso, uma vez que entendeu que a controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada deve ser resolvida a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor.²⁰² A partir disso, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos, reconhecendo, no caso em tela, uma situação típica de direitos fundamentais nas relações entre privados.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes inicialmente fez considerações históricas sobre a doutrina da eficácia horizontal, versando sobre seu desenvolvimento no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dessa forma, abordou as vertentes da eficácia imediata, capitaneada por Nipperdey, e da eficácia mediata, oriunda dos ensinamentos de Dürig, bem como teceu-lhes algumas críticas. Outrossim, relatou determinadas decisões importantes oriundas da lavra do mencionado tribunal acerca do tema (quais sejam, os julgados Lüth, Blinkfüer e Wallraff).²⁰³

Na sequência, referiu também a teoria da ingerência estatal,²⁰⁴ proposta por Schwabe, e a doutrina estadunidense da *state action*.²⁰⁵ A propósito da *state action*, o Ministro aponta

²⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 585.

²⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 581.

²⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 584-600.

²⁰⁴ Nas palavras do Ministro: “Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata, quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio caráter estatal do direito privado. No âmbito do direito privado, as pretensões não representariam mais do que o poder estatal sob a forma de proibição ou de prescrição”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 600)

²⁰⁵ Uma consideração interessante que o Ministro pontuou acerca da semelhança entre a *state action* e a eficácia imediata: “Essa orientação, que muito se assemelha à doutrina americana da *'state action'*, tem algo em comum com a doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas: ambas admitem uma aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. A diferença básica entre elas reside no fato de que para Schwabe não há que se cogitar de uma eficácia horizontal (*Drittwirkung*), porquanto os direitos fundamentais devem ser aplicados até mesmo contra uma decisão estatal (decisão legislativa; decisão judicial; execução judicial)”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8,

que o tema tem sido objeto da atenção da doutrina e dos tribunais estadunidenses, os quais têm reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos direitos civis (*the civil rights cases*), acordos privados (*private agreements*), ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública (*the public function concept*).²⁰⁶

Nesse contexto, impõe-se destacar o fato de que a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, nas palavras do Ministro, “*está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros*”.²⁰⁷ Contudo, citando Daniel Sarmiento, o Ministro refere que a eficácia imediata tem recebido prevalência na aplicação da jurisprudência do Supremo Corte brasileira (“*a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados*”).²⁰⁸

Na sequência, faz menção ao desenvolvimento doutrinário da matéria no Brasil e traz a abordagem do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, citando os Recursos Extraordinários nº 160.222/RJ (em que se discutiu se se configuraria crime de constrangimento ilegal a situação em que o gerente de indústria de *lingeries* exige a revista íntima de empregadas da fábrica, amparado em cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, sob pena de dispensa da funcionária que não cumprisse a ordem), 158.215/RS (na qual foi discutido o caso de um membro expulso de cooperativa, sem que fossem observadas as garantias do contraditório, da ampla defesa, bem como do devido processo legal; neste caso, aplicou-se a *eficácia imediata* nos direitos fundamentais nas relações entre particulares) e 161.243/DF (julgado que tratou sobre a impossibilidade de uma empresa aérea discriminar empregados nacionais e estrangeiros, uma vez que concedia benefícios a esses e não para aqueles; decidiu-se que o estatuto da empresa e a autonomia da vontade da pessoa jurídica não traduziriam fundamentos suficientes para se operar essa discriminação indevida).²⁰⁹

Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 600.)

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 601.

²⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 601.

²⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 607.

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 602-606.

No caso concreto dos autos, salienta-se que a União Brasileira de Compositores atua como repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Nesse sentido, a exclusão de membro do quadro social da entidade, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo legal, acarreta ônus considerável ao associado excluído, a quem se cria empecilhos para receber os valores relativos a direitos autorais concernentes à execução de suas obras. Outro aspecto importante a ser sublinhado é que, no contexto da iminente expulsão disciplinar, o ônus de observar as garantias mencionadas ainda subsistiria para a associação que procedeu à desvinculação automática do associado (conforme previsto pelo seu próprio Estatuto Social, artigo 18), ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras.²¹⁰

A propósito, o Ministro lembrou o julgamento da ADI nº 2.054/DF, a qual tratou de tema relativo à constitucionalidade do perfil institucional do ECAD. Em suma, conforme o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence, “*a entidade representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, podendo atuar até mesmo como ‘prestador de serviço público por delegação legislativa’*”. Desse modo, a associação que não se filiasse ao ECAD “*arcaria com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente*”.²¹¹ Assim, já que a União Brasileira de Compositores (UBC) faz parte da estrutura do ECAD, é cediço que ela assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus membros, uma vez que ela restringe as possibilidades de defesa do associado excluído.²¹²

Nesse contexto, é fundamental que se atente à anotação que faz o Ministro Gilmar Mendes ao mencionar que a UBC se trata de entidade que se encontra em *espaço público* ainda que *não-estatal*. E essa realidade deve ser observada, sobretudo, pelo fato de que, para muitos compositores associados, o único meio de subsistência se dá através do recebimento de montante pecuniário concernente aos direitos autorais que derivam de suas composições. Dessa feita, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode, em última instância,

²¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 607-608.

²¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 607-608.

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 609.

acarretar a restrição à liberdade do exercício profissional desses compositores.²¹³

Por esses motivos, concluiu o Ministro que as penalidades impostas pela entidade associativa ao Sr. Villarinho teriam extrapolado a liberdade de associação e o direito de defesa, de modo que as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigos 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) deveriam obrigatoriamente ser observadas. Como foi dito, o caso em tela não trata apenas da mera liberdade associativa de um membro (isto é, de se associar ou de permanecer associado); para um número considerável de pessoas, trata-se da possibilidade do exercício efetivo de sua atividade laboral.²¹⁴

Ao final de seu voto, o Ministro sublinhou a situação peculiar da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, a qual (como mencionado a respeito da ADI nº 2.054-DF) exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, o qual poderia até consubstanciar serviço público por delegação legislativa. Nesse sentido, apontou o magistrado:

“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 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, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.” (grifos nossos)²¹⁵

Dito de outro modo, o Ministro Gilmar Mendes aplicou ao caso concreto a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em sua vertente imediata. Contudo, utilizou o fundamento preponderante do caráter público da instituição, o que traz a argumentação para a doutrina *state action*, no sentido dos “*public function cases*” (isto é, é possível a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre privados se, e somente se, esses particulares exercerem funções que originariamente seriam de competência estatal). Em suma: aplica-se uma corrente, mas fundamenta-se na outra.

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 609.

²¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 609.

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 612-613.

É bem verdade que o próprio Ministro esclarece seu posicionamento no sentido de que lhe é mais caro aplicar a eficácia horizontal do que se decidir sobre qual vertente deva ser eleita.²¹⁶ Entretanto, parece-nos, com a devida licença, que o voto trouxe alguma confusão dogmática, uma vez que se nota a hibridização do entendimento doutrinário entre as duas correntes citadas. De certa forma, observa-se com certo pesar o ocorrido, haja vista a relevância desse precedente da Suprema Corte enquanto caso paradigma e inaugural da discussão doutrinária no Brasil.

Em face do voto do Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Ellen Gracie confirmou seu voto, reiterando o fato de que a associação de compositores tem filiação facultativa e voluntária, também fazendo considerações sobre o *due process of law* (no sentido de que o procedimento adequado, previsto pelo Estatuto Social, teria sido efetivamente respeitado) e o *animus societatis*.²¹⁷

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa assinalou que a relatora, Ministra Ellen Gracie, aplicou a doutrina da *state action* ao caso em tela, segundo a qual “*as limitações impostas pelo Bill of Rights se aplicam prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares*”. Ao manifestar sua discordância ao pensamento da relatora, asseverou que a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas deve ser verificada caso a caso, a fim de que não se limite desproporcionalmente a esfera da autonomia privada.²¹⁸

Na visão do Ministro Barbosa, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada decorre de diversos fatores: o primeiro deles pode ser creditado ao rompimento gradual das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado; em segundo lugar, aponta o fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil.²¹⁹ Em suma, seguindo a linha do que foi sustentado no

²¹⁶ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 607).

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 614-615.

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 614-615.

²¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 622.

voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza “quase pública” – lembrando-se a teoria da *state action*), o Ministro Joaquim Barbosa negou provimento ao recurso extraordinário.²²⁰

Em reação ao voto do Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Ellen Gracie teceu algumas considerações complementares. Em primeiro lugar, aduziu que a União Brasileira de Compositores não se trata de um organismo cuja filiação seja obrigatória, de modo que, a seu ver, o associado excluído não vem a sofrer qualquer consequência econômica em virtude de não fazer mais parte da entidade, de forma que pode receber a verba correspondente a seus direitos autorais diretamente do ECADE.²²¹

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (nos dizeres da Ministra, “quanto à aplicação ao indivíduo, e, no caso, às associações de direito privado, das mesmas restrições que se colocam ao Estado e aos entes públicos, guardo bastante reserva”), ela entende que, nas situações em que há prejuízo ao interesse de um indivíduo, poder-se-ia fazer uso das garantias constitucionais; entretanto, no caso *sub judice*, houve a exclusão de um determinado sócio por não-cumprimento de obrigações previstas no estatuto ao qual ele aderiu quando se associou, de forma que, observadas todas as formalidades postas no estatuto, decidiu-se por sua exclusão. Entretanto, o Sr. Villarinho exige, agora, a garantia de ampla defesa e contraditório, no bojo de um procedimento que é interno à associação, o qual (na opinião da magistrada) se insere na esfera de disponibilidade que o Estado ainda reserva ao indivíduo e àqueles que se associam livremente numa entidade particular.²²²

Por seu turno, o Ministro Carlos Velloso votou com a Ministra Ellen Gracie, pois entendeu que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao devido processo legal se coaduna com esse entendimento, no sentido de que a exclusão do associado foi regular, porquanto conforme as regras estabelecidas no Estatuto Social da entidade. Assim, aduziu que a solução da controvérsia se encontra no campo da legalidade (isto é, no âmbito do Código Civil).²²³

²²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 627.

²²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 628.

²²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 628.

²²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 633.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, ratificou o entendimento firmado no voto do Ministro Gilmar Mendes. Oportunamente, citou os casos Air France (Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF) e sobre a expulsão arbitrária no bojo de cooperativa (Recurso Extraordinário nº 158.215/RS), jurisprudência da lavra do Supremo Tribunal Federal. Quando abordou o tema da eficácia horizontal, o magistrado reiterou o papel da autonomia privada, no sentido de sua fruição não ser ilimitada. Dito de outro modo, que a atividade das associações civis deve observar as garantias constitucionais:

“É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”.²²⁴

“Isso significa, portanto, que a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”.²²⁵

Outrossim, esclarece que o Código Civil, em seus artigos 57 e 1.085, parágrafo único, expressamente estabelecem que as entidades civis devem se submeter às normas constitucionais (encontrando-se o direito fundamental à ampla defesa entre eles), considerada a vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Magna. Por fim, reconheceu que o associado fazia jus à prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante.²²⁶

Portanto, a Turma, por votação majoritária, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos o Ministro Carlos Velloso e a Ministra Relatora Ellen Gracie. O acórdão foi redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, que capitaneou a divergência.²²⁷

²²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 646.

²²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 647-648.

²²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 648-649.

²²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006, p. 650.

Procedendo-se a uma análise mais pormenorizada do direito fundamental de associação, o qual foi objeto da controvérsia dos autos (isto é, se seria violado ou não o direito do associado em se associar, uma vez que foi excluído do ente associativo sem a devida observância ao devido processo legal), cumpre dizer que esse direito é visto como expressão do direito geral de liberdade. Por isso, inclui, primordialmente, dois âmbitos, que podem ser assim divididos: (a) liberdade *positiva* de associação, o qual consiste no direito de constituir e organizar novas associações, bem como no de ingressar e participar de associações já existentes (artigo 5º, XVII, Constituição Federal); e a (b) liberdade *negativa* de associação, a qual se expressa no direito de não se associar e de abandonar a associação da qual se é membro (artigo 5º, XX, Constituição Federal).²²⁸

Assim, é importante frisar que o direito de associação de um associado é limitado pelos direitos fundamentais dos demais membros da associação. Nesse sentido, o primeiro aspecto de limitação que se pode apontar se refere às associações que ostentam uma *posição dominante* no campo econômico, cultural, social ou profissional, de modo que a exclusão de seus quadros supõe um prejuízo para o sócio excluído, quer no âmbito econômico, quer no aspecto moral. E isso se deve a um motivo bastante claro: se num determinado setor somente existir uma associação, e não for possível ou recomendável a criação de outra para exercer as mesmas atividades, os indivíduos não têm a garantia de sua liberdade de associação. Isso porque, diante do *monopólio* exercido por essa associação única, não lhes é garantida a oportunidade de se associar a outras associações, porquanto inexistentes.²²⁹

Nesse diapasão, para se aferir se uma associação detém posição de domínio, deve-se verificar se há uma entidade que pratique concorrência com a associação paradigma no setor em que ambas atuam. Dessa forma, é dada ao sócio expulso a oportunidade de integrar novamente um grupo distinto, mitigando os prejuízos de sua exclusão.²³⁰ Portanto, o grau de discricionariedade quanto à expulsão ou admissão de associados, faculdade atribuída às associações privadas, “*será tanto menor quanto maior for seu poder social e econômico no meio em que atue, assim como sua importância para a vida do sócio*”.²³¹

É importante sublinhar que as associações que possuem grau relevante de influência em determinado setor (seja ele de ordem social, cultural ou econômico) perdem uma parte de

²²⁸ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 63.

²²⁹ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, P. 65.

²³⁰ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 65-66.

²³¹ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 66.

seu caráter privado (e, aqui, pode-se traçar um paralelo com a ideia de *public function*, oriunda da doutrina estadunidense da *state action*). Assim elas passam a adquirir importância pública o bastante para serem submetidas a determinado controle estatal sobre seu funcionamento interno. Devido a isso, podem ser chamadas de entidades privadas de caráter ou função pública.^{232 233 234}

Além desse, outro fator é apontado como limitador do grau de discricionariedade dos órgãos representativos das associações para impor sanções, bem como para expulsar seus associados: trata-se do *tipo de estrutura organizativa*. Nesse sentido, associações que mantêm uma organização democrática (nas quais os associados têm direitos de informação, de controle da gestão social e de acesso aos órgãos representativos) não podem proceder à expulsão de seus sócios tão somente pelo fato de esses exercerem os referidos direitos plenamente – como o fazem ao expor opiniões e criticar os atos gestores da associação.²³⁵

Dessa forma, o critério da posição de predomínio social e econômico, assim como o tipo de estrutura organizativa, no caso União Brasileira de Compositores, fundamentaram a aplicação da doutrina da eficácia de direitos fundamentais a favor do associado e em desfavor da autonomia privada da associação.

Acerca do Agravo no Recurso Extraordinário nº 1.008.625 AgR,²³⁶ cuida-se de agravo interno interposto pelo agravante (APROFARMA – Associação das Farmácias do Município de Jundiaí e região) em face de decisão prolatada. O assunto de fundo dos autos versa sobre a possibilidade de uma empresa ingressar como membro em uma associação, no sentido de que, ao ter feito o pedido de ingresso, teve o mesmo negado.²³⁷ Entretanto, a

²³² VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 66.

²³³ Referindo a mesma ideia, ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 443.

²³⁴ “A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana reconhece como “verdadeiramente privados” e, dessa forma, menos sujeitos a controle judicial de seus atos, dois tipos de associações: a) as *expressive associations*, que são associações criadas com o objetivo primordial de defender uma determinada posição política, ideológica ou social e cuja autonomia é reconhecida como garantia dessa liberdade de expressão; b) as *intimate associations*, categoria que se caracteriza pelo estabelecimento de profundos vínculos e compromissos entre um número necessariamente reduzido de pessoas que compartilham aspectos íntimos de suas vidas.” VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005. p. 67, nota de rodapé n.º 48.

²³⁵ VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, jul/ago/set. 2005, p. 68.

²³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo interno no Recurso Extraordinário nº 1.008.625, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, data da publicação: 19/04/2017.

²³⁷ O caso dos autos trata da mesma controvérsia do Agravo de Instrumento no Agravo Interno no Recurso Especial nº 330.494/ SP, o qual será melhor abordado posteriormente, na seção dedicada ao estudo dos casos encontrados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 330.494 - SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, data da publicação: 05/10/2016).

peculiaridade que se discute no caso é o fato de que as razões arguidas para negar o aceite da empresa como membro não seria conforme o direito, tratando-se, pois, de arbitrariedade e comportamento discriminatório desproporcional. Voltando-se à análise do recurso em tela, em síntese, o recorrente alegou que não se trata de reanálise de fatos e provas, mas sim de uma nova interpretação dos artigos 5º, incisos XVII e XVIII, ambos da Constituição Federal (os quais dispõem sobre a liberdade associativa e a vedação da interferência estatal no âmbito das decisões tomadas pelas associações).

O Relator, Ministro Luiz Fux, negou provimento ao recurso, uma vez que entendeu que não havia sido apresentado nenhum argumento novo, de modo que a decisão anteriormente prolatada (a qual entendeu que a negativa por parte da APROFARMA em deliberar sobre a associação da empresa seria ilegítima) deveria ser confirmada. Outrossim, aduziu que, para que se chegasse a outra conclusão, seria necessário proceder-se ao reexame fático-probatório dos autos, o que é vedado, na via do recurso extraordinário, pelas Súmulas nº 279 e 454, do Supremo Tribunal Federal.²³⁸

Acerca da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumpre destacar que, nas breves palavras do magistrado, “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.²³⁹ Nessa toada, fazendo referência à ementa do caso União Brasileira de Compositores, parece-nos que o magistrado relator fez a opção pela aplicação da vertente imediata da eficácia horizontal – em que pese não tenha mencionado isso de forma explícita, bem como tenha tratado da doutrina de forma superficial. Assim, colaciona-se o excerto em que o magistrado trata do tema:

“Demais disso, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado, tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas.”²⁴⁰

²³⁸ Súmula nº 279, Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; Súmula nº 454, Supremo Tribunal Federal: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”.

²³⁹ Sobre o tema, explica José Afonso da Silva: “Finalmente, a garantia das garantias consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais. Os direitos, liberdades e prerrogativas consubstanciadas no título II, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade. A Constituição se preocupou com a questão em vários momentos. O primeiro em uma norma-síntese em que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos [...]”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 470)

²⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo interno no Recurso Extraordinário nº 1.008.625, Relator Mininistro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, data da publicação: 19/04/2017, p. 3.

Além disso, destaca-se, como já referido, que esse caso também foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verá adiante neste trabalho.

2.2.1.2 Julgados sobre transporte internacional de bens

Por fim, a respeito do Recurso Extraordinário nº 636.331²⁴¹ e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618,²⁴² cumpre destacar que ambos serão analisados simultaneamente, uma vez que seu julgamento se deu de forma conjunta, tendo sido relatados, respectivamente, pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Roberto Barroso. Nos dois casos, discute-se o alcance do artigo 178 da Constituição Federal (enquanto parâmetro suscetível de resolver o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e pactos sobre transporte aéreo internacional integrados ao ordenamento jurídico brasileiro) sob o viés da repercussão geral.²⁴³

Para fins de síntese fática, destaca-se que o Recurso Extraordinário nº 636.331 foi interposto no bojo da ação ajuizada por Sylvia Regina de Moraes Rosolem em face de *Société Air France*, em que requereu a indenização pelos danos morais e materiais que lhe foram causados em razão do extravio de bagagem despachada, na data de 03 de outubro de 2005, em voo internacional do Rio de Janeiro a Madri, com conexão em Paris. Nesse sentido, a recorrente, *Société Air France*, intentou que fosse reformado o acórdão, da lavra da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual negou provimento à sua apelação. Assim, com base no Código de Defesa do Consumidor, a Câmara deu parcial provimento à apelação da autora, de modo a afastar o limite indenizatório previsto na Convenção de Varsóvia e observado na sentença, bem como procedeu à majoração do valor fixado a título de dano material pelo extravio de bagagem despachada.²⁴⁴

Já no âmbito do recurso extraordinário, embasado no artigo 102, III, “a”, da

²⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017.

²⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618 (Repercussão Geral), Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, publicado em 13/11/2017.

²⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 44.

²⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 44.

Constituição Federal, a *Societé Air France* invocou precedente firmado pela Segunda Turma desta Corte, ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 297.901, para sustentar suas razões.²⁴⁵ Finalmente, na condição de *amici curiae*, foram admitidos: a IATA (*International Air Transport Association*), a IUAÍ (*International Union of Aerospace Insurers*), a *American Airlines Inc.* e o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor). Por seu turno, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário.²⁴⁶

Por sua vez, o Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618 teve, como controvérsia principal, a ação proposta, em 26 de maio de 2009, por Cíntia Cristina Giardulli em face de *Air Canada*, em que pediu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais ocasionados em função de atraso, ocorrido no mês de agosto de 2006, em voo internacional operado pela *Air Canada*, de Beijing a São Paulo, com conexão em Toronto.²⁴⁷ Em sede de segundo grau, a recorrente, *Air Canada*, impugnou o acórdão, proveniente da Primeira Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Santo André, o qual negou provimento a seu recurso inominado, de forma a manter a sentença em que restou afastada a incidência do prazo prescricional bienal, preconizado em convenções internacionais incorporadas ao ordenamento pátrio (conforme artigo 29 da Convenção de Varsóvia e artigo 35, nº 1, da Convenção de Montreal), em favor do prazo quinquenal previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.²⁴⁸

Irresignada, interpôs a companhia aérea recurso extraordinário, fundado no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal. Em seus fundamentos, argumentou que o acórdão ora impugnado estaria contrariando o disposto no artigo 5º, § 2º e no artigo 178, *caput*, da Constituição Federal, os quais impõem, respectivamente, “*a incorporação ao Direito Pátrio dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais em que o Brasil é parte (como é o caso da Convenção de Montreal)*, e a aplicação, no país, quanto à ordenação do transporte

²⁴⁵ Em suas palavras: “(...) como a decisão recorrida decidiu que a indenização dos danos materiais deve ser efetivada com base nas informações prestadas unilateralmente pela recorrida, que não fez declaração especial quanto ao conteúdo da mala, ao contrário do que prevê a Convenção de Varsóvia (artigo 22), ela contraria o entendimento do STF, pois aplica o CDC em vez daquela norma, em total afronta ao artigo 178, da Constituição Federal, o que justifica o provimento deste recurso para que seja restabelecida a r. decisão de primeiro grau, aplicando-se as regras da Convenção.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 44-45).

²⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 45.

²⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 45.

²⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 45.

*aeronáutico, dos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.*²⁴⁹

Assim, na sessão do dia 08 de maio de 2014, os relatores dos recursos objeto de análise convergiram acerca da prevalência, em face do Código de Defesa do Consumidor, das normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional. Nessa toada, o Ministro Roberto Barroso fez seguinte proposição de tese em sede de repercussão geral: “*Por força do art. 178 da Constituição da República, em caso de conflito, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor*”.²⁵⁰

Dessa forma, aplicada a tese proposta ao caso concreto, o relator do Recurso Extraordinário nº 636.331, Ministro Gilmar Mendes, votou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, a fim de “*reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores*”, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki.²⁵¹

Por seu turno, o relator do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618, o Ministro Roberto Barroso, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de pronunciar a prescrição da pretensão indenizatória, uma vez que deduzida após o decurso do prazo de dois anos (a contar da data do desembarque no país de destino), conforme previsão tanto do artigo 29 da Convenção de Varsóvia, quanto do artigo 35, nº 1, da Convenção de Montreal, tendo sido acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki.²⁵²

Dessa feita, após a prolação dos votos dos ministros, por maioria (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello), deu-se provimento ao recurso, para: (1) no Recurso Extraordinário nº 636.331, “*reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores*”;²⁵³ (2) no Recurso

²⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 45.

²⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 46.

²⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 46.

²⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 46.

²⁵³ Na íntegra, consta do dispositivo: “O Tribunal, apreciando o tema 210 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deu provimento ao recurso

Extraordinário com Agravo nº 766.618, “*reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição*”.²⁵⁴

Oportunamente, destacam-se os argumentos considerados pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Em seu voto, considerou dois aspectos fundamentais dos recursos em questão, a saber, (a) o regramento da responsabilidade civil por dano material sofrido pelo consumidor; e (b) a disciplina da prescrição aplicável às pretensões decorrentes de ilícito praticado contra o consumidor no bojo de contrato de transporte aéreo internacional.²⁵⁵ Concluiu seu voto no sentido de que devem prevalecer as normas previstas nas convenções internacionais em detrimento da legislação interna, acompanhando a maioria dos Ministros. Para tanto, fundamentou sua convicção²⁵⁶ nas seguintes razões: (i) segurança jurídica no âmbito internacional e observância do princípio da reciprocidade;²⁵⁷ (ii) segurança jurídica interna;²⁵⁸ (iii) *lex posterior derogat priori*;²⁵⁹ (iv) *lex specialis derogat generali*;²⁶⁰ e, por fim, (v) no

extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.5.2017”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 137)

²⁵⁴ Na íntegra, consta do dispositivo: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição (CPC, art. 269, IV). Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, por suceder o Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Em seguida o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.5.2017”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618 (Repercussão Geral), Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, publicado em 13/11/2017, p. 128)

²⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 96.

²⁵⁶ Bibliografia citada em seu voto: REFOSCO, Helena. **A Convenção de Montreal e a Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo Internacional**, Revista Trimestral de Direito Civil, nº 46, 53-78, 2011.

²⁵⁷ Em suas palavras, esse aspecto relaciona-se “em respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, honrando-se a confiança depositada pelos demais signatários e a reciprocidade que é concedida às empresas aéreas brasileiras voltadas ao transporte aéreo internacional”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 96).

²⁵⁸ Conforme o Ministro, “as convenções internacionais trazem mais previsibilidade tanto às empresas quanto aos consumidores no que tange à estimativa de indenização pelos danos sofridos por estes. A segurança jurídica que decorre dos parâmetros convencionais contribui para maior celeridade da justiça e, dessa forma, também para a ampliação do acesso à justiça em nosso país”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 96-97).

artigo 178 da Constituição Federal.²⁶¹

A respeito da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumpre destacar que foi tratada apenas no voto vencido do Ministro Celso de Mello, que manifestou seu entendimento no sentido da prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre as convenções internacionais (como as Convenções de Varsóvia (1929) – e respectivos Protocolos – e de Montreal (1999)).²⁶² Outrossim, referiu que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares tem sido acolhida tanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto pela doutrina predominante.²⁶³ Nas palavras do Ministro, o exame da controvérsia jurídica suscitada evoca discussão em torno da doutrina:

“O acórdão objeto do presente recurso, ao conferir precedência ao Código de Defesa do Consumidor, no plano das relações de consumo, sobre as Convenções de Varsóvia e de Montreal, **claramente reconheceu que o estatuto dos direitos fundamentais** (enquanto complexo de poderes, de prerrogativas e de garantias) **não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas**

²⁵⁹ “Trata-se de brocardo consagrado pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Sua incidência se justifica porque, embora a Convenção de Varsóvia seja anterior à legislação nacional de que tratamos, as modificações nela introduzidas são mais recentes, razão pela qual o critério cronológico justifica a incidência do regramento internacional”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 97).

²⁶⁰ Sobre esse aspecto, menciona o Ministro: “As convenções internacionais são especiais em relação ao regramento genérico do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Este último, vale ressaltar, é lei especial aplicável às relações de consumo no amplo espectro das relações civis, mas é considerado lei geral em relação a outros diplomas mais específicos, como o caso das convenções internacionais relativas à responsabilização civil no âmbito do transporte aéreo internacional”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 97).

²⁶¹ Quanto ao referido dispositivo normativo: “Finalmente, o argumento decisivo para, neste julgamento, prevalecer o regramento das convenções internacionais sobre o nacional é relativo à observância do art. 178 da Constituição Federal, que, frente às normas constitucionais do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, possui incidência limitada, justificada pelas especificidades do transporte aéreo internacional. Esta escolha foi uma opção política do legislador constitucional, que privilegiou “a norma objeto de consenso internacional, em detrimento de eventuais normas internas, que, no entanto, podem ser aplicadas subsidiariamente à legislação internacional”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 97).

²⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 118.

²⁶³ Nessa toada, o Ministro citou as seguintes obras e autores: VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**, Fabris Editor, 2004, p. 137-138, item n. 3.4; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**, **Cadernos de Soluções Constitucionais**, Malheiros, 2003, p. 32-47; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Lumen Juris, 2004, p. 301-313, item n. 5; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais**, **Direito Público**, ano I, nº 2, p. 170/174, out/dez de 2003; MARQUES, Cláudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5ª ed., RT, 2006, p. 257-259, item n. 4.1 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 115-116).

incide também sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, como sucede na esfera de celebração de contratos de transporte aéreo internacional, eis que, presente referido contexto, os direitos fundamentais (como o de proteção ao consumidor, “ex vi” do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição) projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.”²⁶⁴ (grifos nossos)

Em tempo, quanto à vertente que entende aplicável, o Ministro fez menção à eficácia imediata, mas não aprofundou o debate quanto ao assunto, sequer explicitou sua adesão a essa corrente (inclusive pelo fato de ter citado, entre outros, o Caso União Brasileira de Compositores, o qual aplica a eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação havida entre os privados envolvidos no litígio).²⁶⁵ Por fim, o Ministro encerra seu voto fazendo considerações a respeito da limitação da autonomia privada:

“É por essa razão que a autonomia privada – que encontra clara limitação de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos de terceiros, especialmente em face de prerrogativas positivadas em sede constitucional, como o direito fundamental assegurado ao consumidor, **pois a autonomia da vontade não confere aos particulares**, como as empresas de transporte aéreo internacional, no domínio de sua incidência e atuação, **o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativas, em tema de liberdades fundamentais, também se impõem aos particulares, inclusive aos organismos empresariais, no âmbito de suas relações privadas.**”²⁶⁶ (grifos nossos)

Finalmente, reitera-se que, apesar de pertinente a reflexão trazida pelo Ministro Celso de Mello, seu voto restou vencido e sequer tais considerações foram levadas em conta pelos demais ministros no que tange à discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

²⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 115.

²⁶⁵ Para tanto, embasou-se na obra de Ingo Wolfgang Sarlet (**A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 147), “*cujas observações acentuam que o debate doutrinário em torno do reconhecimento, ou não, de uma eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais, com projeção imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume um nítido caráter político-ideológico*”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 115-116).

²⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017, p. 118.

2.2.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Realizou-se pesquisa de jurisprudência junto ao Superior Tribunal de Justiça.²⁶⁷ De início, cumpre destacar que serão analisadas nove (9) decisões judiciais. Esses julgados são oriundos da pesquisa jurisprudencial realizada, de modo que, a partir da busca do termo “*eficácia horizontal*”, seis (6) decisões serão analisadas; a partir da expressão “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*”, quatro (4) julgados;²⁶⁸ e, por fim, partindo-se da pesquisa do verbete “*Drittwirkung*”, três (3) decisões monocráticas.

Quanto aos resultados encontrados por ocasião da procura pelo termo “*eficácia horizontal*”, foram localizados cinco (5) acórdãos, cento e quinze (115) decisões monocráticas (que não serão objeto de análise, devido a seu volume quantitativo, bem como pelo fato de não serem objeto de análise de órgão colegiado) e quatro (4) decisões citadas em Informativos Jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, em virtude de sua relevância. Quanto aos acórdãos, cuida-se do AgInt no AREsp 330.494/SP, do REsp 1.365.279/SP e do REsp 1.179.259/MG.²⁶⁹ No que toca os julgados citados em informativos, são eles: REsp 1.330.919/MT (tratado no Informativo nº 588), REsp 1.365.279/SP (mencionado no Informativo nº 570) e REsp 1.280.871/SP e REsp 1.439.163/SP (ambos citados no Informativo nº 562).

No que diz respeito aos resultados obtidos na busca por “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*”, foram localizados dois (2) acórdãos, noventa e quatro (94) decisões monocráticas (as quais não serão analisadas, pelos mesmos motivos apontados anteriormente: volume quantitativo e análise não realizada por órgão colegiado) e duas (2) decisões citadas em Informativos Jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, haja vista a sua relevância. Quanto aos acórdãos, trata-se do AgInt no AREsp 330.494/SP e do REsp 1.365.279/SP. Acerca dos julgados citados em informativos, são eles: REsp 1.365.279-SP (mencionado no Informativo nº 570) e REsp 1.280.871-SP e REsp 1.439.163-SP (abordado no Informativo nº 562).

²⁶⁷ Para fins de esclarecimento quanto à metodologia utilizada, cumpre mencionar que a pesquisa foi efetuada no sítio virtual do Superior Tribunal de Justiça, na data de 30 de agosto de 2018. Endereço virtual do *site* supracitado: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

²⁶⁸ Destaca-se que esses quatro (4) julgados da pesquisa “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*” estavam abrangidos, em sua totalidade, no universo de resultados da pesquisa pela expressão “*eficácia horizontal*”, a qual encontrou seis (6) resultados. Dito de outro modo, os dois resultados que continham a expressão “*eficácia horizontal*” (sem a expressão “*dos direitos fundamentais*” justaposta) são os julgados REsp 1.330.919/MT e REsp 1.179.259/MG. Contudo, esclarece-se que a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi efetivamente abordada nos dois acórdãos mencionados, sem prejuízo de variação na nomenclatura.

²⁶⁹ São excluídos dessa análise os julgados HC 93.874/DF e HC 97.336/RJ, em virtude de se tratarem de ações penais.

Acerca dos resultados obtidos na busca por “*Drittwirkung*”, encontraram-se três (3) decisões monocráticas, quais sejam: REsp 1.687.187, REsp 1.676.039 e AgREsp 425.730. Aponta-se que, em virtude de serem os únicos resultados encontrados, excepcionalmente serão objeto de análise neste trabalho. Portanto, serão analisados, ao total, nove (9) decisões da lavra do Superior Tribunal de Justiça, sendo dois (2) resultados exclusivamente oriundos da pesquisa “*eficácia horizontal*”, quatro (4) comuns às pesquisas de “*eficácia horizontal*” e “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*” e, por fim, (3) julgados achados advindos da busca por “*Drittwirkung*”.

Para se proceder à análise, separaram-se em grupos de casos assemelhados. Assim, primeiramente serão tratados os casos relacionados à direito de vizinhança e questões condominiais (em quatro decisões); posteriormente, será feita a abordagem quanto aos casos relacionados à litígio em virtude de negativa de prestação de operadoras de plano de saúde (em três julgados).²⁷⁰

2.2.2.1 Decisões envolvendo direito de associação

Quanto ao Agravo de Instrumento no Agravo Interno no Recurso Especial nº 330.494/SP,²⁷¹ trata-se de recurso em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Em síntese, o caso, na origem, cuida da tentativa de “Airton Alves Rodrigues e Companhia Ltda.” (agravado) de ingressar na “APROFARMA (Associação das Farmácias do

²⁷⁰ Há, por fim, dois casos, encontrados na busca, que não serão pormenorizadamente analisados: o Agravo em Recurso Especial nº 425.730, que versa sobre “TOI” – Termo de Ocorrência de Infração – e o Recurso Especial nº 1.179.259/MG, que trata do instituto do “usufruto”. Acerca do Agravo em Recurso Especial nº 425.730, cuida-se de irresignação em face de decisão que inadmitiu recurso especial interposto. A Corte Regional negou seguimento à via especial, por entender que não seria cabível, em sede de recurso especial, a análise de fatos e provas (Súmula 7/STJ), bem como em razão da incidência da Súmula 284/STF, uma vez que nas razões do recurso não foi delineada a exata compreensão da controvérsia dos autos. Inicialmente, tem-se que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor em torno das matérias insertas nos dispositivos dos artigos 2º, 3º e 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor, o que impede o conhecimento do recurso especial, em razão da ausência de prequestionamento, conforme a Súmula 282/STF. A revisão dessa conclusão acarretaria o reexame das provas carreadas aos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, inc. II, alínea “b”, do CPC, conheceu-se do agravo para negar seguimento ao recurso especial. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 425.730, Decisão monocrática, Relator Ministro Og Fernandes, data da publicação: 10/12/2013). Por sua vez, no que diz respeito ao Recurso Especial nº 1.179.259/MG, cuida-se de feito cuja controvérsia está em estabelecer o prazo de inércia necessário para que se possa decretar a extinção do usufruto em decorrência do não uso ou da não fruição do bem sobre o qual ele recai. Nesse sentido, conforme estabelecido na delimitação negativa do trabalho, excluem-se deste estudo casos que versem sobre direitos patrimoniais, dando-se prevalência à análise de casos em que se discutem direitos existenciais. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.179.259 - MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, data da publicação: 24/05/2013). Portanto, os referidos julgados não serão analisados.

²⁷¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 330.494 - SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, data da publicação: 05/10/2016.

Município de Jundiaí e região)”, ora agravante. Cumpre dizer que o agravado se dedica ao ramo farmacêutico, e, por isso, requereu a sua adesão aos quadros associativos da associação agravante, uma vez que ela tem por finalidade precípua a intermediação de compras dos associados com os fornecedores de remédios e artigos de higiene e limpeza pessoal (assim como a implementação de convênios entre os associados com empresas e respectivos empregados na região de Jundiaí e municípios limítrofes). Entretanto, a agravante negou o pedido de associação, argumentando que a Lei Estadual nº 10.307/1999 impõe restrição à abertura de farmácias e drogarias a menos de duzentos metros umas das outras e diante da presença de outros associados no mesmo bairro ou região.

Em suas razões de recurso, o agravante aduz, sobretudo, que (1) o Tribunal de Justiça de São Paulo exorbitou de sua competência, já que adentrou no mérito do recurso quando da decisão de admissibilidade, bem como que (2) a decisão agravada restou equivocada ao aplicar o óbice da Súmula nº 7 do STJ, uma vez que seria indevida a “ingerência estatal no direito particular de liberdade administrativa e diretiva do ente associativo, quanto aos poderes de admissão, permanência ou exclusão de associados. A Quarta Turma, enfim, negou provimento ao agravo interno por unanimidade.

Conforme o voto da relatora, a Ministra Maria Isabel Gallotti, o recurso não merece provimento, não havendo que se falar em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao mérito, aduziu que o recorrente embasou seu recurso na violação aos artigos 54, II, e 55 do Código Civil, uma vez que não teria ocorrido ofensa à liberdade associativa.

Repisa-se que o agravante é uma associação civil, cujo escopo se consubstancia na representação dos associados perante os fornecedores de remédios, artigos de higiene e limpeza pessoal, tendo por objetivo a obtenção de compras por melhores preços. Nesse sentido, para o ingresso do associado, seu Estatuto Social prevê as condições necessárias,²⁷² a saber: (1) que não haja impedimento legal para a vinculação associativa por parte de quem

²⁷² Estatuto Social, artigo 5º: “Artigo 5º: O número de Associados será ilimitado e serão considerados como sócios todas as pessoas jurídicas que, sem impedimentos legais, sem distinção alguma, foram admitidas como tais, mediante o preenchimento de formulário próprio, e desde que se dediquem a atividade de farmácias, drogarias ou postos de medicamentos, cujos estabelecimentos estejam focalizados em Jundiaí e municípios limítrofes e sejam aprovados pela Diretoria da Associação e que mantenham fiel obediência a estes estatutos e deliberações da associação. Parágrafo primeiro: A condição de sócio será atribuída a um único estabelecimento. As Mais de cada estabelecimento deverão se associar, individualmente, para usufruir dos direitos colocados à disposição dos sócios da Associação. Parágrafo segundo: Uma vez aprovada a condição de sócio, este se obrigará, através de seu representante legal, a arcar com as despesas da Associação a ele atribuída, assumindo todas as obrigações decorrentes da Lei e deste Estatuto”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 330.494/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, data da publicação: 05/10/2016, p. 4).

deseja se associar; (2) que seja preenchido o formulário próprio para essa finalidade; (3) que se dedique à atividade de farmácias, drogarias ou postos de medicamentos, bem como que (4) seu(s) estabelecimento(s) se localize(m) em Jundiaí e municípios limítrofes.

Ocorre que “Airton Alves Rodrigues e Companhia Ltda.” preencheu os requisitos previstos pelo Estatuto Social. Entretanto, teve sua adesão à associação negada em virtude de sua localização ser próxima a outra farmácia, fato que o agravado não negou. Nesse contexto, cumpre observar a Lei Estadual nº 10.307/1999, que previa “a distância mínima de 200 metros de um estabelecimento para o outro”. Porém, esse diploma legal foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, afastando-se, pois, a sua eficácia no caso em tela.

Outrossim, em sua fundamentação, o agravante apontou suposta ausência de “interesse” no ingresso do agravado aos quadros da associação, manifestada pela sua diretoria. Ocorre que esse argumento não se mantém, uma vez que, observa-se, as partes mantêm um relacionamento na forma de “licenciamento”. Ainda, nota-se que o agravante não se desincumbiu da tarefa de demonstrar alguma justificativa plausível para o tratamento diferenciado dispensado ao agravado. Nesse contexto, a recusa injustificada da Associação em receber novo membro associado consubstancia tratamento discriminatório indevido (veja-se o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal), uma vez que a empresa agravada comprovou sua aptidão para integrar os quadros da Associação.

Nessa linha, observa-se que a interpretação dos artigos 54 e 55 do Código Civil deve ser conforme a Constituição, a qual impede que se proceda a discriminações arbitrárias e desarrazoadas no bojo de associações profissionais. Nesse sentido, salienta-se que o vício de que padecia a Lei Estadual nº 10.307/99 (a qual previa a distância mínima de duzentos metros entre dois estabelecimentos e que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal) por si só já fulminaria a interpretação dos artigos 54 e 55 do Código Civil pretendida pelo agravante. Portanto, entendeu-se que a negativa da associação da empresa ora agravada era ilegítima, de forma que se negou provimento ao recurso.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sublinha-se que a decisão teceu curtas considerações acerca da referida doutrina. Aponta-se, por oportuno, que o julgado analisado trata sobre o direito fundamental à associação (no sentido de que a entidade associativa impôs obstáculos desconformes à lei ao ingresso de um novo membro). Nessa toada, o acórdão explicitamente tratou do tema da eficácia horizontal no trecho que se colaciona na sequência:

“As associações devem observar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que o relacionamento vertical entre as normas - normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo - deve ser apresentado, de tal forma, que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que mais intensamente corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior”.²⁷³

Outrossim, em sua argumentação, citou jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁴ e do Supremo Tribunal Federal, referindo-se explicitamente ao caso União Brasileira de Compositores – de forma que, infere-se, optou pela aplicação da vertente da eficácia imediata/direta. Por fim, observa-se que esse caso também foi julgado pelo STF.

Acerca do Recurso Especial nº 1.365.279/SP,²⁷⁵ trata-se, na origem, de ação de cobrança de cota condominial e multa ajuizada pelo Condomínio Edifício São Tomás em face de Jurandy Carador, que alugou imóvel (loja no pavimento térreo) para um locatário. As cobranças se deveram ao fato de o locatário, tendo o consentimento do locador, ter estabelecido no local uma banca de jogo do bicho, bem como ter procedido a diversas outras infrações pretéritas. Desse modo, o locatário foi apenado por comportamento antissocial após deliberação da assembleia geral extraordinária ao pagamento de R\$ 9.540,00 (nove mil, quinhentos e quarenta reais), além de cota condominial vencida no valor de R\$ 13,20 (treze reais e vinte centavos), valores que o Sr. Jurandy não adimpliu.

Em sede de primeiro grau, deu-se parcial provimento ao pedido, condenando-se o Sr. Jurandy Carador ao pagamento tão somente do encargo condominial em atraso (isto é, o montante de R\$ 13,20), de forma que se entendeu indevida a cobrança da multa pela conduta antissocial.

Por conseguinte, interposta a apelação pelo Condomínio, tal recurso teve seu provimento negado. Isso porque, fundamentalmente, teria sido ausente a prévia comunicação ao condômino punido, de modo que a penalidade a ele imposta deveria restar anulada, com base nos artigos 1.336 e 1337, ambos do Código Civil.

Mais uma vez irresignado, o Condomínio interpôs recurso especial, com base na alínea “a” do permissivo constitucional, em razão de negativa de vigência ao artigo 1.337, parágrafo único, do Código Civil.²⁷⁶ Em suas razões, em síntese, argumentou que: (a) a multa referente

²⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 330.494/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, data da publicação: 05/10/2016, p. 5.

²⁷⁴ Trata-se do caso do ato antissocial de condômino, que será adiante abordado neste trabalho (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.365.279/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, data da publicação: 29/09/2015).

²⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.279 - SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, data da publicação: 29/09/2015.

²⁷⁶ Artigo 1.337, Código Civil: “O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas

à violação reiterada aos deveres condominiais não teria como pressuposto, para sua aplicabilidade, a notificação prévia do condômino, de modo que o reiterado descumprimento dos deveres condominiais capazes de gerar incompatibilidade de convivência seria suficiente para que o condômino fosse multado. (b) Nesse contexto, sublinha que o comportamento antissocial é aquele que “*se opõe ao convívio social, à organização, costumes ou interesses da massa condominial*”, de forma que, no caso, ocorreu ato gravíssimo. Nesse sentido, além do fato de a instituição de banca para operacionalização de jogo do bicho se tratar de contravenção penal,²⁷⁷ apontou que o comportamento antissocial praticado pelo recorrido se deveu às inúmeras condutas praticadas pelo locatário,²⁷⁸ tendo o aval do locador, uma vez que não observaram a vigência nem da convenção do Condomínio, nem da legislação aplicável.

Em seu voto condutor, o Ministro Luís Felipe Salomão aponta a controvérsia dos autos, no sentido de que se trata de aferir se a sanção prevista para o condômino antissocial (artigo 1.337, parágrafo único, do Código Civil) pode ser aplicada, mesmo que não seja conferido o direito de defesa previamente. Como já visto, o Tribunal de origem entendeu pela inviabilidade dessa conduta por parte do Condomínio.

Com efeito, o Código Civil estabeleceu, no âmbito da função social da propriedade, a proteção da convivência coletiva na propriedade horizontal. Desse modo, aos condôminos cabe a prerrogativa de poder usar, fruir e livremente dispor das suas unidades habitacionais, bem como das áreas comuns,²⁷⁹ desde que levem em conta a legislação aplicável e a convenção condominial. De fato, o exercício regular do direito de propriedade se lastreia na observação da função social, da boa-fé, dos bons costumes, com respeito ao meio ambiente e

condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem”. Parágrafo único: “O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia”.

²⁷⁷ O jogo do bicho trata-se de contravenção penal tipificada no artigo 58, § 1º, letra 'b', do Decreto-lei 6.229/44, punível com pena de detenção.

²⁷⁸ Quanto às condutas antissociais, refere o relator que se tratam das seguintes: “[...] colocação de tapumes, impossibilitando que os condôminos pudessem avaliar e acompanhar o andamento das obras, a indevida instalação do “purificador” em área de uso comum, após deliberação em sentido contrário dos condôminos e a aplicação da multa, a realização de ligação clandestina do esgoto do restaurante na rede do edifício, criando risco de entupimento, com passagem da tubulação clandestina sobre espaço aéreo do reservatório de água situado no subsolo, criando risco de contaminação da água servida aos condôminos dos apartamentos”.

²⁷⁹ Artigo 1.335, Código Civil: “São direitos do condômino: I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades; II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais possuidores; III - votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite”.

aos vizinhos. Nesse sentido, pontua-se que a norma visa à proteção dos padrões de segurança, do sossego, da saúde e da privacidade dos atores sociais.²⁸⁰

Contudo, para além dos direitos, incumbe aos condôminos cumprir determinados deveres,²⁸¹ de modo que, a depender da conduta perpetrada, a lei estabelece penalidades ao condômino pelo inadimplemento das obrigações financeiras ou pelo descumprimento das regras de convívio, conforme o artigo 1.337 do Código Civil. Nesse contexto, debate-se a necessidade de prévia notificação ao infrator para fins de incidência da referida sanção, atinente ao condômino nocivo e contumaz, de forma a lhe possibilitar o exercício da ampla defesa. Assim, o ministro relator ampara o seu posicionamento com base na doutrina nacional.²⁸² Outrossim, ressalta que essa linha de pensamento também foi contemplada no bojo das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.²⁸³:

Na verdade, em casos como este, ora sob análise, a importância do contraditório desvela-se ainda mais relevante. Isso porque há a possibilidade de imposição de medida ainda mais drástica ao condômino nocivo: a sua expulsão cumulada com a perda do direito de propriedade (ventilada como cabível mais precisamente quando a pena pecuniária, já anteriormente aplicada, se mostrar ineficiente para garantir a função social da propriedade, bem como a cessação do abuso de direito).²⁸⁴

²⁸⁰ Artigo 1.227, Código Civil: “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

²⁸¹ Artigo 1.336, Código Civil: “São deveres do condômino: I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. §1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito. §2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa”.

²⁸² Doutrina citada: FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direitos reais. Salvador: Editoria Juspodium, 2013, p. 748; TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.4: direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 319; NERY Jr, Nelson. Código civil comentado, São Paulo: RT, 2011, p. 1063; TEPEDINO, Gustavo. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 694; VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2014, p. 375.

²⁸³ Enunciado nº. 92: “Artigo 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”.

²⁸⁴ Nessa toada, cumpre dizer que o Enunciado 508 das Jornadas de Direito Civil ratifica essa ideia em sua redação, conforme segue: “Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, CF/1988 e 1.228, §1º, CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal”.

Assim, passando à decisão, o Ministro relator mencionou que, no caso em apreço, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, decidiu pela punição do Sr. Jurandy Carador no montante de R\$ 9.540,00, em razão de seu comportamento antissocial. Entretanto, o colegiado deliberativo não procedeu à notificação do punido para que este pudesse apresentar sua defesa.

Ocorre que o suposto infrator acaba sendo onerado consideravelmente pela gravidade da punição, uma vez que ausentes as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Isso porque, sem elas, ele resta impossibilitado de provar, eventualmente, que o seu comportamento não foi eivado de antijuridicidade, ou mesmo que não afetou a qualidade de vida, a harmonia e o bem-estar geral dos demais condôminos, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade.

À guisa de argumentação, o Ministro relator pontuou também que estaria equivocado o argumento do Tribunal de origem – no sentido de que a notificação prévia conferiria uma “última chance” ao condômino antissocial, de forma a lhe oportunizar a possibilidade de mudança de seu comportamento nocivo. Na verdade, conforme o Ministro Salomão, a notificação serve como forma de prestação de esclarecimentos, por parte do condômino antissocial, aos demais condôminos. A partir desse conjunto de informações, em um momento posterior, a assembleia estaria apta a decidir sobre o mérito da punição. Dito de outro modo, a advertência não serve como benesse ao infrator, mas como garantia de um procedimento devido, que acarrete uma decisão amparada pelo contraditório. Em face dos argumentos expendidos, o Ministro relator negou provimento ao recurso especial.

Em seu voto-vogal, o Ministro Raul Araújo manifestou dúvidas sobre se se deveria falar em exercício de defesa ou se seria bastante que, no edital de convocação dos condôminos, se fizesse referência ao tópico “deliberação sobre a imposição de multa ao condômino reiteradamente faltoso” entre os temas incluídos na pauta da assembleia. Isso daria a oportunidade de o condômino antissocial pudesse comparecer, se quisesse, à reunião e, naquela oportunidade, poderia produzir sua defesa.

Ao se referir ao direito de defesa, o ministro manifestou seu receio quanto à ideia de “tirar a praticidade” do artigo 1.337, do Código Civil, uma vez que a exigência de um formalismo exacerbado nessas convocações (para deliberação sobre imposição de pena a condômino) acarretaria a criação de um verdadeiro “processo administrativo condominial”, isto é, “um procedimento complexo em um singelo condomínio, até que a assembleia pudesse deliberar sobre a penalidade”. Isso, em seu entendimento, fulminaria a aplicabilidade do referido dispositivo legal.

Contudo, no caso dos autos, houve um exagero, pela falta de qualquer oportunidade para a parte se manifestar, de modo que não se respeitou qualquer mínima formalidade a ser assegurada ao condômino apenado. Assim, ao acompanhar o entendimento do relator, o ministro reservou-se a adotar outro posicionamento, em outra oportunidade na qual se tenha assegurado o mínimo de contraditório.

A Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhou o voto do Relator, mas observou que não era objeto do julgamento as formalidades que a notificação deveria conter – as quais, observou, não seriam tão rigorosas como no processo cível ou criminal. Contudo, deveria ser apta a dar ciência ao condômino o que será objeto de votação em assembleia, bem como que isso diz respeito a seus interesses (ou seja, a possibilidade de imputação de penalidade). No caso em tela, essa possibilidade adveio de uma sugestão feita por um dos presentes, de modo que não houve oportunidade de defesa, sequer de esclarecimento dos fatos pelo condômino penalizado.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pontua-se que o acórdão, em que pese tenha feito considerações breves, adentrou brevemente na questão da doutrina, optando pela aplicação da vertente da eficácia imediata/direta. Outrossim, também fez menção expressa à “visão civil-constitucional”, mas sem explanar mais profundamente o tema. Ademais, também fez menção a cláusulas gerais (“função social da propriedade”, “boa-fé”, “bons costumes”, etc.), o que, conforme explanado anteriormente, está vinculado à fundamentação da corrente da eficácia mediata/indireta dos direitos fundamentais – contudo, neste caso, parece-nos que foi apenas utilizado como recurso argumentativo.

Sublinha-se o fato de a decisão analisada tratar sobre o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não se discutia a conduta do condômino antissocial, mas sim a sua impossibilidade de formular a sua defesa. Nesse sentido, destaca-se o quanto abordado pelo acórdão, quando tratou explicitamente da eficácia horizontal no trecho que se colaciona abaixo:

“É que, por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira **da visão civil-constitucional** do sistema, deve-se reconhecer a **aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana** nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório”.²⁸⁵

²⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.279 - SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, data da publicação: 29/09/2015, p. 9 (grifos nossos).

Na sequência, o voto condutor refere a ideia de concretização da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, bem como a ideia de que a Constituição Federal, na qualidade de vértice axiológico do ordenamento jurídico, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações entre entes privados. Oportunamente, na sequência, cita doutrina²⁸⁶ e jurisprudência aplicáveis ao caso, referindo-se ao caso União Brasileira de Compositores e ao caso paradigmático envolvendo exclusão indevida de membro no bojo de cooperativa²⁸⁷.

No que pertine ao REsp 1.280.871/SP,²⁸⁸ bem como quanto ao Recurso Especial nº 1.439.163 – SP,^{289 290} cuidam-se de recursos afetados ao rito dos repetitivos, na forma do art. 543-C, do CPC, de modo que serão analisados em conjunto.²⁹¹

Especificamente quanto ao Recurso Especial nº 1.280.871/SP, trata-se, em suma, da discussão acerca da impossibilidade de cobrança de taxa de manutenção de não associado (ou aquele que não anuiu à cobrança). A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, manter a afetação como recurso repetitivo; na sequência, prosseguindo o julgamento, vencido o relator e após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Buzzi, por maioria, deu-se provimento ao recurso especial.

²⁸⁶ Doutrina citada: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 378.

²⁸⁷ Nas palavras do relator, referindo-se ao Recurso Extraordinário nº 158.215: “Nessa linha de inteligência é que o Supremo Tribunal Federal, em julgado paradigmático, reconheceu o direito ao sócio excluído de ser reintegrado aos quadros de uma pessoa jurídica pelo fato de não se ter garantido o seu direito à defesa e ao contraditório”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.365.279 - SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, data da publicação: 29/09/2015, p. 10).

²⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015.

²⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.439.163 - SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015.

²⁹⁰ Uma vez que ambos os casos tiveram resolução jurídica idêntica, cumpre apenas fazer um breve apanhado da sinopse fática do Recurso Especial nº 1.439.163/SP: “Trata-se de recurso especial interposto por Marcelo Viana, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Noticiam os autos que a Associação dos Proprietários em Residencial Rubi propôs ação de cobrança ao fundamento de que o réu, ora recorrente, na qualidade de proprietário “da unidade correspondente ao lote 023 da quadra F da associação não estava realizando o pagamento das despesas devidas pelo seu imóvel” (fl. 3 e-STJ), discriminadas na inicial como taxa de condomínio. Em contestação, o réu aduziu que “não há nos autos prova de filiação à associação, tampouco documentos que demonstrem a obrigação de pagar as taxas ilegais de condomínio que estão sendo cobradas”. Ademais, no voto do Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, negou-se provimento ao recurso em razão de a constituição da associação ter ocorrido antes da aquisição do bem pelo recorrente. Contudo, esse entendimento restou vencido nos dois casos.

²⁹¹ Em face da multiplicidade de recursos com fundamento em tese idêntica de direito (a validade ou não da cobrança de “taxas”, contribuições de manutenção ou de conservação criadas por associação de moradores ou administradora de loteamento impostas a proprietário de imóvel que não seja associado ou não tenha aderido ao ato que instituiu o encargo), o julgamento dos dois julgados mencionados foram afetados à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o artigo 543-C do Código de Processo Civil e com a Resolução STJ nº 8/2008.

Conforme o voto condutor do Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, trata-se de recurso especial interposto por João Geraldo Raimundo Júnior, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nesse sentido, de acordo com os autos, a Associação dos Moradores e Proprietários do Residencial Morada do Verde propôs ação de cobrança em face do Sr. João Geraldo (proprietário e morador do bairro) sob a alegação de que o requerido, ora recorrente, encontrava-se em débito com a referida associação. Assim, na exordial, a Associação dos Moradores aduziu que realizava serviços em benefício dos residentes e proprietários do “Bairro Morada do Verde”, bem como que a manutenção das benesses oferecidas acarretava custos, os quais deviam ser suportados por quem se beneficia dos serviços disponibilizados. Em contestação, preliminarmente, o Sr. João Geraldo alegou a sua ilegitimidade passiva, eis que não era membro do quadro de associados da entidade; e no mérito, argumentou que não usufruía nenhum serviço prestado, uma vez que a recorrida apenas mantinha a conservação da avenida principal.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, por entender que o Sr. João Geraldo teria se beneficiado dos serviços da Associação, de modo que lhe incumbia contribuir para o pagamento das despesas decorrentes – caso contrário, ter-se-ia configurado o “enriquecimento sem causa”. Dessa feita, foi condenado ao pagamento da quantia de R\$ 11.132,32 (onze mil, cento e trinta e dois reais e trinta e dois centavos). Em sede de segundo grau, o recurso de apelação do Sr. João Geraldo teve seu provimento negado pela Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por conseguinte, interpôs recurso especial, alegando a existência de dissídio jurisprudencial, assim como a violação do artigo 12 da Lei nº 4.591/1964 e do artigo 884 do Código Civil. Em síntese, aduziu que “*as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado*”. Nesse sentido, elencou entre seus argumentos: a violação ao direito de livre associação, bem como que, primeiramente, é o Poder Público, em virtude de sua obrigação perante o contribuinte, quem fornece os serviços públicos (água, luz, telefone, coleta de lixo e outros benefícios) que são colocados à disposição do imóvel de sua propriedade, assim como aos de todos os moradores. Ainda, ressaltou que seu imóvel se encontra em via pública (isto é, de uso comum), cujo acesso por parte de qualquer cidadão não pode ser obstado, sob pena de se ofender a Constituição Federal. O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento do recurso; subsidiariamente, no caso de ser conhecido, opinou pelo seu provimento.

Em seu voto vencido, o relator Ricardo Villas Bôas Cueva apontou a controvérsia do recurso, qual seja, a discussão quanto à “*validade ou não da cobrança de “taxas”, contribuições de manutenção ou de conservação por associação de moradores ou por administradora de loteamento de proprietário de imóvel que não seja associado ou não tenha aderido ao ato que instituiu o encargo*”. Quanto às suas razões de decidir, inicialmente, o Relator estabelece uma diferenciação entre condomínio e loteamento fechado, esclarecendo que, no caso dos autos, trata-se da segunda hipótese (o qual também é conhecido pela alcunha de “condomínio de fato”).²⁹² Cuida-se de um condomínio de fato, sobretudo, porque o acesso às vias e aos logradouros são restritos ao trânsito de moradores e visitantes em suas dependências. Porém, já que essa categoria carece de legislação específica, normalmente são criadas associações de moradores para fazer frente às despesas (relativas a disponibilização e manutenção de serviços que beneficiam áreas comuns nos loteamentos fechados).

Contudo, nas palavras do Relator, de acordo com a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, em razão da natureza jurídica da associação civil, é vedada a exigência de pagamento compulsório de contribuição por parte de proprietário não associado à entidade, uma vez que isso atenta contra a liberdade de associação, insculpida na Constituição Federal.

Porém, na visão do Relator, seria possível adotar uma posição “moderada” quanto ao tema, uma vez que há ausência de previsão normativa específica quanto aos loteamentos fechados, bem como em face da relevância deste fenômeno, o qual se faz presente em várias cidades brasileiras,²⁹³ em decorrência da ineficiência do poder público em implementar serviços básicos (tais como segurança, abastecimento de água, conservação de vias, etc.).

²⁹² Conforme explica o Ministro: “[...] conclui-se que esse tipo de associação não pode ser considerada um *condomínio* nos moldes da Lei nº 4.591/1964, uma vez que, entre outros requisitos, a aquisição de fração ideal do terreno esteja atrelada à atividade de incorporação imobiliária. Isso porque para haver a incidência da mencionada legislação, é necessário, entre outros requisitos, que a aquisição de fração ideal do terreno esteja atrelada à atividade de incorporação imobiliária. Já os chamados *loteamentos fechados* aproximam-se mais do loteamento disciplinado pela Lei nº 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e apesar de apresentarem os mesmos requisitos urbanísticos exigidos para implantação de um loteamento convencional, possuem características próprias que acabam diferenciando-os, especialmente pelo fato de o acesso às vias e aos logradouros nos loteamentos fechados serem restritos ao trânsito de moradores e visitantes” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015, p. 9).

²⁹³ Ademais, sobre o tema, prossegue o relator: “Por fim, não se desconhece que esse padrão urbanístico está presente em quase todas as cidades brasileiras, mas que a ausência de regulamentação da matéria, somada à diversidade de situações que aportam no Judiciário, dificultam a resolução do problema. Em virtude disso, atualmente encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.75-C, de 2011, o qual acrescenta dispositivo à Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), dispondo sobre implantação e gestão de loteamentos com acesso controlado, determinando, inclusive, que devem ser aplicados, no que couber, a Lei nº 4.591/1964 e o Código Civil quanto à constituição e ao registro da entidade civil gestora do loteamento” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas

Nessa toada, na visão do Ministro, para determinar se o proprietário de imóvel integrante de loteamento fechado deve obrigatoriamente responder pelas despesas coletivas, o critério a ser utilizado é o momento em que o imóvel foi adquirido em relação à constituição da associação de moradores. Assim, se a aquisição do imóvel for *anterior* à criação da associação de moradores, o morador deve contribuir para o pagamento das despesas; do contrário, se a aquisição for *posterior*, fica ele eximido desse encargo.

Esse critério foi adotado, fundamentalmente, com base em quatro aspectos. Em primeiro lugar, porque, na opinião do Relator, contraria a boa-fé o comportamento da pessoa que, podendo optar por outro lugar e se beneficiando dos serviços, adquire um imóvel em loteamento fechado, porém, se recusando a contribuir com o pagamento das despesas para custeio dos serviços prestados àquela comunidade. Em segundo lugar, refere a aplicabilidade dos princípios da socialidade e da proporcionalidade, de modo que seria razoável exigir-se que o sujeito participasse do rateio mensal para a manutenção do "condomínio de fato", haja vista que a associação de moradores já havia sido constituída, de modo que o adquirente do imóvel tinha plena ciência das despesas correspondentes aos serviços prestados à coletividade. Nesse sentido, em terceiro lugar, a ciência dos serviços organizados e custeados pelos moradores, obtida previamente à aquisição do imóvel, poderia levar à ideia de uma suposta "aceitação tácita" de sua parte. Ou seja, o gozo dos serviços pelo proprietário importa a aceitação tácita da oferta, o que retrata uma verdadeira adesão à vontade do grupo preestabelecido. Por fim, em quarto lugar, argumentou o ministro que o ordenamento jurídico pátrio estabelece a vedação ao enriquecimento sem causa,²⁹⁴ o qual viria a ocorrer, uma vez que o adquirente do imóvel seria beneficiado por serviços (sabidamente fornecidos) pelos quais não suportaria as custas. Sob esses argumentos, concluiu o Ministro que as taxas, contribuições de manutenção ou de conservação poderiam ser impostas ao proprietário de imóvel adquirido em loteamento fechado após a constituição da associação.

Diante disso, para efeito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, propôs a sua tese, que restou vencida.²⁹⁵ Em relação ao caso concreto, negou provimento ao recurso

Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015, p. 14-15).

²⁹⁴ Quanto ao enriquecimento sem causa, nas palavras do Relator: "O enriquecimento sem causa, evidenciado pela atribuição de resultado econômico de obras e serviços com o correspondente desfalque alheio sem justificação, é ato-fato jurídico apto a gerar a responsabilidade pelo pagamento do rateio das despesas e, conseqüentemente, irradia direito, ação e pretensão de caráter indenizatório". (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015, p. 11).

²⁹⁵ A tese restou assim redigida: "As "taxas", contribuições de manutenção ou de conservação criadas por associação de moradores ou administradora de loteamento só podem ser impostas a proprietário de imóvel adquirido após a constituição da associação ou que a ela tenha se associado ou aderido ao ato que instituiu o

especial, uma vez que a criação da associação teria ocorrido antes da aquisição do bem pelo recorrente. Portanto, a ele competiria arcar com o pagamento das taxas cobradas na exordial, nos termos fixados pela sentença.

Contudo, o voto vencedor foi lavrado pelo Ministro Marco Buzzi. Analisando a questão controvertida – a qual, repisa-se, consiste em aferir se é lícita a cobrança compulsória, feita por associação de moradores de condomínio de fato, de taxas e contribuições a proprietários não associados –, o Ministro Buzzi elencou dois pontos contrários ao entendimento apresentado pelo relator.

Em primeiro lugar, aduziu que *“as obrigações somente possuem como fonte geradora a lei e a vontade, ambas ausentes na hipótese, não podendo a jurisprudência assumir este papel para, irradiando-se no mundo como uma nova fonte obrigacional cogente, regular situações futuras”*. Em segundo, há jurisprudência consolidada no sentido de que *“a análise de possível violação ao princípio do enriquecimento sem causa, em tais casos, perpassa ao exame da liberdade associativa como garantia fundamental”*, de modo que não se pode negar a ocorrência de colisão dos princípios envolvidos.

Dessa forma, concluiu que a aquisição de imóvel situado em loteamento fechado, seja em data anterior ou posterior à criação da associação, não pode, por si só, impor ao adquirente que não se associou, nem a ela aderiu, o ônus da cobrança de encargos, conforme posicionamento do Ministro Villas Bôas Cueva. No caso em que a aquisição ocorre em data posterior, uma vez inexistente a fonte criadora da obrigação (lei ou contrato), é vedado Judiciário instituir um dever tácito a terceiros, sob pena de violar o princípio da legalidade e o direito fundamental à liberdade associativa.

Portanto, para efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, enunciou o ministro o quanto segue: *“As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram”*. Por fim, para o caso concreto *sub judice*, ao contrário do entendimento do Relator, deu provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente a ação de cobrança.

Por seu turno, em seu voto-vogal, o Ministro Raul Araújo acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Buzzi. Contudo, para fins do art. 543-C do CPC, sugeriu que no enunciado constasse a expressão *“na ausência de lei regente ou de condomínio formalizado, as taxas de manutenção criadas por associação [...]”*, uma vez que, em seu entendimento,

encargo”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015, p. 15).

serviria como estímulo à criação de legislação que fosse apta a solucionar essa questão. Em sua visão, é imprescindível também fazer a distinção entre a condição de meros loteamentos congregados em torno de mera associação do caso em que há loteamentos formalizados legalmente em condomínios horizontais. Outrossim, pontuou que o caso dos autos não trata de condomínios horizontais, e isso deveria ser assinalado. Em tempo, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino também acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Marco Buzzi.

Por sua vez, a Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhou o voto do Ministro Marco Buzzi e a tese por ele proposta. Contudo, observou que o seu acolhimento não obstaría eventual ajuizamento de ação indenizatória, ocasionada em razão de enriquecimento sem causa (nos casos em que alegado e comprovado que o morador utilizasse concretamente os serviços fornecidos pela associação, de forma a se beneficiar de algo com que não contribuiu). Observou que a taxa a ser cobrada foi fixada unilateralmente pela associação, da qual não fazia parte o réu, sem que houvesse a discriminação dos benefícios usufruídos efetivamente por ele, bem como dos valores concernentes aos serviços prestados.

No caso em apreço, em sede de contestação, o réu alegou que, apesar de se tratar de 290 imóveis, apenas em torno de vinte proprietários compareciam às assembleias; *“que a associação só cuida da rua principal, que a dele está relegada ao descaso; que essa associação apenas prejudica quem não mora na via principal”*. O prejuízo referido diz respeito à imposição do uso de uma tarja no carro, em que consta que o sujeito é associado, de forma que, aquele que não contenha esse discrimen deve ingressar por uma outra entrada e ser revistado. Quanto ao serviço de entrega de correspondência, aduziu que as cartas são recebidas pelos destinatários na guarita (e os funcionários dessa guarita só procedem à entrega da correspondência a quem é associado), e, portanto, *“ele tem que parar o carro, saltar e pegar a correspondência”*.

Em síntese, ele diz que não obtém quaisquer benefícios a partir da atividade da associação – ao contrário, aduz que é prejudicado. Além disso, refere que a associação cobra o mesmo valor de todos os imóveis, independentemente do tamanho (na hipótese, alega que seu imóvel é dez vezes menor que os demais, o que lhe prejudicaria).

A respeito do fundamento de enriquecimento ilícito, este não está abrangido na tese proposta. Assim, a Ministra diferencia a taxa de condomínio (que obriga a todos os condôminos, sendo legalmente instituída e fixada conforme deliberação dos moradores) da taxa unilateralmente imposta pela Associação, a qual não seria exigível de não associados.

Entretanto, o fato de uma taxa imposta por uma associação de moradores não poder ser cobrada de quem não é associado não obsta que, eventualmente, a associação de

moradores ajuíze ação de ressarcimento (contudo, com fundamento em outra causa de pedir). No entendimento da Ministra, mesmo que a tese repetitiva proposta pelo Ministro Buzzi seja aprovada, nada impede que uma determinada associação ajuíze ação contra um determinado morador de condomínio, loteamento, bairro, e, porventura, venha a alegar que realiza serviços em favor (seja de limpeza, de segurança, de entrega de correspondência). Nessa demanda, a cobrança seria tão somente referente àquilo que beneficia e na medida do benefício obtido pelo morador; dito de outro modo, não seria cobrado em relação ao valor de taxa estipulada pela associação. Portanto, a causa de pedir não seria tão somente a inadimplência de uma taxa imposta pela associação de forma unilateral, sem que se saiba se na medida do benefício proporcionado ao morador réu. Nesses termos e com essa ressalva, acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Buzzi.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, salienta-se que o julgado sob análise não adentrou na questão da referida doutrina, apenas mencionando-a. Em que pese o caso dos autos trate do direito fundamental de associação (no sentido de o morador não ser compelido a se associar, bem como não haver criação de dever jurídico para que pague taxas associativas para entidade à qual não se vinculou), a única menção à *Drittwirkung* que se faz no acórdão é o que segue no trecho colacionado:

A associação de moradores é mera associação civil e, conseqüentemente, deve respeitar os direitos e garantias individuais, aplicando-se, na espécie, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²⁹⁶

Além disso, cumpre dizer que o julgado fez menção aos princípios da socialidade e proporcionalidade, o que, de acordo com o quanto já explicitado, está vinculado à fundamentação da corrente da eficácia mediata/indireta dos direitos fundamentais. Entretanto, parece-nos que, no caso ora analisado, foi apenas usado como recurso argumentativo. Em face disso, concluímos que não há argumentação, sequer desenvolvimento doutrinário concernente ao tema.

2.2.2.2 Litígios envolvendo planos de saúde

A respeito do Recurso Especial 1.330.919/MT,²⁹⁷ cuida-se de recurso em ação civil

²⁹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015, p. 22.

²⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016.

pública, cujo tema de fundo versa, no contexto da contratação de planos de saúde, sobre a imposição de condição para o deferimento de exame, procedimento, internação e cirurgia à subscrição de médico cooperado à ré (Unimed Cuiabá Cooperativa de Trabalho Médico, ora recorrente), no sentido de que o médico solicitante do exame deve ser cooperado, necessariamente, da operadora de saúde.

Em síntese, da sinopse fática extrai-se que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso propôs ação civil pública em face da recorrente, noticiando que, em 16 de junho de 2004, recebeu denúncia do médico Marcelo Maia Pinheiro. Nessa denúncia, alegou o médico que, a partir do seu descredenciamento da Unimed Cuiabá, seus pacientes usuários daquela cooperativa vinham tendo dificuldades para proceder à feitura dos exames por ele prescritos. Assim, o *Parquet* instaurou o inquérito civil nº 035/2004, no qual foi apurado que outros usuários passavam pelo mesmo obstáculo: a fim de realizar os exames requeridos por seus médicos de confiança (os quais não tinham vínculo com a Cooperativa), tiveram de pagar ou procurar um médico cooperado, somente para que nova solicitação fosse prescrita. Nessa toada, aduziu que a prática impugnada era abusiva e ofensiva aos princípios que regem as relações de consumo. Postulou reparação dos danos morais e materiais causados aos usuários.

Em sede de primeiro grau, a ação foi julgada procedente, de forma a declarar as cláusulas contratuais 6.3.1, 6.4.1 e 6.4.2 nulas. Outrossim, a título de dano material, condenou a cooperativa ré ao reembolso aos usuários relativo a despesas havidas com internações e exames indeferidos pelo fato de terem sido requeridos por profissionais não credenciados. Condenou, também, a ré a depositar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) no Fundo Municipal de Saúde, a fim de indenizar o dano moral coletivo alegadamente sofrido. Irresignada, a cooperativa ré interpôs apelação, a qual recebeu parcial provimento (apenas para que fosse afastado o dano moral genérico, porquanto o caso se refira a dano moral individual, bem como a necessidade de publicação da sentença em emissora local, mantendo-se somente a publicidade nos meios de comunicação escrita). O acórdão prolatado ratificou o entendimento pela abusividade da cláusula contratual que condiciona o deferimento de realização de exames, internações hospitalares e cirurgias à subscrição do pedido por médico cooperado à ré.

Assim, sobreveio recurso especial interposto pela cooperativa, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional. Em suas razões recursais, a ora recorrente apontou a afronta ao disposto nos artigos 535, II, do CPC; 4º da Lei 5.764/71; 1º e 35-G da Lei 9.756/98; 51, IV, e 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor; e 186 do Código Civil. Em suas razões, fundamentou seu recurso, sobretudo, (a) alegando que as

cláusulas eram lícitas, uma vez que não haveria vedação válida e vigente que proibisse as cooperativas de agir nesse sentido; (b) aduzindo a necessidade de aplicação das normas insculpidas na Lei dos Planos de Saúde, as quais autorizam a limitação do atendimento à rede previamente credenciada; (c) argumentando que haveria ameaça ao equilíbrio contratual, uma vez que haveria alteração nos custos da operadora de saúde, o que viria a acarretar reflexos imediatos nos valores das mensalidades a serem cobradas. Por seu turno, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial. Ao final, a Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso especial.

No bojo do voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão, de início, aponta-se a controvérsia dos autos, no sentido de que se discute se seria válida a cláusula contratual que autoriza a cooperativa de saúde a obstar aos beneficiários do plano quaisquer procedimentos hospitalares, desde que solicitados por médicos não cooperados.

Nesse contexto, ressaltou-se o quanto o Tribunal de origem e o juízo singular asseveraram, em seu voto condutor. Em suas razões, menciona: (a) que, na verdade, discute-se o problema da possibilidade de o associado poder escolher, ou não, ser atendido pelo médico de sua confiança (ainda que não seja médico cooperado à Unimed Cuiabá), e, mesmo assim, poder proceder aos exames eventualmente requisitados – até porque os honorários médicos, da consulta sem convênio, seriam arcados por ele mesmo (associado). Nesse sentido, frisa-se que, havendo necessidade de fazer exames, esses seriam requisitados por qualquer médico que atendesse o paciente beneficiário da Unimed Cuiabá – fosse médico cooperado, fosse não cooperado. (b) O fato de a cooperativa condicionar a cobertura de procedimentos médicos aos requerimentos realizados apenas por profissionais credenciados evidencia prática monopolizadora, uma vez que acarreta a restrição da liberdade de associação dos médicos não credenciados.²⁹⁸ (c) A negativa de realização de exames fere a dignidade da pessoa humana do beneficiário do plano de saúde; isso porque a negativa da Unimed Cuiabá pode resultar em sequelas irreparáveis, inclusive o óbito do paciente, em razão dessa, pode-se dizer, “burocratização” indevida dos serviços médicos. (d) Outrossim, o voto refere a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da função social.

Nesse sentido, aduz que o condicionamento da cobertura de exames e internações viola o direito à saúde, direito social insculpido no artigo 6º da Constituição Federal, em face da “*indiscutível plena eficácia horizontal dos direitos fundamentais*”. Desse modo, ressalta-

²⁹⁸ Aqui, como fundamentos jurídicos, são referidos o artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, e o artigo 5º, inciso XVIII da Constituição Federal.

se, a proteção à saúde desvela-se mais acentuada na recorrente, uma vez que explora economicamente os serviços de assistência médica e hospitalar.

Além disso, quanto ao argumento apontado referente à não satisfação da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil), cumpre destacar que, “*além de violar diretamente a dignidade humana, agride toda a principiologia do novo Direito Civil, que assegura a boa-fé e veda permanentemente o abuso do direito e o enriquecimento sem causa*”. Assim, resta inegável a abusividade das referidas cláusulas. Portanto, conforme as instâncias de primeiro e segundo grau, devem ser declaradas nulas para todos os efeitos jurídicos, com base no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Esse entendimento foi acolhido e adotado no bojo do acórdão de segundo grau, ratificando-se a ideia de ocorrência de lesão a direitos dos consumidores por parte da Unimed.

Voltando para o voto do Ministro Salomão, refere-se que, no que toca à análise da licitude do ato, verificou-se que o provimento da pretensão recursal exigiria que as premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido fossem alteradas. Contudo, isso não é possível, eis que atrai o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Frisa-se que, no âmbito da legislação, a Lei nº 9.656/98 – a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde – versa, já em seu artigo 1º, inciso I, que a “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais [...], com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, *livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada*, contratada ou referenciada, visando à assistência médica”.²⁹⁹ Desse modo, a partir da legislação que rege os planos de saúde, infere-se a preponderância ao bem-estar do usuário em face do viés econômico da relação contratual; além disso, sublinha-se a relevância dada à liberdade de escolha do consumidor em relação ao profissional que virá a zelar pelo tratamento médico, independentemente do fato de ser credenciado à rede contratada do plano de saúde.

²⁹⁹ Lei nº 9.656/98, artigo 1: “Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

Por oportuno, vale ressaltar que, em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela preponderância desse direito fundamental,³⁰⁰ insculpido no artigo 196 da Constituição Federal.³⁰¹ Houve menção, também, ao diálogo das fontes como forma de resolver o presente conflito.³⁰² Ademais, ressaltou o posicionamento solidificado do Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 469.³⁰³

No caso dos autos, a recorrente alegou que, o fato de apenas os seus cooperados (médicos) serem beneficiários de seus serviços decorre de sua natureza jurídica. Nesse sentido, esclarece que a sua estrutura operacional e administrativa foi delineada a fim de prestar serviços aos médicos cooperados, de modo que, quando se autoriza a realização de um procedimento hospitalar, a cooperativa está, na verdade, prestando serviço para o profissional cooperado que solicitou o procedimento. Entretanto, em que pese seja conduta baseada em cláusulas contratuais, observa-se que a prática de negar as solicitações feitas por médicos não cooperados mostra-se contrária à legislação que protege o consumidor.

Retomando o argumento (a) acima abordado, o Ministro relator o aprofundou, sublinhando a diferença relevante entre (i) a realização de exames na rede credenciada, solicitado por médico não cooperado, e (ii) a busca de tratamento com médico particular para posterior reembolso.³⁰⁴

Assim, no caso em que o usuário busca o médico de sua confiança, mas realiza os exames por ele solicitados em instalações da rede credenciada Unimed, não há prejuízo algum para a cooperativa. Isso porque, explicita-se, o valor da consulta médica foi arcado

³⁰⁰ Jurisprudência citada: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento nº 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20/08/2010; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 12/09/2000, DJ: 24/11/2000.

³⁰¹ Artigo 196, Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³⁰² Nas palavras do Ministro Salomão: “Assim, para dirimir os conflitos existentes no decorrer da execução contratual, há que se buscar, nesses casos, o diálogo das fontes, que permite a aplicação simultânea e complementar de normas distintas. Por isso, é salutar, nos contratos de plano de saúde, condensar a legislação especial - Lei 9.656/98 -, especialmente com o Código de Defesa do Consumidor.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016, p. 15).

³⁰³ Súmula 469, Superior Tribunal de Justiça: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde”.

³⁰⁴ Conforme o Relator: “Neste último caso, em que se realiza todo o procedimento médico-hospitalar em local de escolha do usuário, para posterior reembolso, há um nítido desequilíbrio contratual, pois, não obstante haja o pagamento da mensalidade pelo paciente, a cooperativa terá significativo prejuízo em arcar com aquelas despesas. Isso passa a ter grande relevância quando se depara com a realidade das cooperativas, que se sustentam pela cooperação mútua de seus usuários. Assim, resta evidente que uma limitação contratual a esse respeito não se configuraria abusiva, uma vez que essa previsão procura resguardar a operadora de fortes impactos econômico-financeiros” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016, p. 17).

exclusivamente pelo usuário, sem pedido de reembolso. Nesse sentido, o indeferimento da solicitação de qualquer procedimento hospitalar requerido por médico não cooperado estaria afetando, em verdade, o princípio da boa-fé objetiva (e não o princípio do equilíbrio contratual, conforme aduzido pela recorrente). Portanto, além de não prejudicar a recorrente, a negativa de autorização dos serviços hospitalares prejudica o consumidor, que justamente paga as suas mensalidades para manter a estrutura da rede conveniada e dela usufruir quando necessita.

Em síntese, conforme o Ministro Salomão, a restrição imposta pela Unimed Cuiabá é indevida, uma vez que *“configura não apenas discriminação do galeno, mas também tolhe tanto o direito de usufruir do plano contratado como a liberdade de escolher o profissional que lhe aprovar”*. Dito de outro modo, especificamente quanto ao consumidor, beneficiário do plano de saúde, impõe-se-lhe obstáculos juridicamente desproporcionais, bem como lhe obsta a livre escolha do profissional de saúde em quem confia seu tratamento.

Nesse sentido, retomando o argumento (c), o Ministro Salomão ilustrou a arbitrariedade praticada pela Unimed Cuiabá com o exemplo colacionado nos autos pelo *Parquet*, em que um paciente acometido de tumor cerebral teve solicitado, pelo seu médico de confiança, a ressonância nuclear magnética e exames hormonais de controle para avaliar sua eventual recidiva. Entretanto, a solicitação do paciente foi negada, uma vez que o médico solicitante não era cooperado à cooperativa.

Em face da falta de razoabilidade da negativa administrativa por parte da cooperativa, nas palavras do Ministro, *“não resta dúvida da desproporcionalidade da cláusula contratual que prevê o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares se estes forem solicitados por médicos não cooperados, devendo ser reconhecida como cláusula abusiva”*. Ademais, apontou que a nulidade dessas cláusulas está prevista, expressamente, no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Um dos argumentos aventados pela cooperativa recorrente – além de refutar a abusividade da cláusula contratual – vai no sentido de que não haveria qualquer proibição legal que impedisse as cooperativas de não autorizarem procedimento médico em virtude de o profissional solicitante não ser cooperado. Contudo, cumpre analisar conjuntamente o artigo 2º, inciso VI, da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU n. 8, de 3 de novembro de 1998,³⁰⁵ com o artigo 1º, inciso II, da Lei 9.656/98.³⁰⁶ Dessa análise extrai-se

³⁰⁵ Resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) nº 08, de 3 de novembro de 1998, artigo 2º: “Para adoção de práticas referentes à regulação de demanda da utilização dos serviços de saúde, estão vedados: [...] VI

que, ao contrário do quanto alegado, revela-se explícita a previsão legal que proíbe a prática adotada pela Unimed Cuiabá em negar autorização de procedimentos hospitalares em razão da ausência de vínculo entre o médico solicitante e a recorrente.³⁰⁷ Por todas essas razões, portanto, o ministro relator entendeu pela não modificação do acórdão impugnado, de modo a negar provimento ao recurso especial interposto pela Unimed Cuiabá.

Por sua vez, a Ministra Gallotti acompanhou o entendimento do Relator, mas analisou especificamente um argumento contido no recurso especial, no sentido de que, em razão de ser uma cooperativa regida pela lei própria das cooperativas (Lei nº 5.764/71), a cooperativa ré prestaria serviço apenas aos médicos credenciados a ela. Portanto, o exame requisitado por um médico seria um serviço prestado ao médico cooperado, e não ao beneficiário do plano de saúde. No entanto, a Ministra estabelece uma distinção, esclarecendo que as relações entre o médico cooperado e a Unimed são regidas pela lei das cooperativas; de forma diversa, a relação entre a cooperativa e o beneficiário do plano de saúde é regida pela lei consumerista (isto é, pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também pela lei de planos de saúde – Lei nº 9.656/98 – e pelo quanto convencionado em contrato de adesão firmado).

Portanto, quando o médico, cooperado ou não, solicita a realização de um procedimento hospitalar, isso é realizado em benefício do paciente, usuário do plano de saúde, de forma que a cooperativa ré está, na verdade, prestando um serviço ao consumidor que paga as suas mensalidades para obter um serviço de plano de saúde.

Quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sublinha-se que o acórdão, apesar de fazer considerações breves, adentrou na questão da referida doutrina, optando pela aplicação da vertente da eficácia imediata/direta. Relembra-se o fato de o julgado objeto de análise dispor sobre o direito à saúde do beneficiário do plano de saúde, que enfrenta a imposição de cláusula abusiva no contrato firmado com a operadora, o qual condiciona a autorização para realização de procedimentos hospitalares ao fato de que o

- negar autorização para realização do procedimento exclusivamente em razão do profissional solicitante não pertencer à rede própria ou credenciada da operadora”.

³⁰⁶ Lei nº 9.656/98, artigo 1º: “Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: [...] II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

³⁰⁷ A título de esclarecimento, observa o relator que: “apesar de ter sido suprimido o trecho do referido artigo 2º, que mencionava a palavra "cooperada", ao se referir à rede de atendimentos, ainda assim permanece o óbice dessa prática para a recorrente, haja vista que o legislador ordinário se utilizou de expressão mais ampla, mantendo a inclusão, nos termos do artigo 1º, II, da Lei 9.656/98, da cooperativa” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016, p. 20).

requerimento do exame deve ser feito por um médico cooperado à Unimed Cuiabá. Nessa toada, o acórdão explicitamente tratou do tema da eficácia horizontal no excerto que se colaciona na sequência:

“Conquanto a Carta da República se refira, por excelência, ao Poder Público, sabe-se que a eficácia do direito fundamental à saúde ultrapassa o âmbito das relações travadas entre Estado e cidadãos - eficácia vertical -, para abarcar as relações jurídicas firmadas entre os cidadãos, limitando a autonomia das partes, com o intuito de se obter a máxima concretização do aspecto existencial, sem, contudo, eliminar os interesses materiais. Suscita-se, pois, a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, visualizando a incidência direta e imediata desse direito nos contratos de plano de saúde”.³⁰⁸

Como se percebe, ocorre a colisão de interesses das partes: de um lado, os beneficiários do plano de saúde (cujo interesse está relacionado ao direito à saúde, que se trata, nas palavras do próprio Ministro Relator, de um “direito existencial”³⁰⁹); do outro, as operadora desses planos – cujo interesse, por sua vez, é de caráter predominantemente patrimonial.

Outro ponto interessante a se ressaltar é o da citação da função social do contrato, que, como cláusula geral, normalmente é associada à corrente da eficácia indireta/mediata dos direitos fundamentais. Portanto, conclui-se que, apesar do posicionamento contundente pela aplicação da primeira corrente (imediata), em sua argumentação (oriunda do acórdão prolatado em segundo grau, bem como da sentença), o voto condutor faz menção à segunda corrente (mediata), aparentando, de certo modo, certa confusão de posicionamento.

Contudo, da leitura do voto, depreende-se que a via efetivamente escolhida foi a da eficácia imediata, ainda que não tenha sido o argumento mais relevante da decisão. Isso porque a decisão advém preponderantemente dos argumentos relativos a normas infraconstitucionais, de modo que as cláusulas contratuais foram declaradas nulas com base em dispositivo do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange ao Recurso Especial nº 1.687.187/DF,³¹⁰ trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Eduardo Messias de Souza Nunes (neste ato, representado por seu pai, Mauro Nunes Fernandes) em face da operadora de saúde

³⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016, p. 15.

³⁰⁹ Em suas palavras: “Com efeito, o contrato de plano de saúde, além da nítida relação jurídica patrimonial que por meio dele se estabelece, reverbera também caráter existencial, intrinsecamente ligado à tutela do direito fundamental à saúde do usuário, o que coloca tal espécie contratual em uma perspectiva de grande relevância no sistema jurídico pátrio”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016, p. 13-14).

³¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.687.187, Decisão monocrática, Relator Ministro Moura Ribeiro, data da publicação: 21/08/2017.

Amil Assistência Médica Internacional S/A. O autor da ação aduziu que estava internado em instituição psiquiátrica desde 1º de janeiro de 2015, uma vez que necessitava de tratamento médico, em virtude de transtornos mentais e comportamentais que possui em razão do uso de substâncias psicoativas (seu diagnóstico é de síndrome de dependência e esquizofrenia paranoide).

Entretanto, o autor foi informado pela ré que, a partir de 1º de abril do mesmo ano, teria o dever de pagar pelo correspondente a 50% das despesas médicas havidas em função da internação psiquiátrica (tratava-se, pois, de “coparticipação obrigatória”). Irresignado, pleiteou a condenação da ré Amil ao custeio total do tratamento até o restabelecimento do autor.

Em primeiro grau, o feito foi julgado procedente, confirmando-se a tutela antecipada anteriormente concedida. Tal entendimento foi mantido em segunda instância, em acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, tendo sido inexitoso o apelo interposto pela operadora Amil. Inconformada, a operadora de saúde ré interpôs Recurso Especial, o qual foi conhecido em parte e, nessa extensão, foi desprovido. Por fim, manteve-se a condenação da operadora Amil em arcar com o custeio integral da internação psiquiátrica do paciente.

Passa-se à análise mais detida das razões que levaram ao entendimento irretocado desde o juízo singular. Conforme a argumentação contida no acórdão, em sede de segundo grau, alegou-se que seria abusiva a cláusula de coparticipação imposta contratualmente pela operadora de saúde Amil. Primeiramente, tergiversou-se sobre o direito fundamental à saúde e sua relação com a dignidade da pessoa humana (artigo 196 e artigo 1º, III, ambos da Constituição Federal).

Na sequência, aduziu-se que o contrato de cobertura de assistência médica e hospitalar previa, em uma de suas cláusulas, a coparticipação do segurado na situação em que ocorre a internação psiquiátrica para além de trinta dias. Entretanto, apontaram-se três fundamentos para se declarar nula essa cláusula: (1) a lei veda que haja limitação temporal de internação hospitalar quando o plano de saúde contempla, entre seus serviços oferecidos, essa possibilidade; ademais, o diploma legal que regula os planos e seguros de saúde (Lei nº. 9.656/1998) não estabelece diferenciações quanto a internações para tratamentos psiquiátricos; (2) a onerosidade excessiva, para o consumidor, de cláusulas que estabelecem limitação do tempo de internação (ainda que haja previsão de coparticipação para o beneficiário), conforme o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Isso se dá em virtude de as referidas cláusulas não guardarem

conformidade com a legislação que rege a matéria, uma vez que estabelecem obrigações abusivas e iníquas, de modo a impor ao consumidor ônus desproporcional, sendo, portanto, incompatível com o princípio da boa-fé e a ideia de equidade. Por isso, conforme o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, seriam cláusulas nulas de pleno direito. Por fim, (3) destaca-se o conteúdo da Súmula nº 302, do Superior Tribunal de Justiça, a qual aponta a abusividade da “cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Dessa feita, o apelo da operadora de saúde teve seu provimento negado.

Em face disso, a operadora de saúde interpôs Recurso Especial; sinteticamente, alegou em suas razões a violação dos artigos 16, VIII, da Lei nº 9.656/98, 51, IV, § 1º, II, e 54, §§ 3º e 4º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, arguiu que os dispositivos legais mencionados expressam a permissão legal de um percentual de coparticipação do consumidor, sob a condição de que haja previsão contratual de forma clara – motivo pelo qual, aduz, a cláusula objeto de discussão não pode ser considerada abusiva. Por derradeiro, com relação à incidência da Súmula nº 302, do Superior Tribunal de Justiça, aduziu que ela não seria aplicável, já que não haveria limitação do prazo de internação, mas sim a existência de uma cláusula que prevê a coparticipação após o 30º dia de internação pelo segurado. Pleiteou, finalmente, a reforma do acórdão atacado, com o fito de se julgar improcedente o pedido inicial.

Acerca das razões de decidir da Corte Superior, a respeito da alegação de que teria havido omissão no acórdão, tal não prosperaria, uma vez que presente a manifestação quanto às questões controvertidas na ação; portanto, não existente violação ao artigo 1.022, II, do Novo Código de Processo Civil. No mérito, apontou fundamentos constitucionais que não foram impugnados. Nesse sentido, reiterou as razões do tribunal de origem (quanto à onerosidade excessiva das cláusulas que limitam o tempo de internação hospitalar do segurado). Ademais, como o bem jurídico objeto do negócio firmado entre as partes é a salvaguarda do direito à vida, garantido constitucionalmente no *caput* do artigo 5º da Carta Magna. Dessa forma, alegou que a matéria constitucional decidida no aresto não foi impugnada por meio de Recurso Extraordinário, acarretando-se o óbice previsto pela Súmula nº 126³¹¹ do Superior Tribunal de Justiça.³¹² Por essa razão, conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

³¹¹ Súmula nº 126, Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

A respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumpre destacar que o acórdão, ora objeto de análise, não adentrou na questão da referida doutrina. Na verdade, tampouco analisou o mérito, haja vista o entendimento pela incidência da Súmula nº 126, do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o julgado traz a citação da *Drittwirkung* apenas ao citar, no corpo argumentativo, excerto do acórdão prolatado em segunda instância. Portanto, não há argumentação, sequer desenvolvimento doutrinário concernente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais – em que pese, claramente, o caso em tela versar sobre o tema, uma vez que a lide trata do direito à saúde do beneficiário do plano de saúde enfrentando a imposição de cláusula abusiva no contrato firmado com a operadora.

Quanto ao Recurso Especial nº 1.676.039 - DF,³¹³ dispõe sobre a suposta abusividade de cláusula de coparticipação, contratada por consumidor, para a hipótese de internação psiquiátrica, em virtude de transtornos psiquiátricos, por prazo maior do que trinta dias.

O recurso, interposto pela operadora de saúde (Amil Assistência Médica Internacional S/A) em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, fundamentou-se no artigo 105, III, alínea “a” da Constituição Federal. No referido acórdão, entendeu-se de modo semelhante ao quanto decidido no Recurso Especial nº 1.687.187/DF, no sentido de que se trataria de cláusula abusiva aquela que previsse a coparticipação, por parte do paciente, nos custos de seu tratamento (levando-se em conta a peculiaridade de se tratar de internação hospitalar psiquiátrica e no prazo superior a trinta dias). Assim, baseando-se na Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça,³¹⁴ decidiu-se pela obrigação da operadora de saúde e prover a cobertura integral do plano de saúde em benefício do consumidor paciente.

Em suas razões de recurso, a operadora de saúde recorrente alegou ofensa aos dispositivos 1.022, II, do Código de Processo Civil,³¹⁵ bem como ao artigo 16, VIII, da Lei nº 9.656/98 e artigos 51 e 54, parágrafos 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Em resumo, argumentou pela legalidade da cláusula contratual que trata da coparticipação do contratante depois do prazo de trinta dias de internação para tratamento de moléstias psiquiátricas. Outrossim, aduz que a Súmula nº 302, do Superior Tribunal de Justiça, não se

³¹² Acórdão citado: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 734.431/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 14/12/2015.

³¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.676.039, Decisão monocrática, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, data da publicação: 27/06/2017.

³¹⁴ Súmula 302, STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

³¹⁵ A esse argumento, o voto condutor não deu provimento, uma vez que entendeu que o Tribunal de segunda instância dirimiu as questões relativas ao litígio, de modo que resta dispensável que sejam examinadas uma a uma das alegações aduzidas pelas partes.

aplica ao caso presente, sob o argumento de que não teria ocorrido “limitação de tempo de internação”; na verdade, haveria apenas a “previsão de coparticipação do segurado após o trigésimo dia de internação”, de forma que a cláusula não consubstancia abusividade bastante a eivar a avença de vício, vez que teriam sido cumpridos o quanto requerido pela legislação consumerista.

Dessa feita, no voto condutor, o Ministro relator reiterou o quanto decidido pelo tribunal *a quo* quanto à matéria controvertida, a qual diz respeito à “validade da cláusula contratual que exige a participação com 50% do custo de internação para manutenção do tratamento psiquiátrico dispensado à parte autora”. Nessa toada, cumpre destacar que o bem jurídico objeto da avença é a salvaguarda da saúde – consequentemente, do direito à vida, cuja inviolabilidade é protegida pela Carta Magna.

É válido mencionar que a necessidade de permanência da internação da paciente recorrida se dá em razão de seu quadro clínico envolver “(...) descontrole dos impulsos, tentativa de suicídio, mudança de personalidade, insônia, memória recente falha e irritabilidade”, incluindo também características como “humor irritadiço, discurso incoerente, alteração do ciclo do sono”, de modo que apresenta “risco para si e para terceiros”. Portanto, não se discute a imprescindibilidade da continuidade do tratamento.

Conforme o voto do relator, outro ponto indiscutível se trata da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que é pacífica quanto ao entendimento de que a cláusula contratual que limita no tempo as internações hospitalares é abusiva. Para corroborar isso, remete-se ao enunciado da supracitada Súmula nº 302, da mesma Corte. Contudo, no entender do Ministro, o caso dos autos seria diverso dos demais precedentes: nestes, as cláusulas que restringiam a cobertura de internações que extrapolassem o prazo contratado teria caráter absoluto.

No caso em tela, há cláusula contratual que impõe ao contratante a coparticipação, à razão de 50% (cinquenta por cento) do custo, após o período de 30 (trinta) dias de internação psiquiátrica. Nesse sentido, quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrente de transtornos psiquiátricos, no sentido de que não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor. Isso porque essa medida promove a manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações, possibilitando a gestão de custos do contrato de plano de saúde.

A fim de corroborar esse entendimento, citam-se julgados no mesmo sentido.³¹⁶ A propósito, nesse conjunto de decisões, alguns argumentos de relevo são mencionados. Em uma dessas decisões, assevera-se que não se trata de ilegalidade no ato de contratar o plano de saúde em regime de coparticipação (seja em percentual sobre o custo do tratamento, seja em montante fixo – até mesmo porque “percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário” (art. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998) é expressão da lei). A vedação se impõe, na verdade, à criação de fator que limite o acesso aos serviços de assistência à saúde gravemente. À guisa de exemplo, procedimentos financiados quase integralmente pelo próprio beneficiário do plano de saúde são vedados, uma vez que evidenciam o comportamento abusivo da operadora.³¹⁷

Outrossim, a proibição da coparticipação em percentual sobre o custo do tratamento só se impõe nos casos de internação e, nesse universo, apenas nos eventos que não tenham relação com a saúde mental (de modo que, no lugar, devem ser avençados valores prefixados – conforme artigos 2º, VII e VIII, e 4º, VII, da Resolução CONSU nº 8/1998).³¹⁸

Ademais, outro argumento levantado foi no sentido de que “*o afastamento da cláusula de coparticipação equivaleria a admitir-se a mudança do plano de saúde para que o usuário arcasse com valores reduzidos de mensalidade sem a necessária contrapartida*”. Isso acarretaria desequilíbrio contratual grave, uma vez que viria a comprometer a atuária da operadora de planos de saúde e, conseqüentemente, a oneraria de modo desproporcional, uma vez que essa teria que custear o tratamento de forma integral.³¹⁹

Portanto, uma vez que foi contratada de forma expressa e informada ao consumidor, não se revestiria de abusividade a referida cláusula objeto de controvérsia. Assim, entendeu-se pela validade da cláusula de coparticipação prevista para as hipóteses de internação hospitalar superiores a trinta dias decorrentes de transtornos psiquiátricos. Por derradeiro, argumentou-se que o quanto decidido pela Corte de segunda instância, na verdade, seria desconforme o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, de modo a justificar a reforma do

³¹⁶ Entre outros, citam-se: REsp 1667946/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 26/05/2017; REsp 1635626/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 16/02/2017; REsp 1587271/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; REsp 1511640/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015; Agravo de Instrumento no Agravo no Recurso Especial nº774.936/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016.

³¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.566.062/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016.

³¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.566.062/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016.

³¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.566.062/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016.

julgado. Por isso, à unanimidade, decidiu-se pelo parcial provimento do recurso especial, julgando-se improcedente o pedido do autor ora paciente.

Quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sublinha-se que o caso analisado, assim como o outro caso que tratava sobre coparticipação, não adentrou na questão da referida doutrina. Desse modo, assim como o julgado anterior, a decisão traz a citação da *Drittwirkung* somente quanto menciona, no corpo argumentativo, trecho do acórdão prolatado em segunda instância. Nesse sentido, também faz referência à ideia do “direito civil-constitucional”, conforme excerto que se colaciona abaixo:

“A incidência das disposições constitucionais na órbita civil cuida de um novo caminho metodológico, denominado de Direito Civil Constitucional, que ganha maior ressonância com a aplicação dos direitos e garantias fundamentais às relações entre particulares - efeito externo ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais (a *Drittwirkung*, do Direito alemão)”.³²⁰

Dessa feita, novamente, não há argumentação, sequer desenvolvimento doutrinário acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – ainda que, evidentemente, o caso trate da referida doutrina, vez que tem, sob pano de fundo, a discussão quanto ao direito fundamental à saúde do beneficiário do plano.

2.2.3 A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Procedeu-se à pesquisa jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.³²¹ Como resultados, foram obtidos quarenta e oito (48) resultados para o termo “*eficácia horizontal*”, nove (9) para “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*” e zero (0) para “*Drittwirkung*”.

Especificamente quanto à pesquisa relativa à “*eficácia horizontal*”, dos quarenta e oito resultados, excluíram-se trinta e cinco (36) em virtude de os verbetes terem sido empregados com acepção outra que não dizia respeito ao objeto da pesquisa.³²² Dessa forma, restaram

³²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.676.039, Decisão monocrática, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, data da publicação: 27/06/2017.

³²¹ Metodologicamente esclarecendo, a pesquisa foi realizada no sítio virtual do Tribunal de Justiça, na data de 30 de agosto de 2018. Endereço do *site* mencionado: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>.

³²² Os julgados que tratam do tema nesse sentido trazem, em sua ementa, excerto que trata da ideia de “*eficácia horizontal*” como efeito processual em ações coletivas. Por esse motivo, não tem relação com o objeto deste trabalho. À guisa de exemplo, o trecho mencionado é colacionado na sequência: “ABRANGÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA. É irrelevante que não esteja a parte autora abarcada no conceito de ‘necessitado’ a ensejar a atuação da Defensoria Pública em seu benefício, pois sabe-se que a ação coletiva é importante instrumento que

doze (12) acórdãos para análise. Desses, três (3) julgados se referiam à doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com terminologias não consagradas pela doutrina: (a) “eficácia horizontal dos princípios fundamentais”,³²³ (b) “eficácia horizontal dos direitos constitucionais”,³²⁴ e (c) “eficácia horizontal dos direitos constitucionais”³²⁵. Excetuados os três julgados mencionados, observa-se que os resultados obtidos por ocasião da busca por “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” são aqueles encontrados na busca mais ampla (“eficácia horizontal”).

Quanto aos temas abordados, o direito de associação foi tratado em seis (6) julgados. Problemas relativos a direito de vizinhança (de caráter condominial) foram abordados em um julgado. Por sua vez, o tema da discriminação sexual foi objeto de duas (2) lides. Nos restantes três (3) acórdãos – dos quais um não será analisado, em razão de ser de competência criminal, alheio ao objeto deste trabalho –, foram tratados outros temas, como suspensão unilateral ou negativa de prestação de serviço.³²⁶ A análise pormenorizada de cada um é realizada na sequência.

permite, num único feito, discutir todos os direitos individuais homogêneos - também chamados de direitos acidentalmente coletivos - de uma coletividade de pessoas, necessitadas ou não, mas supostamente lesadas, conferindo eficácia horizontal ao resultado da contenda, caso julgada procedente”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70026746057, Segunda Câmara Especial Cível, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, julgado em 29/04/2009) . Ademais, os números dos trinta e seis resultados referidos são os que seguem: 70026656462, 70026775759, 70027122696, 70027120047, 70028301729, 70028523199, 70027774991, 70028794022, 70027768670, 70027321629, 70026398974, 70027419845, 70027211580, 70027266832, 70026919589, 70026603605, 70026629972, 70027108976, 70026626507, 70026647438, 70026917047, 70027412576, 70027486521, 70027460120, 70027259845, 70027318989, 70027122068, 70028701290, 70028777589, 70027769801, 70028291649, 70028441269, 70027908961, 70028771848, 70028667319 e 70026746057.

³²³RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70059309872, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 09/09/2015.

³²⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70067767772, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 10/03/2016.

³²⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70068358837, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 31/03/2016.

³²⁶ Cumpre dizer que, entre os resultados da pesquisa, encontrou-se o Recurso em Sentido Estrito nº 70051823490, o qual, em que pese não venha ser analisado pormenorizadamente em virtude de se tratar de ação de caráter penal, trouxe em seu bojo discussão sobre situação que envolveu a colisão de direito fundamental à livre circulação de motoristas e ciclistas em caso que teve grande repercussão social local. “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DOLOSO. ATROPELAMENTO POR VEÍCULO AUTOMOTOR DE CICLISTAS QUE PARTICIPAVAM DE MOVIMENTO DE PROTESTO EM VIA PÚBLICA. Os movimentos de protesto e os direitos fundamentais. Induvidosamente, os movimentos de protesto devem ser estimulados numa sociedade que se quer democrática. Devem, contudo, observar a ordem e, nesse sentido, há regramento legal que prevê, ao menos, a prévia e devida comunicação aos órgãos de segurança pública, para a proteção de todos os envolvidos no movimento e das demais pessoas circunstantes. Não há evidências que tivesse havido essa prévia comunicação e não havia, segundo consta, medidas de segurança adotadas na ocasião. Fato, aliás, ocorrido no final de tarde de uma sexta-feira, às 19h15min, em local de intenso tráfego. Os condutores dos automóveis têm, nos mesmos termos dos demais condutores de bicicletas, ou de outros veículos, direito ao deslocamento e, tudo indica, tratava-se de saída

2.2.3.1 Julgados envolvendo direito de associação

Nesta seção, serão tratadas as seis (6) decisões que abordam problemas relativos a direito de associação, bem como direito de vizinhança (de caráter condominial). Primeiramente, acerca da Apelação Cível nº 70068358837,³²⁷ trata-se de feito advindo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em síntese, a questão tratada nos autos é a exclusão de sócio em virtude de inadimplemento de contribuição social. Ocorre que, no caso em tela, não houve notificação prévia, a fim de que Luiz Alberto Wabner Silveiro pudesse purgar a mora perante Santa Paula Clube de Campo, pessoa jurídica de direito privado.

Nesse sentido, entendeu-se que o ato deveria ser considerado nulo, uma vez que a exclusão do quadro social, efetuada pelo Clube de Campo, foi realizada de forma sumária, sem que fosse oportunizada, ao sócio excluído, a ampla defesa, em conformidade com o artigo 57, do Código Civil, e o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Finalmente, a Câmara deu provimento ao apelo de Luiz Silveiro para determinar o reingresso do autor na condição de sócio remido, depois de que procedesse ao adimplemento das mensalidades não pagas, nos termos do regramento estatutário vigente, para que retornasse à categoria anteriormente ocupada.

Na origem, o Sr. Luiz Silveiro ajuizou ação ordinária em face do Clube de Campo. Aduziu que era sócio remido do demandado, uma vez que adquiriu seu título mediante pagamento, efetuado entre novembro de 1980 e junho de 1982. Sustentou que, apesar de não ter o hábito de frequentar o clube, restou impedido de nele ingressar em ocasião ocorrida em novembro de 2010. Instado, o Clube réu argumentou que o autor não teria observado as disposições estatutárias aprovadas na Assembleia Geral dos Sócios no ano de 1988 – em que foi acordado o pagamento de “taxa de conservação patrimonial anual para os associados remidos”. Em face dessa inobservância, teria ocorrido a perempção do título do Sr. Luiz Silveiro.

do trabalho, depois de uma semana inteira. Relatos de vítimas e testemunhas de que houve manifestações agressivas de parte de alguns dos ciclistas. Confronto com o direito fundamental de locomoção, livre, dos condutores dos automóveis. Impossibilidade de impedir o trânsito, com relação ao qual, aliás, caberia até "habeas corpus", na consideração da atual eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, essa constatação não esvazia a reação exagerada e abusiva do recorrente, que arremeteu o veículo contra os ciclistas que impediam a sua passagem”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70051823490, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 14/03/2013)

³²⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70068358837, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 31/03/2016.

Ocorre que o Sr. Luiz Silveiro argumentou que o Estatuto Social não foi sequer disponibilizado pelo demandado. Outrossim, aduziu que sequer houve a notificação da ata da Assembleia, tampouco a efetuação da cobrança que teria sido imposta – ou mesmo recebido a informação de que restava inadimplente e que isso acarretar-lhe-ia a sua exclusão do grupo de associados. Por fim, postulou a sua reintegração ao quadro social do demandado, sem que tivesse que adimplir qualquer taxa para a conservação patrimonial do título.

Em sua contestação, a parte ré alegou, sobretudo, que a assembleia em que foi alterado o Estatuto Social, na qual foi criada a referida taxa, teve sua convocação realizada por meio de edital, publicado no Diário Oficial do Estado na data de 9 de agosto de 1988, sendo devidamente registrada no 1º Serviço de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Porto Alegre (bem como estaria acessível no sítio virtual do Clube réu). Em sua linha de argumentação, esclareceu que a notificação informando o autor do débito existente à época inexistiu porque o próprio Estatuto previa exclusão automática de sócio inadimplente por noventa (90) dias – em conformidade com o parágrafo 5º do artigo 5º e artigo 13, ambos do Estatuto mencionado).

A sentença julgou o feito improcedente. Irresignado, o Sr. Luiz Silveiro interpôs recurso de apelação, aduzindo ter sofrido cerceamento de defesa, já que o Clube apelado procedeu à exclusão de sócio remido sem que houvesse a notificação prévia quanto aos motivos da decisão, de forma que acarretou o impedimento da faculdade de o autor quitar o débito. Por ocasião do acórdão, a Câmara proveu o recurso para “*determinar o reingresso do autor na condição de sócio remido, depois de adimplidas as mensalidades impagas, nos termos do regramento estatutário vigente*”.

Em sua fundamentação, o voto da relatora indicou que, apesar de o Estatuto Social do Clube apelado não prever a necessidade de prévia notificação do associado para que purgue a mora antes de ser excluído em virtude de inadimplemento, tal dever advém da exegese do próprio Código Civil, bem como da Constituição da República.³²⁸ Nesse diapasão, antes de se proceder à exclusão de um associado por inadimplemento de taxa patrimonial, o Clube réu deve notificá-lo para que possa quitar o débito.

Outrossim, aduziu que não há que se falar em intromissão do Judiciário no funcionamento da associação privada ou de suas deliberações, mas de ratificar que os diplomas normativos se aplicam também quanto a ambas. Assim, o voto condutor referiu a

³²⁸ Vide a redação dos dispositivos normativos que embasaram essa argumentação – artigo 57 do Código Civil: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”; artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “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”.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais nesses termos: “a necessidade de oportunizar os meios de defesa ao associado de clube privado decorre da moderna noção de eficácia horizontal dos direitos constitucionais, isto é, as garantias fundamentais e direitos constitucionais têm ampla eficácia, aplicando-se inclusive no âmbito da relação entre particulares”. Ademais, citou-se julgado similar, da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em que se decidiu no mesmo sentido.³²⁹ Portanto, não houve aprofundamento doutrinário para além da menção do conceito de eficácia horizontal.

Em segundo lugar, no que tange à Apelação Cível nº 70067767772,³³⁰ cuida-se de feito advindo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em suma, a questão de fundo dos autos trata da exclusão de Alessandro Granato Rodrigues do quadro social do clube esportivo *Sport Club Internacional* de forma sumária – em razão de inadimplemento da taxa social –, de modo que não lhe foi possibilitado o oferecimento de defesa, tampouco a oportunidade de purgar a mora. Contudo, a solução do caso foi no sentido de que a oportunidade aos meios de defesa ao associado de clube privado, em verdade, decorreria da noção de “eficácia horizontal dos direitos *constitucionais*”, nos moldes do direito civil e constitucional (artigo 57 do Código Civil e artigo 5º, LV, da Constituição). Portanto, o reconhecimento da nulidade do ato de exclusão se impunha.

Na origem, o demandante ajuizou ação declaratória em face do Clube esportivo, aduzindo que se associou ao clube no ano de 2004, na condição de “sócio contribuinte com credencial vermelha”, credencial que lhe possibilitava ingresso livre no estádio de futebol. Contudo, observou que, devido a dificuldades financeiras enfrentadas em 2007, restou inadimplente quanto às mensalidades devidas ao Clube. Porém, uma vez que procedeu à tentativa de regularizar sua situação, foi informado quanto a sua exclusão do quadro de associados, em que pese sequer tenha sido comunicado dessa decisão. Nessa linha, aduziu que houve afronta ao artigo 57, do Código Civil, uma vez que lhe foi impossibilitado o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ademais, esclareceu que a nova associação, ofertada pelo Clube, acarretaria prejuízo dos benefícios que possuía na condição anteriormente sustentada. Por fim, liminarmente, pediu a imediata reintegração ao quadro de sócios, observando-se as mesmas condições anteriores à data da exclusão. No mérito, requereu que a ação fosse julgada

³²⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70046236071, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 05/12/2012.

³³⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067767772, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 10/03/2016.

procedente, com o conseqüente reconhecimento de nulidade do ato de exclusão, de modo a determinar ao demandante o pagamento da quantia determinada relativa ao período em que restou inadimplente.

Em contestação, a ré argumentou pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, sustentando que a relação que mantinha com a contraparte era entre a entidade e os seus sócios. Assevera que a exclusão foi regular, tendo-se em vista o inadimplemento das mensalidades, de modo a não contrariar as disposições estatutárias. Sublinhou que a categoria primitiva do sócio colorado existia apenas para os associados da época, de modo que foi encerrada em virtude do preenchimento da capacidade do estádio. Outrossim, aduziu que o Clube tem autorização para alterar categorias, de modo que ao demandante seria possível reingressar no quadro de sócios por meio de associação em modalidade existente (de acordo com disposição estatutária). Alegou que se trata de previsão estatutária a exclusão de sócio após 12 meses de inadimplemento. Por fim, acerca da pretensão do demandante ao adimplemento das parcelas inadimplidas (admitindo-se a hipótese de anulação do ato de exclusão), aduz que o mesmo deveria pagar as parcelas do período inadimplido até a data do julgamento.

Em sede de sentença, o feito foi julgado parcialmente procedente, a fim de declarar-se nulo o ato de demissão do autor do quadro de sócios do Clube réu. Dessa feita, o autor foi readmitido como sócio, sob o mesmo *status* anterior. Irresignadas, ambas as partes interpuseram recurso de apelação. Em suma, o Clube réu apontou que foi observado o devido processo legal, já que houve tentativas de contato para que o demandante pagasse as parcelas devidas, as quais somente restaram inexitosas em virtude de sua não localização.

Conforme o voto condutor, a incumbência de prévia notificação do associado para purgar a mora antes de ser excluído por falta de pagamento, em que pese não constante do Estatuto Social, advém da interpretação do artigo 57, do Código Civil, e do artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Portanto, a notificação prévia é indispensável; outrossim, aduziu que o réu deveria ter empregado maior esforço na tentativa de realizar a notificação, lançando mão de outros meios cabíveis (contato por meio eletrônico, por correspondência física, para além do contato telefônico, uma vez que este restou inexitoso). Nas palavras do magistrado: “não se trata de adentrar no funcionamento da associação privada e em suas deliberações, mas sim de afirmar que as leis se aplicam também em relação a ela”. Quanto aos valores devidos pelo sócio excluído, para que venha a ser realocado nas mesmas condições anteriores de sócio, terá de efetuar o pagamento das mensalidades não adimplidas em 2007 (acrescidas de juros de mora e correção monetária), assim como observar as outras condições para o exercício dos

direitos relativas à categoria à luz do regramento estatutário vigente. Por fim, à unanimidade, a Câmara desproveu o recurso do demandado e deu parcial provimento ao recurso do autor, apenas para fins de majoração de verbas relativas a honorários advocatícios.

Acerca da abordagem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o voto condutor reiterou o quanto analisado em sentença, referindo que a *“necessidade de oportunizar os meios de defesa ao associado de clube privado decorre da moderna noção de eficácia horizontal dos direitos constitucionais, isto é, as garantias fundamentais e direitos constitucionais têm ampla eficácia, aplicando-se inclusive no âmbito da relação entre particulares”*. Ademais, quanto ao controle judicial dos atos adotados pela associação civil, pontuou que cabe ao Judiciário efetuar a aferição dos requisitos formais no bojo do procedimento punitivo (no caso em tela, a exclusão social no ocasionada por inadimplência), assim como verificar se a punição efetuada guarda proporcionalidade com as regras estatutárias a fim de motivar o ato praticado. À guisa de fundamentação, referiu, também, jurisprudência da lavra do mesmo Tribunal estadual.³³¹

Quanto à Apelação Cível nº 70048182042,³³² cuida-se de feito advindo da comarca de Caxias do Sul e julgado, em segunda instância, pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em suma, a questão de fundo dos autos trata de pedido de indenização, a título de danos morais, feito por Nicanor de Brito em virtude de alegada exclusão ilícita do cargo de “Vice-Patrão” do “Centro de Tradições Gaúchas Heróis Farroupilhas”. Em face da improcedência da demanda na origem, interpôs o autor recurso de apelação. Sublinha-se o fato de que houve perda de objeto quanto ao pedido, feito pelo autor, de recondução ao cargo então ocupado por si na associação demandada, conforme já decidido pelo Juízo singular. Em síntese, entendeu-se que as garantias do contraditório e da ampla defesa (as quais são aplicáveis às relações de direito privado, por força de eficácia horizontal dos direitos fundamentais) foram violadas, de modo que se configurou a comissão de ato ilícito. Contudo, conforme o voto condutor, não houve caracterização de dano moral. Portanto, a magistrada relatora desproveu o recurso de apelação, tendo sido acompanhada, à unanimidade, pela Câmara.

Em síntese, conforme o voto condutor, o fato de o demandante ter sido afastado da condição de Vice-Patrão da associação ré, em virtude de decisão do “Conselho dos

³³¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70046236071, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 05/12/2012.

³³² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048182042, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 18/07/2012.

Vaqueanos”, por si só não configuraria ato ilícito. Isso porque o referido órgão deliberativo possui a prerrogativa para desempenhar tal ato (de acordo com o artigo 19, alíneas “c” e “f”, do Estatuto Social). Importante salientar que a convocação de assembleia específica para exarar tal deliberação é despicienda – inclusive pelo fato de que o autor não perdeu a condição de sócio, mas, sim, foi afastado do cargo de “Vice-Patrão” que ocupava.

Ademais, sublinha-se que o Sr. Nicanor Eusébio de Brito recebeu convocação, em três diferentes oportunidades, a fim de tratar de assunto de seu interesse; contudo, o mesmo não compareceu, sequer justificou sua falta, de acordo com o constante na ata da reunião que culminou na exclusão do autor da condição de “Vice-Patrão” da associação. Corroborando isso, a prova testemunhal foi no sentido de que o autor se negava a debater com os demais membros da administração da associação, de modo a impossibilitar a realização de seu contraditório a partir da sua própria conduta.

Assim conforme a testemunha Gerso Soares dos Santos, ocupante do cargo de “Patrão” da associação ré à época dos fatos, referiu que o Sr. Nicanor era favorável ao fechamento do Centro de Tradições Gaúchas, por ocasião da reunião realizada entre ambos e o comandante do 12º Batalhão da Polícia Militar. Em face da conduta inflexível do demandante, a testemunha comunicou-lhe que iria proceder à sugestão ao Conselho sobre o seu afastamento do mesmo do cargo de “Vice-Patrão”. Em sua motivação para o ato, a testemunha argumentou que o ponto de vista do demandante não se alinhava nem com o seu entendimento, tampouco com os interesses da associação. Observou que o pedido de afastamento foi assentido pelo Conselho de Vaqueanos, acarretando a cassação do mandato do Sr. Nicanor do cargo que então ocupava.

Nesse diapasão, o depoimento da testemunha Astrogézilo Dias de Campos confirmou a ocorrência da referida reunião. Nessa ocasião, foi comunicado ao Sr. Nicanor que seria solicitado o seu afastamento do cargo de “Vice-Patrão”. Em tempo, sublinhou que se tentou inúmeras vezes realizar contato com o demandante a fim de dialogar antes da sua destituição do cargo. Porém, as tentativas restaram ineficazes, uma vez que o próprio Sr. Nicanor se negava a travar um diálogo, permanecendo firme no posicionamento de fechar a associação ré.

Contudo, no entendimento da magistrada relatora, a questionada exclusão ocorreu de roldão, de modo que não se observaram os princípios do contraditório e da ampla defesa, acarretando, enfim, a caracterização do ato ilícito. Seu entendimento foi nesse sentido em razão de dois motivos: em primeiro lugar, aduziu que a convocação realizada se tratou de “chamado abstrato”, o qual não indicava o objeto da reunião, o que impediria o exercício do

contraditório pleno. Em segundo lugar, acerca das referidas negativas do autor em manter contato com os demais membros da associação, referiu que não havia comprovação de que o Sr. Nicanor havia sido comunicado, com antecedência, sobre quais seriam os tópicos das tratativas para as quais fora convocado a participar. Em tempo, não foi comprovado, também, nos autos quanto à oportunidade de defesa concedida ao Sr. Nicanor perante o órgão competente para a análise de sua destituição do cargo (isto é, o “Conselho de Vaqueanos”).

Apesar de ter reconhecido a ocorrência de ato ilícito, entendeu a relatora que não houve caracterização de dano moral, de modo que a destituição do cargo sofrida pelo Sr. Nicanor não lhe causou abalo psíquico, comprovado nos autos e relevante, que justificasse a condenação ao pagamento de indenização a título de dano moral. Em razão disso, desproveu o recurso de apelação.

A magistrada revisora, Desembargadora Marilene Bonzanini, acompanhou o entendimento da Relatora. Contudo, registrou que não observou ocorrência de ato ilícito, uma vez que entendeu que restaram cumpridas as diretrizes da associação no momento da exclusão objeto de controvérsia. Outrossim, referiu que *“a atuação judicial no âmbito associativo é restrita, limitando-se a aferir a observância da forma e o respeito à lei, não lhe competindo definir a respeito de critérios de admissão e exclusão de sócios, desde que não feridos princípios constitucionais”*. Já que, no caso dos autos, foi o próprio autor quem impossibilitou a realização do contraditório (uma vez que deixou de atender aos pedidos de comparecimento às reuniões), foi no sentido de negar provimento ao apelo. O outro magistrado, Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, manifestou sua concordância com o voto da relatora.

No que diz respeito ao tratamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aduziu a Relatora que *“as garantias do Contraditório e da Ampla Defesa são aplicáveis às relações de direito privado, por força do que se convencionou denominar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais”*. Nesse sentido, citou doutrina³³³ e jurisprudência local aplicáveis ao caso.³³⁴ Outrossim, fez menção ao julgado do Supremo Tribunal Federal,³³⁵ o qual, em suas palavras, *“reconheceu que o tratamento diferenciado a empregados por*

³³³ Quanto às obras citadas: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 374-383; STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2004.

³³⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70031218860, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em 10/09/2009; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70028538460, Décima Segunda Câmara Cível, Relatora Judith dos Santos Mottecy, julgado em 02/04/2009.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, data da publicação: 19/12/1997.

empresa multinacional estabelecida no país (Air France), tão somente em razão da nacionalidade, ofende o direito fundamental à igualdade, porque ausente o necessário discrimen". Porém, cumpre dizer que não houve demasiado aprofundamento teórico para além da menção doutrinária e jurisprudencial.

Pertinente ao Agravo de Instrumento nº 70028538460,³³⁶ trata-se de feito oriundo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em suma, a questão tratada no recurso dispõe sobre “suspensão preventiva” – de forma a impedir, ao Sr. Zanini e sua família, de ingressar no clube pelo período de trezentos e sessenta (360) dias –, aplicada a associado de clube desportivo que foi julgada desproporcional, bem como que a esse associado não foi oportunizado o exercício de seu direito de defesa e contraditório em relação à penalidade aplicada.

Na origem, cuida-se de ação cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por Luis Glênio Zanini (o associado suspenso), na qual foi prolatada decisão interlocutória. Essa decisão deferiu a medida pretendida no sentido de suspender a punição aplicada ao autor na condição de associado da entidade ré, de modo a autorizar o demandante e seus familiares a usufruir das dependências do clube réu. Em sua fundamentação, o juízo singular asseverou a presença de verossimilhança das alegações (uma vez que os documentos acostados nos autos não especificavam a aplicação da punição ao Sr. Zanini), bem como o perigo na demora (caracterizado pelo fato de o julgamento ter ocorrido no período de veraneio, ocasião em que o demandante e sua família têm maior interesse em frequentar o clube, de forma que a proibição do réu poderia vir a acarretar prejuízo ao requerente).

Irresignado, o réu, Sociedade Ginástica Navegantes São João, interpôs agravo de instrumento, alegando que a motivação em atos particulares é despicienda, razão pela qual a decisão atacada teria violado o artigo 5º, II, da Constituição Federal, assim como o artigo 57 do Código Civil. Declinou, ainda, que a aplicação da punição ao demandante preencheu o requisito da “justa causa”, haja vista que os documentos comprobatórios juntados nos autos corroboram as denúncias realizadas contra o Sr. Luis Glênio Zanini, no sentido de “*referir que estaria armado*”, assim como “*propagar boatos de que certos associados seriam expulsos e espalhar dossiês com informações sigilosas*”.

A Câmara, ao julgar o recurso, entendeu que a “suspensão preventiva”, inviabilizando a sua permissão para gozar das dependências da entidade ré revelou-se desarrazoada e

³³⁶ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70028538460, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 02/04/2009.

desproporcional como medida sancionatória. Isso porque a intensidade da sanção imposta demonstra-se incongruente com a ausência de especificação suficiente acerca dos fatos (os quais foram alegados de forma vaga, genérica e desprovida de provas contundentes das acusações). Dessa forma, não restou evidenciado nos documentos acostados, de forma idônea para legitimar a sanção, o motivo fático e/ou jurídico justificador da punição ao demandante. Ademais, não há elementos informativos que justifiquem a cominação da punição aplicada (suspensão de 360 dias) a título de “apuração dos fatos”. Outrossim, ao Sr. Luis Glênio Zanini não foi oportunizado o contraditório em relação aos fatos que foram alegados como bastantes para a aplicação da penalidade objeto de insurgência.

Dessa maneira, bem como em conformidade com a redação dos artigos 57 e 58 do Código Civil,³³⁷ impõe-se a manutenção da decisão interlocutória agravada, porquanto ao associado não foi garantido o exercício do direito de defesa perante a punição a que foi submetido, inexistindo “justa causa” para que se procedesse a sua suspensão pelo período de 360 dias. Portanto, à unanimidade, a Câmara negou provimento ao recurso.

Quanto à doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ela foi referida tendo-se em vista a infringência do direito de defesa do associado, de forma a rebater o suposto argumento (do Clube agravante) de que a motivação dos atos emanados de instituições privadas seria desnecessária. Nesse sentido, reafirmou a garantia, a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de oportunidade de manifestação sobre os fatos alegados como justificadores da aplicação da penalidade ao associado suspenso.

Acerca dos Embargos de Declaração nº 70026802520,³³⁸ cuida-se de feito advindo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em síntese, trata-se de julgado localizado pela pesquisa jurisprudencial que, contudo, não será objeto de análise pormenorizada, uma vez que só traz a expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” no bojo de sua ementa. Isso porque a finalidade dos aclaratórios era tão somente o de prequestionar dispositivos constitucionais do julgado *a quo*.

³³⁷ Artigo 57, do Código Civil: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”. Artigo 58, do Código Civil: “Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto”.

³³⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70026802520, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 30/10/2008.

No que pertine à Apelação Cível nº 70024253312,³³⁹ trata-se de feito advindo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em apertada síntese, a questão de fundo dos autos trata de inobservância do devido processo legal e da legislação vigente na aplicação de penalidade, bem como do dever de fundamentação das decisões exaradas por órgão deliberativo de associação. Nesse sentido, aponta-se que, quando da ponderação entre a autonomia da associação e os direitos fundamentais dos associados, deve-se observar o grau de poder social e/ou econômico que a entidade exerce. Nesse sentido, quanto mais expressiva for a hegemonia sócio-econômica exercida pela associação, tanto menor será a discricionariedade de que dispõe para proceder à admissão e/ou exclusão de seus associados. Nessa linha, esse entendimento deve ser utilizado quando da aplicação de sanções, de sorte que a autonomia privada das associações não se presta a justificar arbitrariedades. Por isso, entendeu-se cabível a revisão judicial do ato praticado pela entidade ré, uma vez que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, conforme o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

O recurso julgado se trata de apelação cível interposta por Marcos Rizzon, na ação de nulidade de ato administrativo, ajuizada em face de Jockey Club do Rio Grande Do Sul e Comissão de Corridas do Jockey Club do Rio Grande Do Sul, a fim de reformar a sentença que julgou improcedente o caso. No mérito, o Sr. Marcos Rizzon alegou a necessidade de observância do devido processo legal e o dever de fundamentação das decisões do órgão deliberativo da associação, o qual lhe aplicou a penalidade (a qual não estaria conforme a legislação vigente, motivo pelo qual seria ilegal). Requereu a reforma do julgado.

Por sua vez, a associação ré Jockey Club do Rio Grande do Sul alegou que a decisão foi proferida conforme as disposições do Código Nacional de Corridas. Ainda, aduziu que o artigo 5º, LV, da Constituição não seria aplicável às relações havidas entre particulares, mas apenas naquelas entre o particular e o Estado, bem como que o apelante sequer apresentou recurso administrativo – entendimento esse que foi, inclusive, acolhido pelo juízo singular. Por fim, anotou que o recorrente não interpôs recurso administrativo, assim como não teria sofrido prejuízo.

Em seu voto condutor, a magistrada relatora considerou o fato de que a associação apelada exerce praticamente o monopólio das corridas de cavalos nesta Capital, de modo que a sanção aplicada (cancelamento da matrícula) ao associado apenas se legitimaria caso fosse

³³⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024253312, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 11/09/2008.

observado um procedimento que lhe garantisse o exercício da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a conduta dos organismos sociais não pode se revestir de arbitrariedade. Contudo, sublinhou a magistrada que as referidas garantias constitucionais do recorrente não foram observadas, de forma que a aplicação da penalidade consubstanciou-se em medida arbitrária. Ainda, quanto ao argumento de o apelante não ter sofrido prejuízo ao ter sua matrícula cancelada, a relatora aduz que ele restou impossibilitado de “correr” com seus animais no clube réu.

A referida penalidade tratou-se de cancelamento da matrícula de proprietário (conforme o artigo 18 do Código Nacional de Corridas – CNC) e acarretou a perda do direito de participar dos eventos realizados pela associação ré. Nesse contexto, destaca-se que somente é possível a concessão de nova matrícula depois de decorridos dois anos da aplicação da pena (artigo 189, § 1º, do CNC). Em tempo, é de se salientar que, apesar de o artigo 195 do CNC viabilizar a interposição de recurso em face de decisões emanadas pela Comissão de Corridas, o referido Código não prevê um rito formal que especifique a imposição da penalidade, de forma que há somente a indicação, no artigo 200, de ser assegurado o direito à ampla defesa ao recorrente.

Conforme o voto condutor, a decisão que acarretou o cancelamento de matrícula foi proferida em caráter de urgência, de modo que não levou em conta o exercício da ampla defesa do apelante. Contudo, ocorre que a decisão foi proferida em virtude de suposta “conduta insatisfatória do proprietário” (art. 18, “d”, do Código Nacional de Corridas), situação que não exige deliberação urgente e que afastou o exercício do contraditório pelo associado punido.

Outrossim, analisando-se a decisão que aplicou a punição ao apelante, a Deliberação nº 36-2004/2005, observa-se que a penalidade imputada ao recorrente foi decidida na reunião da Comissão de Corridas realizada em 24/03/2005. Nela, foi referido que as manifestações do Sr. Marcos Rizzon teriam ofendido Diretores da entidade, bem como levantado suspeição quanto ao resultado de páreo organizado pela entidade ré. Em face disso, resolveu a Comissão de Corridas proceder ao cancelamento da matrícula de proprietário de “Studs Flaminter” e “Red White Black Blue”. Entretanto, segundo a argumentação da magistrada, não há referência acerca de eventual instauração de inquérito/sindicância para que a ocorrência dos fatos fosse apurada. Em verdade, a decisão foi tomada naquela reunião, sem que fosse ouvida a parte penalizada. Em tempo, ao invés do que foi afirmado pela entidade ré, o fato de o Sr. Marcos Rizzon não ter oferecido recurso administrativo em face da deliberação tomada pela Comissão de Corridas não traduz a ideia de concordância do recorrente com a decisão que lhe

prejudicou – pelo contrário: seu inconformismo tomou forma no ajuizamento da presente demanda. Por seu turno, é fato inegável que o direito à ampla defesa do apelante restou prejudicado em face da conduta arbitrária tomada pela associação ré.

Da mesma forma, quanto ao argumento de que a penalidade tratar-se-ia de ato *interna corporis* e que, por isso, não poderia ser submetido à análise do Poder Judiciário, conforme o voto condutor, tal argumento não prospera. Isso se dá em virtude da arbitrariedade praticada pela ré, bem como devido ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, o qual fundamenta a revisão judicial de ato que afronta o devido processo legal – aplicável, inclusive, na relação entre particulares).

Por fim, conforme a magistrada relatora, sublinha-se que a associação ré detinha a legitimidade para proceder à aplicação da sanção cabível. Contudo, é imprescindível que seja assegurado, ao associado acusado, o amplo direito de defesa, de modo que decisões arbitrárias são afastadas pelo ordenamento constitucional pátrio. Por isso, à unanimidade, a Câmara deu provimento à apelação, julgando-se procedente a demanda e declarando-se a nulidade da penalidade imposta ao recorrente.

A respeito da abordagem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumpre destacar que o voto condutor realiza elogiável aprofundamento teórico e jurisprudencial. Nesse sentido, inicialmente a magistrada distingue a eficácia vertical da horizontal, bem como aponta que a matéria ainda não se encontra “*devidamente sedimentada no pensamento jurídico tradicional, impondo-se uma análise mais aprofundada do tema*” – é válido destacar que o voto foi proferido no ano de 2008, ou seja, três anos após o julgado paradigmático da lavra do Supremo Tribunal Federal, o “Caso UBC”. Em seu voto, a relatora desenvolve o tema, conforme se observa do trecho seguinte:

“Portanto, encontra-se superada aquela visão de que apenas o Estado pode violar os direitos fundamentais dos cidadãos, isso porque os particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas) também têm ampla aptidão para realizar tal transgressão, razão pela qual sua conduta, igualmente, deve respeitar os direitos fundamentais de terceiros. Entendimento contrário redundaria em autorizar pelos particulares a violação das normas jusfundamentais, o que vai de encontro à finalidade do ordenamento jurídico (pacificar conflitos sociais, defender o cidadão em face dos seus pares)”.³⁴⁰

Em sua linha de argumentação, a magistrada procede à citação de doutrina especializada, nomeadamente a de autoria de SARLET,³⁴¹ VALE³⁴² e do constitucionalista

³⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024253312, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 11/09/2008, p. 5.

³⁴¹ Obra citada: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 337/343.

português CANOTILHO.³⁴³ Outrossim, menciona-se jurisprudência da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.³⁴⁴

Quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o voto condutor fez menção ao Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, julgado em 1996, ocasião em que a Corte reconheceu a imprescindibilidade da observância do devido processo legal e do amplo direito de defesa a fim de se proceder à expulsão de um associado de uma cooperativa.³⁴⁵ Posteriormente, a magistrada relatora fez menção ao Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ (o “Caso UBC”, paradigma deste trabalho), julgado em 2005, ocasião em que os Ministros analisaram a matéria novamente, mas efetivamente enfrentaram diretamente a questão relativa à teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. Um ponto digno de nota: a entidade ré, em sua tese defensiva, colacionou trechos do voto da Relatora Ministra Ellen Gracie, prolatado no julgamento do “Caso UBC”. Ocorre, contudo, que o referido posicionamento restou vencido, de modo que o argumento aventado pelo Jockey Club do Rio Grande do Sul não condiz com o entendimento da maioria dos Ministros da Corte.³⁴⁶

Conforme as considerações da magistrada relatora, referindo-se ao quanto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário supramencionado, “*este voto pode ser considerado como precursor, no direito constitucional brasileiro, da recepção da doutrina alemã da Drittwirkung der Grundrechte (expressão esta que representa a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas)*”. Reiterando as argumentações tecidas no voto referido, aduziu que a autonomia de que goza a associação para se autogerir não é absoluta, apesar de ser resguardada pelo ordenamento constitucional. Isso porque esse direito é limitado por restrições, cujos valores constitucionais envolvidos devem sofrer juízo de ponderação.

Assim, referiu que os direitos fundamentais devem ser observados, sobretudo pelas instituições privadas revestidas por “caráter público” (como, por exemplo, clubes, escolas,

³⁴² Obra citada: VALE, André Rufino do. *Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações Privadas. Direito Público*, vol. 9, jul/ago/set, p. 53-74, 2005.

³⁴³ Obra citada: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 596; 599.

³⁴⁴ Jurisprudência citada: Apelação Cível Nº 70002714095, Décima Câmara Cível, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 31/10/2002; Apelação Cível Nº 70005815204, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, julgado em 16/10/2003.

³⁴⁵ Jurisprudência citada: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 30/04/1996.

³⁴⁶ Jurisprudência citada: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005.

associações). Em suas palavras, nem toda relação entre sujeitos privados estaria ao abrigo dos direitos fundamentais, uma vez que a aferição deve se dar caso a caso, sob pena de macular-se o princípio da autonomia privada. Nesse diapasão, e com base no voto do Ministro Gilmar Mendes, ao se ponderar a autonomia da associação, de um lado, e os direitos fundamentais dos associados, de outro, deve-se considerar a intensidade de poder social e/ou econômico que a instituição privada opera. Dito de outro modo, deve-se analisar se a associação comporta elevado grau de dominação no campo social ou profissional, de modo a infligir, ao associado penalizado, prejuízos econômicos e/ou morais relevantes. Em face disso, frisa-se que a discricionariedade da associação deve ser inversamente proporcional ao poder social que ostenta, isto é, quanto mais hegemônica, tanto menor será seu poder discricionário a respeito de temas como admissão e exclusão de membros de seu quadro associativo. Por fim, é importante destacar que o voto condutor dessa apelação cível mostrou-se exemplar, seja pelo seu aprofundamento dogmático, seja pela menção à jurisprudência pátria e local.

Por derradeiro, no que tange à Apelação Cível nº 70031218860,³⁴⁷ cuida-se de feito advindo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Trata-se de ação de consignação em pagamento, concernente à multa aplicada a condômino em razão de ter infringido deliberações tomadas em assembleia. No caso em tela, Tiago Escher de Borba, autor da infração, teria utilizado área destinada a automóveis de visitantes, não observando as regras constantes no Regimento Interno do Condomínio Riversides. Ocorre que a sanção foi aplicada sem haver notificação da infração cometida, obstando a oportunidade de oferecimento de defesa, dando azo à violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Uma vez julgada procedente a demanda de Tiago Escher de Borba, declarando extinta a obrigação do autor (isto é, a multa), o Condomínio Riversides interpôs apelação, aduzindo que não houve a referida violação de direitos, uma vez que o apelado teria sido devidamente advertido quanto à infração que praticava, de modo que somente foi multado quando ocorreu a reincidência do ato. Ademais, alegou que o demandante inclusive contestou a advertência. Por fim, aduziu que não isentaria o infrator o mero fato de não constar na advertência que a persistência do ato acarretaria a multa.

Em suma, em sede de sentença (e, posteriormente, reiterado em acórdão), foram alegados quatro motivos para fundamentar a decisão favorável ao demandante: (a) que o

³⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70031218860, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em 10/09/2009.

documento juntado nos autos enviado pelo Condomínio aos seus moradores se tratava de um “informativo geral”, e não de uma advertência individualizada endereçada ao demandante, o que acarretaria a ausência de advertência. A ausência de advertência, por si só, impediria a imputação de multa, mas, conforme o juízo, ocorreram outras irregularidades formais; (b) dentre essas irregularidades, alega-se que só poderia haver cobrança de multa havendo reincidência; uma vez que não houve advertência quanto à “incidência”, não se pode afirmar, logicamente, que houve “reincidência”; (c) a infração foi comprovada por meio de declaração do demandante; porém, alega-se que “o autor nunca deixou o carro lá por mais de uma ou duas horas” (e seria a partir dessa confissão do autor que deveria haver a notificação de infração); e, por fim, (d) no caso em tela, não se trata de avaliar se a infração foi cometida ou não pelo autor – uma vez que restou comprovada – mas, sim, de atentar ao fato de que o procedimento previsto no Regimento Interno não foi observado.

Ademais, ratificando os argumentos, o voto condutor acrescentou seu entendimento quanto ao “informativo geral”, aduzindo que este teria caráter geral e impessoal, endereçado a todos os condôminos para que não usassem os boxes destinados a visitantes. Outrossim, afirma que *“o artigo 44 do Regimento Interno do Condomínio, juntado aos autos, estabelece a necessidade de prévia “advertência escrita ao infrator” (a qual tem, no caso, a natureza de efetiva “pena”, segundo dispõe o art. 47 do mesmo Regimento), e tão-somente na eventual reincidência é que a multa será aplicada”*. Entretanto, conforme o entendimento do relator, o documento “informativo geral” não pode ser considerado como advertência, bem como o questionamento formulado pelo demandante, no verso do referido “informativo” não se traduziria numa confissão. Por outro lado, entendeu que houve frontal desrespeito ao artigo 47 do Regimento Interno, o qual prevê o quanto segue: *“Art. 47- Tanto da pena de advertência escrita, quanto da multa, caberá recurso escrito, com efeito suspensivo, ao Conselho Consultivo, a ser oferecido no prazo de CINCO DIAS da notificação”*. Entretanto, aduz que não houve a notificação a que se refere esse comando normativo, de modo a impossibilitar o exercício da ampla defesa do condômino. Portanto, reconheceu o desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Nesses termos, a Câmara acompanhou o voto condutor e, à unanimidade, negou provimento à apelação.

Acerca da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao caso em tela, observa-se que há o conflito de liberdades do condômino que usa indevidamente determinado espaço em face da liberdade dos demais condôminos, que restam impedidos de usar esse espaço destinado ao uso comum (especialmente destinado a visitas de todos os moradores). Contudo, apesar de a decisão analisada considerar que, de fato, o autor descumpriu a regra, o

Condomínio não teria se desincumbido da tarefa de cumprir o procedimento previsto em seu próprio Regimento Interno. Assim, o acórdão entendeu que houve a violação de direitos fundamentais do autor, de modo que deveria ser extinta a multa – em que pese cabível – indevidamente aplicada. Em sua argumentação, referiu-se o “Caso UBC” (Recurso Extraordinário nº 201.819-8), tratando da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.³⁴⁸ Assim, nas palavras do voto condutor:

“Não se está aqui negando que o autor tenha cometido a infração, mas concretizando a necessária ampliação da eficácia dos direitos fundamentais (no caso, a já referida ampla defesa e o contraditório) às relações privadas (relação jurídica estabelecida entre o Condomínio e os condôminos). De há muito que não mais se sustenta a idéia de que os direitos fundamentais têm apenas a função de proteger o indivíduo das ações estatais, havendo ampliação do seu sentido, para compreendê-los também como instrumentos de controle da própria autonomia privada (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).³⁴⁹

Outrossim, referiu a sua função de “controle da autonomia privada”, assim como a ideia de que os direitos fundamentais não são mais tão somente oponíveis perante o Estado, mas também em face de particulares.

2.2.3.2 Decisões sobre discriminação sexual

Por sua vez, o tema da discriminação sexual foi objeto de duas (2) lides. Primeiramente, acerca da Apelação Cível nº 70068327774,³⁵⁰ trata-se de lide advinda da comarca de Canela e julgada, em segunda instância, pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em suma, a questão de fundo dos autos versa sobre pedido indenizatório formulado por Rafael Conte Correa, autodeclarado transgênero,³⁵¹ em face do Hospital de Caridade de Canela, em virtude de ter sofrido discriminação por conta das roupas que trajava (femininas), motivo pelo qual lhe foi negado atendimento médico.

³⁴⁸ Nesse sentido, o excerto que segue, extraído do próprio julgado: “Desponta, nessa esteira, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como expressão de determinados valores que o Estado deve respeitar e, também, promover e zelar pelo seu respeito, por meio de uma postura ativa de proteção global dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70031218860, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em 10/09/2009, p. 6.)

³⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70031218860, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em 10/09/2009, p. 6.

³⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70068327774, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, julgado em 26/10/2017.

³⁵¹ No relatório, fala-se que a autora é “homossexual e travesti”, em que pese os termos “transgênero”, “homossexual” e “travesti” não sejam sinônimos. Desse modo, aponta-se que a decisão incorre em imprecisões terminológicas.

Na origem, na ação indenizatória proposta pela autora Rafael,³⁵² é alegado que procurou ser atendida junto à ré em razão de ter sentido mal-estar, em 07 de janeiro de 2011. Em seu relato, apontou que obteve a negação do atendimento porque utilizava trajes “identificados como femininos”, motivo pelo qual foi destratada e expulsa do recinto pelos prepostos do réu. Na situação, apontou que a preposta do réu, Emília Guedes Fulcher, “*teria feito um escândalo pelo fato de o autor estar vestido de forma feminina, e o teria mandado embora, dizendo que o Hospital não atenderia aquele tipo de pessoa e caso não se retirasse, chamaria os seguranças e a polícia*”. Em face disso, aduziu que teve de retornar para sua residência, trocar de vestimenta para dirigir-se novamente ao hospital – agora, com vestes caracterizadas como “masculinas”: uma calça e blusão. Mesmo assim, alegou que a preposta teria ordenado “*que fossem canceladas as fichas tanto do autor quanto de seu companheiro [que também buscara atendimento médico], e que teria dito que o autor não era pessoa de bem*”. Aduziu que a discriminação sofrida, em virtude de sua opção sexual, provocou-lhe relevante abalo emocional e moral.

Em sede de instrução, foram colhidos os testemunhos de duas prepostas do hospital. Outrossim, o réu pediu a denunciação à lide de Emília Guedes Fulcher, responsável pelas ofensas alegadas pela autora, mas o pedido foi indeferido. O feito foi sentenciado procedente, de modo que o Hospital de Caridade Canela foi condenado ao pagamento de indenização no montante de R\$30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais.

Irresignado, o réu ofereceu apelação, discorrendo sobre a ausência de comprovação dos fatos e a conseqüente inexistência do dever de indenizar; subsidiariamente, defendeu a redução do *quantum* indenizatório. O Ministério Público opinou pelo conhecimento e pelo parcial provimento do apelo. A Décima Câmara Cível, em sede de acórdão, deu parcial provimento à apelação apenas para conceder o benefício da gratuidade judiciária ao réu, mantendo o valor da condenação, considerando “*a gravidade do ato ilícito praticado contra o demandante, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes*”.

No que diz com a questão de fundo dos autos, ao ratificar a sentença, a Câmara entendeu que o Hospital réu deveria responder objetivamente pelos danos causados a seus pacientes, forte no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Em sua fundamentação, cita os artigos 1º e 3º da Constituição Federal, referindo a cláusula geral de proteção da

³⁵² Em que pese o prenome da pessoa proponente da ação seja “Rafael”, respeita-se a sua orientação sexual, de modo que, a partir daqui, designar-se-á a autora pelo pronome feminino – apesar disso não ter sido observado pela decisão ora analisada.

personalidade e o respeito à dignidade da pessoa humana, sublinhando, dentre os objetivos fundamentais da República, a vedação da discriminação em virtude de “*origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Outrossim, referiu o artigo 5º da Magna Carta, apontando como garantias fundamentais a “*inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, assegurando a reparação na hipótese de violação*”. Dessa forma, argumentou que “*a aversão à manifestação da orientação sexual e da identidade de gênero conflita com o ordenamento jurídico porquanto essa condição reveste-se de atributo da personalidade*”, de forma que restou caracterizado ato discriminatório e preconceituoso.

Para fins de argumentação, o Relator menciona julgados da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tratam de condutas discriminatórias (casos em que houve discriminação em casa noturna, durante atendimento de loja ou mesmo em jornada de trabalho em repartição pública e quando uma travesti foi discriminada em atendimento em posto de saúde ³⁵³). Por oportuno, o Relator também faz menção ao trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário nº 845.779, a respeito da paridade de tratamento de transexuais conforme a sua identidade social e a realidade por eles enfrentada.

Ademais, o ato de expulsão da autora da demanda do recinto hospitalar, em razão de suas vestes, não apenas foi discriminatório, como também consubstanciou recusa de atendimento médico. Nesse sentido, conforme o julgado, “*o direito à saúde não permite a um*

³⁵³ Respectivamente: “Responsabilidade civil do fornecedor por atos discriminatórios de seus prepostos a consumidora transgênero. A responsabilidade do réu, como fornecedor de serviços, é objetiva, bastando a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Caso dos autos em que restou demonstrada a lamentável postura do estabelecimento réu frente à cliente transgênero em festa que promovia, ofendendo-a e humilhando-a em razão de sua identidade de gênero”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70072252539, Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, julgado em 19/04/2017) “Excesso de linguagem do preposto da empresa evidenciado pela prova testemunhal, a qual confirma ter sido a consumidora vítima de xingamento, em razão de sua orientação sexual, no interior da loja da ré, quando compareceu para buscar informações sobre o plano de internet contratado”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70059733600, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em 20/11/2014) “Conjunto probatório que revela, à saciedade, foram os autores submetidos de forma sistemática e reiterada, por largo período de tempo, a situação humilhante, vexatória e profundamente constrangedora em o seu ambiente laboral, vitimados por atos de perseguição e discriminação, inclusive em virtude de orientação sexual, encetados por superiores hierárquicos. DANOS MORAIS IN RE IPSA. Situação concreta em que o assédio moral no ambiente de trabalho atingiu o direito à dignidade e a integridade psíquica dos lesados. Disso resulta o dever de indenizar do ente público”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70056565740, Nona Câmara Cível, Miguel Ângelo da Silva, julgado em 29/10/2014) “Comprovando a prova testemunhal que o demandante foi vítima de discriminação por ser travesti ao ser atendido em posto de saúde, sofrendo constrangimento diante de outras pessoas, impõe-se o dever de indenizar por danos morais”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70025273111, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, julgado em 03/09/2008)

estabelecimento hospitalar recusar atendimento a enfermo sob nenhuma justificativa, seja qual for a aparência, biotipo, condição sexual, credo, cor, raça, etnia ou qualquer outro segmento identificador de um grupo social ou característica individual". Portanto, tão somente a negativa de atendimento configuraria dano indenizável. Por fim, a Câmara, por unanimidade, manteve a sentença, apenas provendo o recurso de apelação do Hospital réu para conceder-lhe a benesse da gratuidade judiciária.

Acerca da abordagem da eficácia horizontal, cumpre dizer que ela foi apenas citada na ementa do julgado e de forma superficial no corpo do voto do relator. Em suas palavras: “[...] *a matéria debatida nos autos reclama atenção sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa perspectiva concede a aplicação de direitos de elevada importância nas relações entre particulares, não apenas perante o Estado*”. Portanto, é referido apenas o conceito da doutrina, não se desenvolvendo nenhum aprofundamento doutrinário acerca do tema.

No que tange ao Recurso Inominado nº 71003654670,³⁵⁴ trata-se de lide submetida ao crivo do Juizado Especial Cível, oriundo da comarca de Santa Maria e julgado, em segunda instância, pela Terceira Turma Recursal Cível.

Conforme se extrai do julgado, Juliana de Azambuja Penalva (autora e recorrente) alegou ter sofrido danos morais em razão da resposta negativa que recebeu ao ter solicitado sua inclusão como dependente no quadro de sócios do clube em virtude de sua condição de homossexual.

Por sua vez, a negativa por parte dos recorridos (Clube Recreativo Dores e Mafre Seguros) teria se dado em razão de a autora não ter se desincumbido do ônus de cumprir o Estatuto Social, que previa que, para a admissão de dependente (cônjuge ou companheiro) de associado titular, seria necessário que fossem observadas as regras e os meios de prova inculpidos no Código Civil. Nesse sentido, entendeu a Turma que o indeferimento de solicitação de associação foi lícito, haja vista que não foi apresentado contrato de união estável, nem provas outras, e respeitados os regramentos estatutários do demandado. Argumenta, outrossim, que, no momento da ocorrência dos fatos, já havia sido emitido o Provimento Administrativo de nº 06/2004, emanado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, o qual estabelecia a “possibilidade de se registrar e documentar a união estável, mesmo entre pessoas do mesmo sexo”; contudo, a autora não teria observado essa

³⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71003654670, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, julgado em 12/07/2012.

normativa. Fundamenta que, uma vez que a autora não se desincumbiu de seu ônus de fazer prova da união estável para a finalidade de comprovar a situação de dependente de seu companheiro, a negativa da parte ré seria conforme as normas do Código Civil. Aduz que não há provas, no caderno probatório dos autos, que demonstrem submissão da demandante a situação constrangedora e humilhante. Portanto, a Turma Recursal manteve a sentença por seus próprios fundamentos.

Acerca da abordagem da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumpre dizer que, nesse caso, ela apenas foi citada na ementa do julgado. Nesse sentido, devido à natureza dos julgados oriundos de Turmas Recursais (as quais não trazem relatório no bojo da decisão, se propondo a uma celeridade peculiar aos Juizados Especiais Cíveis, conforme a Lei nº 9099, de 1995), apesar de mencionada, a doutrina não é problematizada, de modo que sequer se menciona eventual vertente aplicável. Portanto, a eficácia horizontal é apenas mencionada para se refutar a sua aplicação, sem se aprofundar o debate do porquê foi afastada; a linha de argumentação se restringe à ideia de o caso reclamar a aplicação tão somente da legislação civil, bem como a observância do Provimento Administrativo exarado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Observa-se que, apesar de o caso trazer em seu bojo a discussão sobre direito de associação, optou-se por agrupá-lo na categoria “discriminação sexual”, uma vez que a linha de argumentação do próprio julgado é no sentido de negar que ela tenha ocorrido, restringindo o ponto controverso dos autos à mera questão probatória – que, conforme a Turma recursal, não foi vencida pela demandante.

2.2.3.3 Julgados acerca de suspensão unilateral de fornecimento de serviços

Nos restantes 2 (dois) acórdãos, foram tratados outros temas, como suspensão unilateral e a negativa de prestação de serviço.

Em primeiro lugar, a respeito da Apelação Cível nº 70059309872,³⁵⁵ trata-se de feito oriundo da comarca de Porto Alegre e julgado, em segunda instância, pela Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sinteticamente, a questão discutida nos autos cinge à impossibilidade de o autor fazer recurso da prova realizada, uma

³⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70059309872, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 09/09/2015.

vez que não tinha acesso ao caderno de questões, de forma a violar o direito de defesa e de acesso à informação do demandante.

Na origem, informou o demandante, Renan Adaime Duarte, que prestou concurso, em 14 de abril de 2013, para o cargo de “Agente Autônomo de Investimentos e Empregados das Instituições Financeiras”, em virtude do Edital 01/2013, publicado pela corré ANCORD, cujas provas foram realizadas pela também ré Fundação Carlos Chagas. Na data de 24 de abril daquele ano, divulgou-se o gabarito e abriu-se prazo recursal de 48 horas, conforme o edital. Renan Duarte não restou classificado; ao tentar fazer seu recurso, deparou-se com a negativa por parte das rés em fornecer o caderno de questões, impedindo-o de analisá-las para proceder à eventual interposição de recurso. Assim, intentando que lhe fosse dado o direito pleno ao recurso, ingressou com a ação pedindo a condenação das rés na obrigação de fazer, isto é, que disponibilizassem o caderno de questões nos autos, assim como que fosse reaberto o prazo de dois dias úteis para a interposição do recurso.

Em contestação, a ré Fundação Carlos Chagas argumentou três pontos: (a) que estava previsto no edital o não fornecimento dos cadernos de questões, sendo que esse ponto não foi impugnado em momento oportuno; (b) que se impunha o cumprimento estrito das normas editalícias que regem os certames públicos; bem como (c) que outros candidatos interpuseram recursos administrativos, ainda que sem possuir o caderno de questões. A corré ANCORD teceu linha argumentativa semelhante. Contudo, a sentença prolatada foi no sentido de julgar procedente a demanda.

Em suas razões, o juízo esclareceu que, conforme as próprias rés, o procedimento correto para a feitura do recurso estaria exposto no sítio virtual da Fundação Carlos Chagas; porém, ao ingressar-se no endereço eletrônico, o arquivo referente ao documento da prova realizada não estaria disponível. Portanto, o acesso ao caderno de provas restava impossibilitado. Quanto ao argumento de que as impugnações ao edital deveriam ser feitas no momento oportuno, pontuou que tal não poderia servir de justificativa para impossibilitar a realização de recurso cabível formulado por um candidato. Por fim, observou que as rés não se desincumbiram do ônus de provar, nos autos, que outros candidatos tivessem obtido êxito ao fazer recurso. Condenou as rés a juntarem aos autos o caderno de questões, oportunizando ao demandante a reabertura do prazo de 48 horas para a interposição de recurso.

Irresignada, a ré Fundação Carlos Chagas interpôs recurso de apelação, retomando o argumento da não impugnação prévia da norma editalícia que dispõe sobre o não fornecimento dos cadernos, de modo que essa regra passaria, portanto, a prevalecer definitivamente para todos os candidatos do concurso em tela. Reafirmou que as normas de

certames públicos devem ser cumpridas com rigor. Por seu turno, o autor também apelou, apenas para pedir a majoração da verba honorária. Seguindo o voto condutor do relator, a Câmara entendeu pelo desprovimento da apelação da ré e pelo provimento da apelação do autor para majorar a verba honorária.

Em sua argumentação, o voto do relator apontou que, por analogia, os princípios aplicáveis aos concursos públicos deveriam ser observados no concurso público objeto dos autos, em virtude da observância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Aduziu que a não disponibilização, por parte das rés, do caderno de questões ao autor acarretou a violação de seu direito de defesa e de acesso à informação. Isso porque, sem que pudesse proceder à análise das questões e das respostas consideradas corretas, seria impossível ao autor elaborar o recurso cabível. Outrossim, reiterou o argumento tecido pela magistrada *a quo*, no sentido de não existir prova, nos autos, da disponibilização do caderno de provas no sítio virtual da ré Fundação Carlos Chagas no momento da abertura do prazo para recurso. Por fim, aduziu que não seria plausível se exigir do candidato que este procedesse à impugnação da norma editalícia de nº 20 durante o período da inscrição.

Especificamente quanto à abordagem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, justifica-se a ocorrência de violação do direito à ampla defesa e de acesso à informação do demandante, abordando-se, para tanto, a *constitucionalização do direito civil*. Contudo, a abordagem realizada não se mostra demasiadamente aprofundada. Nas palavras do relator:

“[...] o processo de constitucionalização do direito civil, ocorrido com a Constituição Democrática de 1988, impõe leitura dos institutos de direito civil conforme os direitos fundamentais constitucionais, cuja eficácia horizontal se impõe tanto às relações de direito público quanto às relações de direito privado”.³⁵⁶

Nesse sentido, no voto do relator é citada doutrina,³⁵⁷ bem como jurisprudência da lavra do mesmo Tribunal de Justiça – sublinha-se que, no julgado³⁵⁸ citado no corpo da

³⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70059309872, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 09/09/2015, p. 5.

³⁵⁷ A obra referenciada é “SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 378-379”. Nesse diapasão, frisa-se o trecho citado no acórdão: “Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares”. (*Ibidem apud* RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70059309872, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 09/09/2015, p. 6).

³⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70054559216, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, julgado em 11/12/2013.

decisão, consta a expressão “*aplicação horizontal* dos direitos fundamentais à informação”. Ademais, percebe-se que, no acórdão ora objeto de análise, consta o termo “*eficácia horizontal dos princípios fundamentais*”. A partir desses dois exemplos, observa-se a falta de uniformidade no uso terminológico para se referir ao mesmo objeto, conforme se apontou no início deste subitem.

A respeito da Apelação Cível nº 70047908090,³⁵⁹ trata-se de processo com origem na comarca de Carazinho e julgado, em segunda instância, pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em síntese, a questão de fundo dos autos versa sobre interrupção sumária e unilateral do fornecimento de serviços contratados.

Originariamente, Taíse Lediane Petry da Cruz ingressou com ação judicial em que pedia a condenação da obrigação de fazer – consubstanciada no restabelecimento do fornecimento dos serviços telefônicos e de *internet* contratados junto às rés (Claro S/A e a representante da concessionária de serviços, Aline M. Auler & Cia. Ltda.) –, cumulada com pedido indenizatório em virtude de danos morais alegadamente sofridos. Conforme a demandante, houve a contratação dos serviços em 12 de julho de 2010. Contudo, após passados sete dias, ocorreu a suspensão dos serviços durante os 88 (oitenta e oito) dias subsequentes, sem que houvesse justificativa ou aviso prévio. Ademais, o voto da relatora sublinhou o fato de a demandante ter realizado vários contatos com as fornecedoras do serviço, inclusive com intermediação do PROCON, sem, contudo, obter qualquer êxito no retorno do fornecimento dos serviços contratados.

O feito foi sentenciado procedente, determinando-se o restabelecimento do fornecimento dos serviços, bem como condenando as rés ao pagamento de danos morais. Diante disso, essas se insurgiram em apelação. Por fim, a Câmara deu-lhes parcial provimento, apenas para fins de minoração do *quantum* indenizatório (de R\$7.000,00 – sete mil reais – para R\$3.000,00 – três mil reais), em razão de o ato ilícito ter sido considerado de gravidade inferior em comparação com outros casos assemelhados.

Em sua argumentação, a magistrada relatora apontou a ilicitude da conduta das rés em virtude de violação ao dever de informação, decorrente da boa-fé objetiva, ao terem procedido à suspensão do fornecimento dos serviços. Aduziu, outrossim, que a inobservância do dever de informação consubstancia inadimplemento contratual. Nesse sentido, alegou que a “*suspensão sumária e unilateral ofende, igualmente, o Contraditório e a Ampla Defesa,*

³⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70047908090, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 18/07/2012.

aplicáveis às relações de direito privado por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, citando jurisprudência da lavra do Supremo Tribunal Federal, na forma do Recurso Extraordinário nº161.243, de relatoria do Ministro Carlos Velloso – caso “Air France”.

Dessa forma, importa salientar que a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi tão somente apontada, nesse acórdão, para sinalizar a violação aos direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa, sem aprofundar a análise, sequer explicitar qual corrente doutrinária deveria ser aplicada. Na verdade, no julgado em tela, foram aplicadas as regras do direito do consumidor, quanto à conformação da relação jurídica, bem como acerca da solidariedade de ambas as rés, e do direito civil, a respeito da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito extracontratual.

Outrossim, é válido destacar que o julgado do Supremo Tribunal Federal apenas foi apontado, sem sequer se explicitar o porquê de sua escolha (ademais, vale dizer que poderia ter sido sublinhado o “caso UBC”, o qual melhor desenvolve a doutrina da eficácia horizontal no âmbito da jurisprudência pátria, considerado paradigma para este trabalho).

2.3 Conclusões parciais

Dessa forma, nesse capítulo foi trazido, inicialmente, um aparato histórico para introduzir a pesquisa empírica feita junto aos tribunais pátrios. Assim, percorreu-se por importantes decisões judiciais alemãs, bem como por julgados da lavra do Supremo Tribunal Federal que foram prolatadas antes do caso paradigma União Brasileira de Compositores.

Na sequência, apresentou-se a pesquisa realizada junto às Cortes Superiores e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujas decisões foram separadas em grupos de casos. Nesses julgados, observou-se que as vertentes da eficácia horizontal pouco foram discriminadas – em alguns casos, sequer aprofundadas, conforme demonstraram os resultados encontrados.

De fato, partindo-se da pesquisa realizada, conclui-se que a vertente mais aplicada pelos tribunais pátrios vem sendo a da eficácia imediata, haja vista que os juízes fazem referência, com frequência, ao precedente do “caso União Brasileira de Compositores” no bojo da argumentação de suas decisões. Entretanto, na maior parte dos julgados abrangidos pela pesquisa, constatou-se que houve pouco ou nenhum posicionamento, de forma que se entende o uso da doutrina da eficácia horizontal como mero recurso argumentativo, o qual muitas vezes nem figura como razão de decidir da decisão.

Ademais, é importante ressaltar o fato de que, no contexto da decisão “União Brasileira de Compositores”, o Supremo Tribunal Federal não explicitou orientações claras quanto à aplicabilidade da *Drittwirkung*, o que, entende-se, é criticável – levando-se em conta a sua função uniformizadora da interpretação do direito.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, tratou-se da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua receptividade e aplicabilidade na jurisprudência pátria. No primeiro capítulo, apresentou-se uma abordagem dogmática, partindo-se da definição de direitos humanos, chegando-se à delimitação conceitual de direitos fundamentais para, finalmente, tratar-se da eficácia horizontal. Então, foram apresentadas as suas vertentes doutrinárias mais expressivas.

Já no segundo capítulo, procedeu-se ao teste empírico a fim de se compreender de que forma a doutrina vem sendo efetivamente aplicada pelos tribunais brasileiros. Nesse sentido, inicialmente foi trazido um aparato histórico, observando-se determinados julgados expressivos da lavra do Tribunal Constitucional Federal alemão, bem como de alguns casos brasileiros levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em que se teceu considerações embrionárias quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais – sem, contudo, frontalmente enfrentá-la.

Finda essa introdução quanto às origens da aplicabilidade da doutrina, apresentou-se a pesquisa empírica feita junto aos tribunais brasileiros. Nessa toada, utilizando-se como parâmetro temporal, partiu-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8 (caso União Brasileira de Compositores), o qual foi pioneiro na abordagem da doutrina. Reitera-se, aqui, os objetivos do trabalho, quais sejam, (a) proceder-se à abordagem do conceito e das vertentes da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para, enfim, (b) analisar a sua aplicação por tribunais brasileiros a partir de sua recepção no Brasil, que se deu expressamente por meio do julgamento do “caso UBC”. Nesse sentido, procurou-se trazer, por meio da pesquisa empírica, uma abordagem crítica de como os magistrados vêm interpretando as demandas que lhes são submetidas à luz dessa doutrina.

Nessa toada, buscou-se constatar, quanto à aplicação das correntes da eficácia horizontal, se elas vinham sendo (i) indistintamente aplicadas pelos tribunais pátrios ou (ii) se a jurisprudência se posicionou por uma vertente em específico quando da prolação de suas decisões. Para responder a esse questionamento, pesquisou-se sobre a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e, por fim, ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Primeiramente, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o caso paradigma “União Brasileira de Compositores”, titubeou quanto à eleição de uma das teorias da *Drittwirkung* para aplicar ao caso sob júdice. Nesse contexto, de acordo com o voto do

relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes, foi aplicado ao caso a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em sua vertente imediata, em que pese a *fundamentação* do voto tenha se sustentado, sobretudo, no caráter público da instituição. Essa argumentação direciona-se no sentido da doutrina *state action*, especificamente se referindo aos “*public function cases*” (em que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais só ocorre se, e somente se, esses sujeitos desempenharem funções que, na verdade, incumbiriam ao Estado a sua realização). Portanto, constatou-se que uma corrente foi expressamente aplicada, em que pese a fundamentação preponderante tenha se apoiado em outra vertente, a qual, inclusive, advém de outra tradição jurídica (a primeira, de origem germânica; a segunda, estadunidense).

Contudo, não se olvida o fato de o próprio Ministro haver esclarecido, em seu voto, sua posição quanto à ideia de que é mais importante aplicar a eficácia horizontal do que se eleger qual vertente deva ser efetivamente acolhida. Outrossim, conforme já referido neste estudo, há autores que alegam que a escolha de uma corrente específica seja talvez despicienda, uma vez que a resolução final do litígio será a mesma, independentemente da corrente a ser aplicada.

No que diz respeito aos demais tribunais (Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), a pesquisa realizada demonstrou que os tribunais referidos não tecem demoradas considerações acerca da eficácia horizontal. Na verdade, a partir da análise dos julgados selecionados, pode-se concluir que a corrente mais aplicada é a da eficácia imediata, uma vez que os magistrados citam o precedente do “caso União Brasileira de Compositores” no bojo da argumentação de suas decisões.

Contudo, na maioria das vezes, há pouco ou nenhum posicionamento nos julgados, de modo que, muitas vezes, a referida teoria é colacionada nos votos dos magistrados, *data venia*, como mero recurso retórico. Isso porque, conforme demonstrado neste estudo, na maioria dos casos, não se adentra demasiadamente no mérito da doutrina da *Drittwirkung*, nem se questiona sob qual modalidade ela deva ser aplicada.

Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao realizá-lo, não mais fazem do que meramente mimetizar a postura dúbia adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso paradigmático. Nessa oportunidade, apesar de ter enfrentado o tema quando provocada, a Suprema Corte não demonstrou diretrizes sobre como aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Parece-nos, com a devida licença, que o voto trouxe alguma confusão dogmática, uma vez que se nota a hibridização do entendimento doutrinário entre as duas correntes citadas. De certa forma, observa-se com

certo pesar o ocorrido, haja vista a relevância desse precedente enquanto caso paradigma e inaugural da discussão doutrinária no Brasil.

Por fim, rememorando os dizeres do doutrinador Robert Alexy, se já é assente que a doutrina da *Drittwirkung* é efetivamente aplicável, mas o que se questiona é “*como*” e “*em que medida*” deve sê-lo, nesse caso, parece-nos que o Supremo Tribunal Federal se omitiu em esclarecer isso à magistratura brasileira, considerando-se o fato de ser sua incumbência alinhavar diretrizes jurisprudenciais, de forma a uniformizá-las, para bem guiar a aplicação do direito nos Tribunais inferiores hierarquicamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e artigos acadêmicos:

ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: _____, **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 93-104, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. In: _____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. O conceito de pessoa e a autonomia de Data (ou sobre a medida da humanidade). **Artigo submetido para revista científica. No prelo**.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

COLLINS, Hugh. On the (in) compatibility of human rights discourse and private law. **Constitutionalization of European private law**. OUP, Oxford, p. 26-58, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Dados Estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACÓ JUNIOR, João Alberto. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. **Revista de Direito da FAT**, v. XI, p. 1, 2014.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, vol. 1, n. 1, p. 113-122, 2000.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., v. 4, Lisboa: Coimbra, 2000.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: v.1, t.2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2006.

SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo: José Roberto Ludwig. In: Heck, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: extractos de las sentencias más relevantes**. 2. ed., Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82, p. 41-52, abr. 1987.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

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

TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 3, n. 2, p. 93 – 128, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

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

VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set., 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Jurisprudência citada:

ALEMANHA. BverfGE [*Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão)] 7, 198. *Lüth-Urteil* (Sentença Lüth). Decisão do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1958.

ALEMANHA. BverfGE 24, 236. *Aktion Rumpelkammer* ("Campanha Quarto de Despejo"). Decisão do Primeiro Senado de 16 de outubro de 1968.

ALEMANHA. BverfGE 25, 256. *Semanário Blinkfüer*. Decisão do Primeiro Senado de 26 de fevereiro de 1969.

Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo interno no Recurso Extraordinário nº 1.008.625, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, data da publicação: 19/04/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331 (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, data da publicação: 13/11/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618 (Repercussão Geral), Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, divulgado em 10/11/2017, publicado em 13/11/2017.

Superior Tribunal de Justiça

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 425.730, Decisão monocrática, Relator Ministro Og Fernandes, data da publicação: 10/12/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.179.259 - MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, data da publicação: 24/05/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 330.494 - SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, data da publicação: 05/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.365.279/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, data da publicação: 29/09/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.280.871 - SP, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.439.163 - SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, data da publicação: 22/05/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.919 - MT, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2016, data da publicação: 18/08/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.687.187, Decisão monocrática, Relator Ministro Moura Ribeiro, data da publicação: 21/08/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.676.039, Decisão monocrática, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, data da publicação: 27/06/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.566.062/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70026746057, Segunda Câmara Especial Cível, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, julgado em 29/04/2009.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70059309872, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 09/09/2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70067767772, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 10/03/2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70068358837, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 31/03/2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70051823490, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 14/03/2013.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70046236071, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julgado em 05/12/2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048182042, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 18/07/2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70028538460, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 02/04/2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70026802520, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 30/10/2008.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024253312, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 11/09/2008.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70031218860, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, julgado em 10/09/2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70068327774, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, julgado em 26/10/2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71003654670, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, julgado em 12/07/2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70047908090, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 18/07/2012.