UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

EWERTON MEIRELIS GONÇALVES

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO

FRANCA
2013

EWERTON MEIRELIS GONÇALVES

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antonio Soares Hentz

FRANCA

2013

Gonçalves, Ewerton Meirelis
Direitos e garantias fundamentais no direito societário/Ewerton Meirelis Gonçalves. – Franca : [s.n.], 2013
141 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador: Luiz Antonio Soares Hentz

1. Direito comercial – Brasil. 2. Acionistas minoritários. 3. Sociedades comerciais. 4. Sociedades por ações. 5. Empresas Comerciais – Brasil. I. Título.

CDD – 342.22

EWERTON MEIRELIS GONÇALVES

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Luiz Antônio Soares Hentz

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____de _____ de 2013.

À Lígia, inspiradora e incentivadora em tudo que faço. Aos meus filhos Rafael, Clara e Carolina, que me fazem tentar ir um pouco além da minha modesta capacidade.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Luiz Antonio Soares Hentz, homem que alcançou grau de excelência em tudo que fez e faz. Mestre dedicado, procurou guiar-me com paciência, prontidão e competência extremada.

Aos Profs. Drs. Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Gustavo Saad Diniz, os quais, de maneira extremamente gentil, participaram de minha banca de qualificação, trazendo contribuições valiosíssimas para o trabalho.

Aos meus pais, Marcos e Euripedas, aos meus irmãos Alex e Érika e à minha avó Geracina.

Aos amigos e companheiros do fórum Dr. Renê José Abrahão Strang, Paula Regina Santos Nogueira e Rosana Aparecida Roque, pelo auxílio inestimável, quando minha ausência foi imprescindível.

Ao Dr. Leandro Guitarrara Bozolla e a Neliane Pereira do Carmo pelas cultas e precisas contribuições .

À querida cunhada Irma Helena Ferreira Bonfim, orientadora no “pré”-mestrado e incentivadora desde sempre.

E a Deus, não porque Ele necessite do meu agradecimento, mas porque eu necessito agradecer.

GONÇALVES, Ewerton Meirelis. **Direitos e garantias fundamentais no direito societário.** 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2013.

RESUMO

O estudo tem início com a historicidade e desenvolvimento dos direitos fundamentais, bem assim sua crescente importância nos sistemas jurídicos atuais. Em seguida, analisa-se a moderna tendência de constitucionalização do direito privado, em especial a análise da eficácia dos direitos fundamentais junto aos particulares. Pretende-se aferir o estágio atual da discussão doutrinária, demonstrar o entendimento da jurisprudência brasileira quanto à admissibilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados e sobretudo oferecer parâmetros para aferir a exata medida desta eficácia. A partir deste ponto, indaga-se de que forma dita eficácia pode alterar a atuação das sociedades empresárias nas relações entre si, nas relações entre sociedade e sócio e naquelas firmadas entre os próprios sócios. Toma-se o conteúdo das normas dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, nos quais se assegura o devido processo legal para privação de bens e direitos, além de garantir aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, apresentando diretrizes dessas garantias no campo do direito societário. O trabalho apresenta caso expresso de eficácia horizontal dos direitos fundamentais e estampado no art. 1.085 do Código Civil, que cuida da exclusão de sócio minoritário em assembleia ou reunião de sócios. Com base nesta mesma norma, ainda é avaliado o uso da prova ilícita contra o sócio e a possibilidade de se dispor de maneira assimétrica sobre a exclusão de algum ou alguns dos sócios, impondo diferenciações entre eles. Também analisa a vinculação de sócio superveniente à cláusula compromissória inserida em estatuto ou contrato social. Por fim, sempre a título exemplificativo, trata do acordo de acionistas à luz dos efeitos dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos e garantias fundamentais. constitucionalização. eficácia horizontal. direito societário.

GONÇALVES, Ewerton Meirelis. **Fundamental rights and guarantees in corporate law.** 2013. 132 p. Dissertation (Master's Degree in Law) – School of Human and Social Sciences, "Júlio de Mesquita Filho" São Paulo State University, Franca, 2013.

ABSTRACT

The study starts with the historicity and development of fundamental rights, as well as its increasing importance in current legal systems. Subsequently, the modern trend towards the private law constitutionalization, in particular the effectiveness of fundamental rights with private individuals, is analysed. The purpose is to assess the current stage of the doctrinal discussion, demonstrate an understanding of the Brazilian jurisprudence as for the admissibility of the effectiveness of fundamental rights in interprivate relations and above all, provide parameters to assess the exact extent of such effectiveness. From this point, a question is raised on how that effectiveness can change the performance of corporations in the relations between themselves, as well as between corporation and member and those forged between the members themselves. Considering the provisions of items LIV and LV of article 5 of the Brazilian Constitution, which ensure the due legal process to deprivation of assets and rights, as well as guarantee to litigants, in judicial or administrative proceedings, and the defendants in general, the contradictory and the right to be heard, the guidelines of these guarantees in the field of corporate law are presented. This paper presents an express case of horizontal effectiveness of fundamental rights and set forth in article 1.085 of the Brazilian Civil Code, providing for the exclusion of the minority member in the general meeting or a special meeting of members. Based on this same standard, the use of unlawful evidence against the member and the possibility of an asymmetric provision of the exclusion of one or some of the members is evaluated and differentiated. This paper also analyzes the binding of supervenient member to the arbitration clause inserted in the articles of organization. Finally, by way of example, this paper discusses the shareholders' agreement in the light of the effects of fundamental rights.

Keywords: fundamental laws and guarantees. constitutionalization. horizontal effectiveness. corporate law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **9**

CAPÍTULO 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA **12**
1.1 Princípios constitucionais e sua força normativa **12**
1.2 Histórico e desenvolvimento dos direitos fundamentais **22**
1.3 Concepção normativa dos direitos fundamentais **28**
1.4 Autonomia privada e constitucionalização do direito **31**

CAPÍTULO 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TEORIAS SOBRE SUA EFICÁCIA **37**
2.1 A eficácia dos direitos fundamentais na visão da doutrina **37**
2.1.1 Doutrina da *State Action* 38
2.1.2 Doutrina negatória da eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais 42
2.1.3 Eficácia direta – *Drittwirkung Der Grundrechte* 44
2.1.4 Eficácia indireta – *mitellbare Drittwirkung* 47
2.1.5 Eficácia indireta após o caso *Lüth* 51
2.1.6 *Tertium genus:* a doutrina de Robert Alexy 55
2.1.7 Reflexos da doutrina de Robert Alexy 59
2.2 Autonomia privada e restrição a direitos fundamentais **61**

CAPÍTULO 3 A JURISPRUDÊNCIA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO **68**
3.1. A eficácia entre particulares em sua dimensão objetiva **68**
3.2 Jurisprudência estrangeira **68**
3.2.1 O caso *Lüth* 68
3.2.2 *Shelly versus Kramer* 71
3.2.3 A Jurisprudência europeia 72
3.3 A Jurisprudência brasileira **74**
3.3.1 O Supremo Tribunal Federal 74
3.3.2 O Superior Tribunal de Justiça 79
3.3.3 A justiça comum 83

CAPÍTULO 4 EFICÁCIA NO SISTEMA LEGAL PÁTRIO 86
4.1 Caso expresso no sistema legal: exclusão de sócio minoritário extrajudicialmente 86
4.1.1 O art. 1.085 do Código Civil – uma outra hipótese 91
4.1.2 Ainda o art. 1.085 do Código Civil - o uso de prova ilícita 93
4.2 A vinculação do sócio superveniente à cláusula compromissória do contrato ou estatuto social 98
4.3 O acordo de acionistas – o art. 118 da Lei das S/A: falso caso de eficácia dos direitos fundamentais 106

CONCLUSÃO 115

REFERÊNCIAS 125

INTRODUÇÃO

É bastante conhecido o fenômeno ao qual se convencionou chamar constitucionalização do direito[1], o que não pode ser entendido, simplesmente, como a superioridade normativa da Constituição num dado sistema legal, mas, sobretudo, como a irradiação dos efeitos das normas e dos valores do texto constitucional para todos os ramos do direito[2]. Nesta senda, importa dizer que o aspecto central dessa constitucionalização, sem dúvida, é a vinculação de particulares, nas relações entre si, aos direitos e garantias fundamentais, denominada como os efeitos horizontais dos direitos fundamentais[3].

Em verdade, a prática acabou por demonstrar não ser apenas o Estado o agente capaz de por em risco a parcela mínima de proteção do indivíduo, senão também – e, em alguns pontos, principalmente - outros particulares. A pesquisa do tema demonstra que a problemática de aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação entre cidadão-cidadão, conquanto já disponha de trabalhos valorosos, ainda tem largo caminho a ser percorrido pela doutrina.

Como já é sabido, a questão foi primeiramente enfrentada na Alemanha, ainda na década de 50 do século XX[4]. Além dos estudos do velho continente, o problema também mereceu especial atenção da jurisprudência norte-americana[5]. Desde já, entretanto, cabe reconhecer não dispor a jurisprudência norte-americana do mesmo recurso teórico dos europeus.

---

[1] A percepção de que se modificou a maneira de entender o papel da Constituição é muito clara e vem explicada por Joaquín Arce y Flórez-Valdés ao dizer que *"[...] la Constitución no sólo es uma norma jurídica, es también norma cualitativametne distinta y superior a las demás del ordenamento, em cuanto incorpora el sistema de valores essenciales de convivência, que há de sevir de piedra de contraste y de critério informativo e interpretativo de todo el ordenamento jurídico. [...] La Constitucion, em base a su entidade jurídica, significa uma superación de su antigua y apócrifa condición de mero documento político. Por su razón jurídica suprema, que le atribuye el estar situada em la cúspide normativa, manifiesta uma incidência em todo el ordenamento jurídico: también em del Derecho privado, también em el Derecho civil."* (FLÓRES-VLADÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1986. p. 27).

[2] SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18.

[3] A doutrina aponta outras tantas denominações, algumas com até maior propriedade técnica, mas sem o mesmo apelo daquela aqui adotada, *v.g.,* eficácia irradiante, efeitos entre terceiros, eficácia privada e eficácia externa dos direitos fundamentais.

[4] Trata-se do chamado Caso *Lüth*, que será analisado no item 3.2.1.

[5] Um dos primeiros casos sobre a matéria e seguramente o mais conhecido envolveu *Shelley versus Kraemer*, que será analisado no item 3.2.2.

Após histórico do surgimento dos direitos fundamentais, sua caracterização inicial e desenvolvimento da concepção de seu alcance até as relações entre particulares, a pesquisa busca demonstrar em que medida este alcance pode alterar a relação entre as sociedades entre si, entre elas e seus componentes e mesmo as relações entre os próprios sócios, associados ou acionistas.

Sem muitas referências adrede confeccionadas no presente campo e admitindo, portanto, a carência de trabalhos na área[6], o estudo almeja observar como a nova hermenêutica, suplantando vetusto entendimento vigente até o século XX, implica consequências no direito societário, máxime nos pontos relativos à eficácia dos direitos fundamentais.

A própria escassez de estudos específicos sobre a matéria, bem indica que não se trata de questão já superada ou solucionada. A tal respeito, é oportuna a afirmativa de Claus-Wilhelm Canaris quando, respondendo às críticas de esgotamento da problemática do tema, indica que tal superação está muito longe de ocorrer e que "[...] a problemática (dos direitos fundamentais e direito privado) encontra-se hoje em todas as bocas."[7]

Também a indicar o estágio ainda inicial ou intermediário do tema, pode ser lembrada a afirmativa de Daniel Sarmento de que o direito constitucional suíço não aceita a vinculação direta ou indireta dos particulares aos direitos fundamentais[8]. Nada obstante a afirmativa, é certo que a Constituição suíça, desde 1999,

---

[6] Não se pode olvidar, contudo, o estudo de Paulo Gustavo Gonet sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais (*drittwirkung)* e as associações: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Direito Público**, Brasília, DF: Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 170-174, out./dez. 2003.
Ainda, tratando da eficácia horizontal no direito privado, embora sem ferir diretamente a matéria societária, podem ser citados os seguintes trabalhos: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e com o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2004.

[7] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

[8] SARMENTO, op. cit., p. 227.

expressamente estendeu a eficácia aos particulares[9]. Mas não é só a Constituição suíça que trouxe a previsão. A doutrina especializada também aponta a Constituição portuguesa e a Constituição sul-africana com previsões semelhantes. Na América do Sul, a expressa previsão está inserida no ordenamento da Colômbia, Peru e Costa-Rica[10].

Paradigmático, no ponto, é o art. 1.085 do Código Civil, estabelecendo requisitos para expulsão extrajudicial de sócio minoritário, em tudo observado o contraditório e a ampla defesa. Há outros exemplos e falsos exemplos, todavia, colhidos no estudo do direito societário e, aqui, será analisado o acordo de acionistas, bem como a vinculação necessária do adquirente de cotas à cláusula compromissória fixada no contrato social ou estatuto antes de seu ingresso na sociedade.

Por fim, desde logo, cabe deixar bem vincado a preocupação no sentido de que as relações de direito privado – as relações envolvendo sociedades, inclusive – continuem sujeitas à regulamentação da legislação ordinária, porque a horizontalidade dos direitos fundamentais não pode implicar desprezo às normas privadas, senão seu complemento.

---

[9] Art. 35º. Execução dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais devem ser respeitados em toda ordem jurídica. 2. Aquele que exerce funções estatais está comprometido com os direitos fundamentais e obriga-se a colaborar para sua concretização. 3. As autoridades devem cuidam para que os direitos fundamentais, desde que aplicáveis, sejam eficazes também entre pessoas privadas.

[10] VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: comentários ao RE 201.819. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. (Org.). **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

CAPÍTULO 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA

1.1 Os princípios constitucionais e sua força normativa

Nos trabalhos que envolvem concepção, histórico, desenvolvimento, eficácia dos direitos e garantias fundamentais e, sobretudo, constitucionalização do direito, é quase imprescindível indicar, mesmo sem maiores desenvolvimentos, a discussão que se desenvolveu sobre os conceitos de norma, regra e princípio.

O objetivo é reforçar a demonstração de que os direitos fundamentais não são meras indicações programáticas, despidas de eficácia direta e imediata. Ao reverso, alcançam todos os ramos do direito, mesmo o direito privado, por meio de sua essência axiológica, dispondo de força impositiva.

Bem se sabe que o termo princípio é equívoco. E Isso nenhuma dificuldade apresenta desde que se atine, exatamente, em que sentido o termo está sendo tomado.

Clóvis Beviclaqua, em conceito por demais vago, tomou os princípios como sendo os elementos fundamentais da cultura jurídica humana e não como princípios da cultura jurídica nacional.[11]

Já Espínola, depois de dizer que apenas o jurista sociólogo poderia aferir, com exatidão, o conceito dos princípios, teve o condão de afirmar que, a seu ver, os princípios gerais do direito correspondem às ordenações da natureza das coisas. E são neles que o próprio legislador vai arrimar-se para feitura da legislação. Muitos deles guardam, ainda segundo Espínola, um caráter universal, rompendo lugares e

---

[11]Argumenta aquele mestre, em uma defesa que reflete o tempo em que se viveu o grande mestre: “Esses princípios, objectam, são vagos, indeterminados. Mas não é tanto assim. Certamente temos de penetrar fundo na philosophia do direito, na historia da civilização, e ter o espírito apparelhado por uma educação jurídica bem cuidada, para emprehendermos a investigação dos princípios geraes do direito. Mas esse mesmo preparo mental indica a rota a seguir, e habilita o jurista a reconhecer a *natureza positiva das coisas,* elemento objectivo, impreciso, mas fecundo da investigação jurídica [...].” (BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua.** 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936. v. 1. p. 112).

épocas, enquanto outros irão se modificar conforme a evolução das instituições sociais, políticas e morais, com reflexos sensíveis na ordem jurídica[12].

A extrema abstração em definir o que seriam os princípios gerais de direito levou Washington de Barros Monteiro, numa desiludida confissão, a afirmar que "[...] nada existe de mais tormentoso para o intérprete que a explicação dos princípios gerais de direito, não especificados pelo legislador."[13]

Mais modernamente, princípios têm sido definidos da maneira diversa. Conforme apontamento de José Afonso da Silva, "[...] são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]"[14] ou, em outra concepção, são núcleos de condensações confluindo valores e bens de um povo por meio da Constituição. Os princípios fundamentais, ainda sob esta última ótica, destinam-se, essencialmente, a definir e caracterizar a coletividade política e enumerar as principais opções políticas na Constituição.

Todavia, nos conceitos tradicionais do termo, a grande omissão, pelo menos até o século XX, foi a ausência de seu caráter normativo, segundo justa assertiva de Bonavides[15]. De fato, historicamente, os princípios eram tidos como fonte secundária de direito, jamais apresentando caráter normativo[16] e, aliás, distinguidos do conceito

---

[12] Nas palavras do doutrinador: "Os princípios gerais do direito, sendo os que correspondem àquele ordenamento imanente às relações da vida (natureza das coisas), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos, teem um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica." (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de introdução ao código civil comentada:** arts. 1 – 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1. p. 145).

[13] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 44.

[14] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p.92.

[15] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.257.

[16] Norberto Bobbio se posiciona favoravelmente à força normativa dos princípios, lecionando: "Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêem a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio de espécie animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?" (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995. p. 158-159).

de norma. Muito comuns as definições conceituando normas e princípios com relação apenas sutil[17].

Não é preciso mais que a lembrança à redação do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova denominação da LICC) para comprovação do quanto até aqui alegado. Diz aquele artigo do Decreto-Lei: "Art. 4 - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." Ninguém olvida, entretanto, que referido conceito resta superado nos dias atuais.

A evolução pormenorizada do conceito dos princípios de direito é narrada por Bonavides em apreciável estudo[18]. No Brasil, nada obstante a evolução da doutrina e da jurisprudência europeia no século XX, a força normativa dos princípios só se apresenta após a Constituição Federal de 1988[19].

O estágio atual da discussão está atrelado à aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais de molde a adaptar as regras vigentes na resolução de novos conflitos[20]. Superam-se os dualismos "norma/caso, direito/realidade" e a subsunção meramente lógica[21].

---

[17]Sobre ampla classificação dos princípios, consultar: BERARDO, Euclides Celso. **Deveres fundamentais**: deveres e obrigações constitucionais. 2003. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2003.

[18]BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 255-295.

[19]A respeito do tema: Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. O próprio Barroso acrescenta: "Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional." BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 25 fev. 2012.

[20]Sucintamente, a juridicidade dos princípios pode ser traduzida em três distintas fases. A primeira, de cunho jusnaturalista, com forte arrimo ético-valorativo, além de inspiradora dos postulados da justiça. Essa fase teve declínio com a Escola Histórica do Direito, seguida de positivismo avassalador. De tal forma robusta a ideia positivista que Del Vechio, em Roma, na histórica aula inaugural do curso de Filosofia do Direito, buscou superá-la. Entretanto, somente no pós-positivismo

Não se creia, então, que os princípios tragam apenas caráter valorativo. Eles têm força impositiva autêntica, carregando prescrições de gênese constitucional e passíveis de coerção, tal como se dá com a regra. Tampouco se diga que eles são sempre genéricos ou imprecisos. Como diz Rothenburg, os princípios dispõem de significado determinado, com grau de concretização à vista de situações concretas[22].

A consequência da força normativa dos princípios é exigência de novos métodos de hermenêutica. Manoel Gonçalves Ferreira Filhos afirma que se consagrou a primazia dos princípios sobre as regras e que isso não tem nada de inaudito. Complementa afirmando que a diferenciação se estabelece na hipótese e na prescrição, que são mais restritas no caso da norma e alargadas nos princípios[23].

Em virtude do reconhecimento de tal força normativa, tornou-se importante a distinção entre estas duas espécies do gênero norma: regras e princípios.

Há, em brevíssimo resumo, três teorias sobre a distinção entre regras e princípios. A primeira – inadequada para o atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica pós-positivista – postula que ambas apresentariam os mesmos predicados lógico-deônticos (o que refutaremos mais adiante), sendo enfim sinônimas ou, no máximo, não apresentando distinção juridicamente relevante. A segunda, por sua vez, pugna pela existência de uma distinção débil, frágil entre ambas, situando-a nos graus de generalidade e abstração. A terceira, denominada teoria da distinção forte, propõe a existência de diferença relevante entre uma e outra espécie normativa com fulcro em suas estruturas lógicas, não se limitando aos graus de generalidade e abstração.

---

os princípios terão admitidos seu caráter normativo. E deve-se, sobretudo, a Dworkin as críticas mais contundentes ao jusnaturalismo e ao positivismo.

[21]BASTOS, Fabiana Ribeiro; LILLA, Fábio de Campos. A nova discussão a respeito dos princípios constitucionais. **Revista do Advogado,** São Paulo, ano 32, n. 117. p. 76-82, out. 2012.

[22]ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 18. No mesmo sentido, todavia mais específico é Tepedino: "A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade." (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Revista de Direito do Estado,** Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80. jul./set. 2007).

[23]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios e regras em direito constitucional: contribuição para uma polêmica doutrinária. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BAETA, Mariana Barboza (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo:** homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 291-300.

A teoria da distinção forte é a que mais se coaduna com a compreensão do ordenamento jurídico como um sistema dotado de organicidade. E em virtude da distinção existente entre princípios e regras, afigura-se importantíssimo classificar determinada norma jurídica como uma destas categorias de norma, porquanto a solução de aplicabilidade será diametralmente oposta se se tratar de uma ou de outra.

A classificação de uma norma como princípio ou regra, todavia, não é simples. Comumente, a literalidade textual da norma não é suficiente para tanto; vezes há em que o texto, embora se apresente aparentemente em termos absolutos, dá origem à norma principiológica. Por isso, a aferição classificatória demanda a compreensão de outras dimensões da norma em cotejo, em especial a qualidade do bem jurídico protegido pela norma e o domínio empírico sobre a qual se projeta.

Tanto regras quanto princípios são dotados de generalidade, malgrado o nível desta em ambos sejam distintos.

A generalidade de que são dotadas as regras é específica, delimitada; em outras palavras, regulamenta uma quantidade indeterminada de fatos jurídicos *lato sensu*, mas apenas aqueles determinados fatos que se subsumam a seus termos; daí porque a aplicação das regras opera-se por raciocínio de subsunção do fato concreto à hipótese normativa regrada.

Nos princípios a generalidade é predicado mais presente, pois são igualmente gerais para regulamentar um sem número de fatos jurídicos *lato sensu*, mas não determina que fatos são estes, não os especifica em seus próprios termos. Por isso, a aplicação dos princípios se dá de modo muito mais rico do que a das regras, pois é incompatível com a subsunção do fato à norma.

Para nós, de especial interesse se mostra a conceituação de princípios, como também sua distinção das regras na forma proposta por Robert Alexy. Para ele, é estrutural a diferença entre regra e princípio[24]. Tanto as regras como os

[24] Em conferência feita na cidade do Rio de Janeiro-Capital, o próprio Alexy bem distinguiu: "Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização (*Optimierungsgebote*). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. A colisão dos direitos fundamentais devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de

princípios são normas, pois que ambos dizem o que deve ser. A abstração de um e outro os diferencia. Os princípios trazem comandos genéricos, com grande carga valorativa e menor carga normativa. As regras trazem grande força resolutiva e menor aplicativa. Daí se extrai que os princípios perdem em determinação, enquanto ganham em área de incidência.

E é justamente a metodologia de aplicação das regras e dos princípios que implica o método de resolução de antonímias.

Diante do fato de a subsunção reger a aplicação das regras, por raciocínio lógico-formal, tem-se que em sede de conflito entre regras aplica-se o método do "tudo ou nada" (*all or nothing*), ou seja, a norma é inteiramente aplicada ou inteiramente rejeitada (eficaz/incide); ou a norma é válida ou não é válida; inexiste uma terceira opção - *tertium non datur*. Se há duas regras com consequências jurídicas diversas para o mesmo caso, uma delas é inválida para o sistema[25]. Em

---

princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, com uma controvérsia em torno da ponderação.
Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (*definitive Gebote*). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção.
A teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras; isto é, que ele não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem princípios. O contraponto para a teoria dos princípios não é, portanto, uma teoria que supõe que o catálogo dos direitos fundamentais contêm regras, senão uma teoria que afirma que os direitos fundamentais contêm somente regras. Somente essas teorias devem ser consideradas como teorias de regras (*Regeltheorien*) (*Kollision und Abwagung als Grundprolem der Grundrechtsdogmatik*, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10-12-1998) apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Mendes. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 380.

[25] Virgílio aponta dois exemplos de conflitos entre regras: "Se há uma regra que proíbe que os alunos de uma determinada escola deixem suas salas de aula antes que o sinal soe e, no conjunto de regras da mesma escola, há uma outra que impõe que esses mesmos alunos saiam de suas salas se tocar o alarme de incêndio, temos aqui um conflito parcial, pios a consequências jurídica da segunda – sair da sala mesmo que não toque o sinal, desde que toque o alarme – não é compatível com a proibição total de se sair da sala antes do sinal, como exige a primeira regra. O critério para a solução de tal conflito é fornecido peal conhecida máxima *Lex specialis derogat legi generali* e, por conseguinte, a segunda regra será encarada como uma exceção à primeira.
Em um segundo exemplo, há uma regra que proíbe e outra que permite o fumo nas salas de aula. Aqui, não há a possibilidade da instituição de uma cláusula de exceção, como no exemplo anterior, porque as consequências jurídicas são totalmente excludentes entre si. Para a solução desse conflito só podem ser consideradas uma das outras duas máximas para solução de antinomias: *lex posteriro derogat legi priori* ou *Lex superior derogat legi inferior*. O resultado será, inevitavelmente, a declaração de invalidade de uma das regras (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-34).

razão disso, as técnicas clássicas de resolução de conflitos de antinomia são suficientes para o deslinde de eventual imbróglio entre regras, utilizando-se o intérprete dos critérios de especialidade, cronologia ou hierarquia, conhecidos pelos famosos brocardos: *lex specialis derrogat generalis, lex posterior derrogat priori* ou *lex superior derrogat legi inferior* – com razoável sucesso.

Diversamente, é justamente por não admitir a subsunção que eventual colisão entre princípios não se resolve pelo método do tudo ou nada. Em havendo, em dado fato concreto, colisão entre princípios, a solução não se dá pelo raciocínio exposto. Por conseguinte, a colisão entre princípios não enseja a declaração de invalidade de nenhum daqueles envolvidos no caso e nem se pode tomar um como exceção do outro. Fala-se em relação condicionada de precedência, dirimida concretamente pela técnica da ponderação, que será tratada em momento oportuno.

Por se tratar de mandamento de otimização, o princípio exige a realização de algo na maior medida possível, sempre se coadunando com as circunstâncias fáticas e jurídicas. O que pode existir é sua limitação parcial ou, em situações extremas, a limitação pode ser total, a depender do caso concreto. Nem por isso ele será tomado como inválido. Existirá uma relação de preferência de um dos princípios envolvidos exatamente para um dado caso. Nada obstante, é defeso garantir eterna preferência daquele princípio em detrimento do outro, pois, se isso ocorrer, não estaremos diante de um princípio. Em outras palavras, a escolha por um e não por outro ocorre casuisticamente, nada garantindo que, em outra hipótese, com alteração das circunstâncias, o desfecho seja idêntico.

Na síntese de Ávila, as regras estipulam consequências normativas diretas, enquanto os princípios detém dimensão de peso, com conteúdo determinado só no caso concreto. As regras trazem obrigações absolutas, os princípios, *prima facie,* ou seja, podem ser derrogados em função de outros princípios.[26]

Em dado sentido, trata-se de prestigiar o pensamento sistemático tal como defende Canaris[27]. Também se pode pensar nos princípios como fundamento de validade na aplicação das regras, sob pena de se tomar dita norma como

---

[26]ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[27]CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e Tradução de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

antijurídica, pois desprovida de fundamento de validade, tal como proposto por Kelsen.

A formulação hipotética de Robert Alexy é esclarecedora. Diz o mestre alemão que "se o princípio *P1* prevalece sobre o princípio *P2* diante das condições *C: (P1* ***P*** *P2)* C, e se do *princípio P1,* diante das condições *C*, decorre a consequência jurídica *R,* então vale uma regra que contém *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica: *C – R."* [28]

É fora de dúvida que a aceitação da força normativa dos princípios está inserida em uma nova interpretação constitucional e tem efeitos inevitáveis no direito privado. Não se trata, doravante, de tentar negar tais efeitos, senão ponderar seus limites e as efetivas mudanças do direito privado. Como bem dizem o professor espanhol Frederico de Castro e Florez-Valdes a crítica à chamada constitucionalização do direito só pode ter como objeto a ausência de limites, cabendo propor redução do texto constitucional ao direito civil (e nós poderíamos dizer: direito privado) vigente. Mas não é admissível uma negação a esses efeitos[29].

Convém frisar que essa nova interpretação constitucional, ensinam Barroso e Barcelos, não equivale ao desprezo do método clássico de interpretação – subsuntivo, calcado na aplicação das regras – e nem no abandono da hermenêutica tradicional: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Tal método continua a ser elemento imprescindível na prática jurídica. É, todavia, insuficiente[30]. Mesmo assim, as relações privadas continuam a ser tratadas e regidas pelas normas do direito

---

[28]ALEXY, Robert. **Theoria der Grundrechte** apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p.35.

[29]Textualmente: "[...] *la crítica hecha a la teoria de la repercusión imediata trata sólo de acotar, de reducir a sus justos limites el influjo del texto constitucional sobre el Derecho civil vigente, no em cambio de negarlo o desnocerlo.*" Em tradução nossa, "[...] a crítica feita à teoria da eficácia direta trata somente de delimitar, reduzir a seus justos limites o influxo do texto constitucional sobre o direito civil vigente, não em troca de negá-lo ou desconhecê-lo." (FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1986. p.14).

[30]BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 274. Os mesmos constitucionalistas complementam: "Portanto, ao se falar em 'nova interpretação constitucional', 'normatividade dos princípios', 'ponderação de valores', 'teoria da argumentação', não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata, aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas."

privado, apenas tendo presente, porém, que as várias ramificações do direito não afastam a necessária observância dos valores constitucionais.

Não devemos olvidar, ainda, a advertência de Marcos Augusto Maliska relativa à importância da tópica na interpretação jurídica, sobretudo na interpretação constitucional. Não se trata, então, de substituir um por outro método. O mais o razoável é se abster de restrição ao dedutivismo lógico do pensamento sistemático e nem no isolamento do todo. "Tal medida pode levar ao pensamento tópico concebido de forma extrema. Talvez a importância da tópica para o direito constitucional esteja justamente em encontrar o equilíbrio destas questões."[31]

Por outro lado, a necessidade de apontar a força normativa dos princípios está atrelada à própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados. Com as considerações acima, podemos concluir que, desde a Constituição de 1988, os princípios contam com uma adaptação formal e material ao sistema jurídico pátrio. Formalmente, estão inseridos (implícita ou explicitamente) no texto constitucional. Materialmente, exigem a modulação de seus enunciados normativos por meio de técnicas de interpretação. Vale dizer, inseridos no texto constitucional, exigem uma coerência na aplicação das regras com seu conteúdo.[32]

Não se diz, à evidência, que se possa desprezar o conteúdo da lei e nem que o princípio admita a inserção de qualquer fundamento. Mas é inolvidável que o intérprete deve buscar, entre as diversas soluções possíveis no direito privado, aquela que melhor se atine à diretriz trazida por dado princípio. E este ponto é muito

---

[31]MALISKA, Marcos Augusto. **Palestra proferida na Universidade de Wroclaw.** Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2013. O próprio Canaris aponta a imprescindível integração do pensamento tópico e sistemático, indicando dispor a tópica de maior campo de atuação nas áreas do direito marcadas por princípios gerais - como o direito constitucional - ou regulamentadas de maneira lacunosa - como o direito internacional privado - e perdendo espaço em áreas regulamentadas - como o direito imobiliário (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e Tradução de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008).

[32]Fala-se até na inconstitucionalidade das decisões que ignorem os princípios constitucionais, embora apliquem determinada regra legal: "Nada obstante, o que deve sair do campo doutrinário e migrar para a jurisprudência é que os princípios constitucionais são efetivas regras jurídicas *lato sensu,* sendo correta e devida a sua aplicação como fundamento para os atos decisórios. Ousa-se, ainda, afirmar que a sua desconsideração para aplicação de um dispositivo de lei, tão somente porque específico à situação, caracteriza verdadeira inconstitucionalidade." (BASTOS, Fabiana Ribeiro; LILLA, Fábio de Campos. A nova discussão a respeito dos princípios constitucionais. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 32, n. 117, p. 76-82, out. 2012).

relevante, pois garante a autonomia do direito privado, embora não impeça a eficácia da Constituição (e dos direitos fundamentais) nos diversos ramos do direito.

Vale afirmar, com Rothenburg: os princípios não permitem livre opção ao agente concretizador da Constituição, mas permitem projeções normativas, com certo grau de discricionariedade, discricionariedade esta limitada pela juridicidade destes mesmos princípios.[33]

Convém esclarecer que não fica ao puro critério do legislador infraconstitucional a tarefa de estabelecer o sentido dos princípios fundamentais do ordenamento, senão garantir a aplicação da norma infraconstitucional juntamente com os princípios de uma forma tal que estes definam o sentido daquela. Não fosse assim a lógica do sistema ficaria subvertida, ou seja, o legislador poderia fixar ou mesmo aniquilar a prioridade axiológica constitucional, invertendo a ordem hierárquica do sistema.[34]

De fato, neste sentido, equivaleria dizer que a regra sempre deverá prevalecer sobre o princípio, pois aquela prestigia o entendimento político sobre determinado assunto e não pode ser aceito sem reservas. Tal raciocínio, em última instância, retorna ao antigo brocardo latino *in claris no ift interpretatio.* Subverte-se a ordem jurídica para aplicar os princípios à luz de regras infraconstitucionais. Daí que as relações jurídicas devem ser interpretadas à luz da Constituição, tanto pela escolha político-jurídica do constituinte como pela proteção da dignidade da pessoa humana.[35]

Por fim, a grande virtude de um sistema constitucional aberto como o nosso, é a possibilidade de constante atualização sem necessidade de alteração do texto,

---

[33]ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 18.

[34]TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral do Direito Civil,** Rio de Janeiro, ano 9, v. 30. p. 69-80. jul./set., 2008. No mesmo artigo, a afirmativa do mestre civilista é perfeita: "Não há teorias setoriais de interpretação (interpretação constitucional, interpretação do direito penal, interpretação do direito administrativo, e assim por diante), porque isso faria supor que nem toda interpretação é constitucional. Como toda norma deve ser interpretada à luz dos valores constitucionais, com estes imbrincando-se, há somente uma única teoria da interpretação, que se espraia por todos os campos do ordenamento."

[35]Neste sentido o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes: "[...] a progressiva atribuição de uma eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios constitucionais funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação *infra*-constitucional." (MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998).

ou seja, os princípios são atemporais, perenes, justamente por serem dotados de maior abstração e não vinculados a uma hipótese de incidência. Logo, não perdem sua validade à face de novas realidades sociais.[36]

1.2 Histórico e desenvolvimento dos direitos fundamentais

Os conceitos de direitos do homem[37] que de ordinário nos são apresentados, pecam, ensina Norberto Bobbio[38], pela extrema vagueza e imprecisão, produzindo definições tautológicas, quase desprezíveis. Assim se entende, *v.g.,* a afirmação de que direitos humanos são os direitos necessários ao desenvolvimento do homem. O problema é o entendimento do que seja necessário ao aperfeiçoamento humano. E nem se alegue, afirma alguma doutrina, que tais direitos têm gênese unicamente no princípio da dignidade humana, pois isso levaria à expulsão do rol de direitos do homem daqueles que não guardam núcleo subjetivo, ou seja, não dizem respeito à dignidade da pessoa humana, tal como aqueles que resguardam direitos de pessoas coletivas[39].

Não obstante as dificuldades de conceituação e mesmo admitindo, como ressalvado anteriormente, uma que outra exceção, a doutrina tem, sim, como referência máxima à catalogação dos direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a doutrina aponta que, desde o início, os direitos

---

[36]No Brasil, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal é a corte mais atinada ao conteúdo normativo dos princípios. Paradigmáticos, neste sentido, os julgamentos relativos às cotas étnico-raciais (ADPF n. 186-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 264/2012) e ao IPTU progressivo (RE, n. 423768-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º./12/2010), ambos cuidando do conteúdo do princípio da igualdade. Mas há outros julgados trilhando a mesma senda como, por exemplo, a ADPF n. 130 (Lei de Imprensa) e Adin n. 4277 e ADPF n. 132 (relações homoafetivas). BRASIL. **Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 14 fev. 2013.

[37]Embora já bastante conhecida, é prudente lembrar a distinção das denominações usualmente utilizadas para direitos humanos e direitos fundamentais. A expressão direitos humanos ou direitos do homem é destinada para as reivindicações de respeito perene a determinadas posições essenciais ao homem. Tem base jusnaturalista e prescinde de sua positivação por determinado Estado. Ainda, diante de seu caráter universalista, denota os direitos insertos em documentos de direito internacional. Já direitos fundamentais são os inseridos em dado sistema jurídico, positivados, e atinentes a posições básicas da condição humana. Longe de se repelirem, direitos humanos e direitos fundamentais têm estreita relação, sendo os últimos, muitas vezes, reflexo das declarações dos primeiros.

[38]BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p.17.

[39]BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312.

humanos guardam estreita relação com a vida, com a dignidade, com a liberdade, podendo-se falar na existência de direitos fundamentais quando houver proteção a um desses valores[40].

O surgimento dos direitos fundamentais, segundo estudo confeccionado pelo eminente Carl Schmitt, data das declarações dos Estados americanos, ainda no século XVIII, quando da fundação de sua independência. Para Schmitt, é equivocado apontar a Magna Carta, de 1215, o ato de *Habeas Corpus*, de 1679, e mesmo o *Bill of rights,* de 1688, como nascedouro dos direitos fundamentais, pois, nesses atos, em realidade, ficaram estabelecidos direitos dos barões e burgueses, não tendo o sentido de direitos fundamentais.[41]

Não se confundem, outrossim, os direitos fundamentais com os princípios gerais do direito constitucional. Ao passo que os primeiros, em sua noção mais elementar, representam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, os segundos ferem a teoria geral do direito constitucional.

A função dos direitos fundamentais, segundo ensinamento de José Afonso da Silva, arrimado em Jorge Miranda, consiste, "[...] em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema."[42] Essa definição é de extremo relevo para os fins do presente estudo, no qual se pretende, justamente, apresentar os reflexos dessa interação e integração dos direitos fundamentais no direito societário.

Convém apontar, entretanto, a diversidade dos direitos tomados como fundamentais, a depender das condições de tempo e lugar. Em verdade - não há negar - são os direitos fundamentais um conjunto de faculdades só relevantes num dado contexto histórico.[43]

---

[40]Nas palavras do professor: "[...] historicamente os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores" (DE SANCHIS, Prieto. **Estúdios sobre derechos fundamentales.** Madrid: Debate, 1994. p.88).

[41]VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.32.

[42]SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96.

[43]Diz Bobbio: "O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos mesmos, das transformações técnicas, etc. direitos que foram declarados absolutos no século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable,* foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é

E é inequívoca, desde o seu surgimento, a ideia dos direitos fundamentais como direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Na concepção primeva, apenas os poderes públicos estavam ou poderiam ser obrigados à sua observância qualquer que fosse a situação. Daí ficarem caracterizados como direitos de conteúdo negativo, exigindo abstenção do Estado em respeito à autonomia do indivíduo. Não se facultava ao cidadão – ainda - a prerrogativa de exigir comportamento positivo do Estado; contentava-se com a omissão. Neste sentido é a afirmativa de Juan María Bilbao Ubillos, indicando ser a relação jurídica fundamental, no interior da teoria liberal, uma relação entre Estado e indivíduo, tendo caráter unidirecional[44].

O Liberalismo fundamentou a limitação e divisão da autoridade. A limitação do poder estatal correspondia à ausência de limites para atuação individual. Como lembra Thiago Luís Santos Sombra[45], ao indivíduo facultava-se – como ainda largamente faculta-se - amplo espaço de autodeterminação; o que não está proibido pela lei, está autorizado. O Estado, por sua vez, é tido como único possível sujeito ativo na ofensa aos direitos e garantias fundamentais.

Numa concepção que alcança nosso tempo, o Estado ficou vinculado à ação prevista na lei, ao passo que o particular, ao reverso, pode fazer tudo o que nela não está proibido. Passamos de um a outro patamar: o Estado absoluto transmuda-se em Estado de Direito[46].

---

difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou a direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos dos homens, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento" (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18-19).

[44]UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorias y la pratica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 219-237.

[45]SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 32.

[46]Neste sentido, perfeita a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando aponta: "Este princípio (legalidade), juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da

Em outras palavras, os direitos fundamentais, historicamente, surgiram como uma conquista do indivíduo frente ao Estado. Somente o Poder Público é sujeito passível de sua observância, posto que seu nascedouro se dava dentro do Estado Liberal do Direito. Daí seu conteúdo negativo: exige-se a omissão, a abstenção do Estado.[47]

Sobre a importância dos direitos fundamentais, aponta Paulo Gustavo Gonet que os Poderes Públicos não podem ignorá-los, pois sua constitucionalização leva à observância obrigatória como parâmetro de organização e a própria limitação dos poderes públicos. Nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra os direitos fundamentais, e que é, em última instância, superior àqueles[48]. Daí sua observância obrigatória pelo Executivo, Legislativo e Judiciário[49].

Historicamente, de maneira concomitante à delimitação do direito público, o direito privado firmava seus contornos científicos. Os códigos civis, nas lições até dos grandes constitucionalistas como Canotilho, sempre aparecem como núcleos do direito positivo. Foram eles - e não as constituições - que fixaram os princípios gerais

---

coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: 'a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei" (DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67-68).

[47]No final do século XIX, Jellinek irá desenvolver a doutrina dos quatro *status* nos quais o indivíduo pode se encontrar perante o Estado. Pode o indivíduo estar em posição de sujeição frente ao Estado, passível de receber ordens e proibições, denominada *status* passivo. A condição de homem, por outro lado, exige um mínimo de livre ação, livre das ingerências estatais; tal posição foi denominada *status* negativo. Pode o homem, ainda, em algumas situações, exigir do Estado uma prestação, ao que se denomina *status* positivo. Por fim, num quarto estágio, ao indivíduo é dado intervir na própria formação de vontade do Estado, como exercício do voto. O desenvolvimento da teoria dividiu os direitos de defesa (liberdade) e direito a prestações (cívicos) (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254-269).

[48]Sobre a força normativa da Constituição: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normative Kraf der Verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Nessa obra, Hesse analisa e critica a conhecida afirmação de Ferdinand Lassale no sentindo de que a Constituição "[...] é um mero pedaço de papel."

[49]BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 321.

do direito, deixando ao texto constitucional a tarefa de mera 'lei orgânica dos poderes políticos'[50].

Em verdade, por longo período, à legislação ordinária coube a tarefa de disciplinar as relações privadas, sempre por meio do código civil. Por largo período ficou bem delineado o significado praticamente constitucional do Código Civil para o direito privado. Não era raciocínio corriqueiro o socorro à Constituição como forma de se sobrepor a norma constitucional à civil no campo do direito privado.

Ficava então estabelecida a diferenciação pungente entre direito público e privado e que só iria arrefecer com a intervenção do Estado no domínio privado e o progressivo diálogo entre o direito constitucional e o direito privado[51].

Tal diálogo não teria (como não tem mesmo) trânsito fácil, pois as prerrogativas normalmente atribuídas aos direitos fundamentais, como inalienabilidade e irrevogabilidade[52], são, em princípio, inconciliáveis com a autonomia privada. E não só por isso, mas também porque na eficácia vertical uma das partes não dispõe de direito fundamental (Estado), enquanto na eficácia entre terceiros, ambas ostentam a qualidade de titulares desses mesmos direitos.

À evidência, todavia, não ser apenas o Estado o agente capaz de ferir direitos fundamentais. Nos espaços ocupados ou permitidos à autonomia privada, a mídia, as grandes corporações e outras instituições sociais alcançam posições de

---

[50]A respeito do papel fundamental dos códigos civis, Rui Stocco, comentando sobre o Código Francês, ensina: "O mais curioso é que, embora a França tenha posto em vigor mais de dez constituições ao longo dos dois últimos séculos (sendo a Constituição de 4 de outubro de 1958, regente do funcionamento das instituições da Quinta República, a última delas), sempre conservou o Código Civil de 1804, convertido agora em verdadeiro monumento da cultura jurídica e política do povo francês e gozando de grande prestígio internacional por tudo que representa" (STOCCO, Rui. Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004. In: Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, 1, 2004, Brasília-DF. Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. Brasília-DF, 2004).

[51]De qualquer forma, por longo período, à legislação ordinária coube a tarefa de disciplinar as relações privadas, sempre por meio do código civil.

[52]Por todos: BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009. Dessa definição extrai-se a ilação de que os direitos fundamentais foram pensados como aplicáveis apenas às relações Estado e particulares. Como demonstrado, na concepção hodierna, tais características não podem perseverar tal como pensado e defendido originalmente.

poder e pela força podem (como não raro ocorre) influir de maneira deletéria no sistema político.[53]

Vale dizer, mesmo ente privados, atingem-se posição de dominação tamanha (quase sempre pelo aspecto financeiro) que as relações estabelecidas com terceiros nada têm de autônoma no prisma do dominado. Isso, para além de intuitivo, é comprovado diuturnamente. Basta se atentar para a existência de normas que almejam mitigar o poderio técnico ou financeiro, como as normas consumeristas.

Contudo, o reconhecimento de poder das grandes sociedades foi apenas a "porta de entrada", por assim dizer, da superação ou alargamento do conceito clássico. Nos dias atuais, não se fala na horizontalidade dos direitos fundamentais apenas em casos que envolvem as corporações gigantescas. Não é apenas nesta senda, cujo risco de dominação e exercício de força é evidente, que trilha a eficácia horizontal. Ao contrário, não se limitou à equiparação desses grupos ao Estado.

A princípio e pelo menos em tese, em situações limites, um particular, em relação jurídica com o Estado, com grandes corporações ou com outro particular "comum", pode reclamar a eficácia dos direitos fundamentais. Mas tal não ocorre, já à partida, com os direitos fundamentais servindo como direitos *ex constitutione,* como veremos detidamente.

Mas é justo dizer que não mais se justifica, assim, a limitação dos direitos fundamentais às relações Estado-cidadão. A ideia inicial de proteção dos direitos fundamentais (eficácia negativa), e aqui tornamos à doutrina de Juan María Bilbao Ubillos, evoluiu, alterou-se e oferta agora sensíveis transformações, inclusive por serem a realidade social e política também muito diversas.

E conquanto o próprio Direito seja dinâmico, no caso dos direitos fundamentais é notável sua adaptação a essas alterações. E se é assim, continua

[53]A lição é mais contundente na citação de Virgílio: "em uma sociedade plural, formam-se, *nos espaços deixados à autonomia privada,* instituições da vida econômicas, empresas dos meios de comunicação e outras 'forças sociais', que desempenham importantes funções na vida social e que alcançam posições de poder, por força das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 52).

Ubillos, não há razão para ficar preso àquela concepção vetusta e ultrapassada, fechando caminho à nova ideia, mais adequada e atinada à pós-modernidade.[54]

1.3 Concepção normativa dos direitos fundamentais

Uma análise profunda quanto ao caráter normativo da Constituição e, sobretudo, de sua parte mais importante, que são os direitos fundamentais, não é tarefa fácil. Já no conhecido embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, uma demasiada discricionariedade dos tribunais quanto à normatividade de princípios ou do exagero de interpretações muito elásticas era objeto de crítica. Sobre esse aspecto, como veremos, deve-se atentar com rigor o intérprete, sob pena de se transferir a legitimidade do legislador ao Judiciário.

Em outra ponta, contudo, ninguém pode olvidar que a própria Constituição atribuiu ao Tribunal Constitucional a palavra última em matéria constitucional (no Brasil, a previsão está no art. 102 da Constituição Federal). Se o próprio constituinte originário atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para dizer o que é ou não constitucional, é também questionável a crítica de subtração de competência do legislativo.

Carl Schmitt dizia que, nos EUA, aos princípios gerais era atribuído um excessivo poder normativo. Pregava o grande jusfilósofo uma restrição do Poder Judiciário à subsunção dos fatos a normas precisas, sendo-lhe defeso funcionar como um "legislador constitucional"[55]. Hans Kelsen, ao reverso, legitimou o papel do Tribunal Constitucional, embora advertisse sobre os riscos de se formular conceitos

---

[54]*"Conviene insistir em la radical historicidade de los derechos fundamentales: éstos han experimentado y siguen experimentando profundas transformaciones porque la realidade sócio-política em la que se insertan cambia y emergen incessantemente nuevas amenazas. Pocas categorias jurídicas se muestran tan permeables a la evolución de los estándares culturales como la de los derechos fundamentales. Si esto es así, no se entende por qué hau que mantener a toda costa la fidelidade a uma determinada concepción inmutable de estos derechos que tuvo sentido em um determinado momento, pero que resulta hoy desfasada, anacrónica. Lo que hau que hacer es poner al día, reconstruir la vieja teoria de los derechos públicos subjetivos, sin concessiones a la pereza mental". (*UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorias y la pratica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 220).

[55]SCHIMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

muito abertos como liberdade e justiça, sob pena de se atribuir ao Tribunal um poder insuportável[56].

A advertência e, assim, a consequente preocupação com excessivo poder dos tribunais permanece atual ainda em nosso tempo e encontra parâmetros relativamente precisos de determinação e ponderação na doutrina e jurisprudência alemãs, conforme bem indicada Claus-Wilhelm Canaris[57].

Todavia, como já descrevemos anteriormente, sem embargo do relevo desse debate doutrinário, a Constituição de 1988, atendendo ao moderno constitucionalismo e à principiologia, adotou um caráter de primazia dos princípios sobre as regras. Evidente que os direitos fundamentais gozam, portanto, de força normativa e o desafio que se apresenta é saber a forma pela qual tais direitos alcançam as relações interprivados do que cuidaremos na análise das hipóteses apresentadas no capítulo III deste trabalho.

Vale dizer: se aos princípios constitucionais é garantido o poder normativo, como já dissertamos a respeito no item 1.5, com a mesma ou maior razão os direitos fundamentais gozam desse mesmo poder normativo, pois figuram entre os temas de maior valia do texto constitucional.

É natural que a ideia enseje resistência[58], fomentando discordâncias aqui e acolá. É o quanto constatam Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto ao indicarem que a desconfiança de boa parcela do mundo jurídico frente à eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiro (*Drittwirkung*), não teve o condão de impedir que a matéria fosse elevada a uma discussão internacional, dispondo de constante e crescente número de decisões que, com apelo a uma tal eficácia, tais como aquelas emanadas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

---

[56]VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

[57]CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução de Ingo Wolfgnag Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

[58]PINTO, Paulo Mota; SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio à obra de Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução de Ingo Wolfgnag Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

Podem ser resumidas a quatro as objeções à referida eficácia[59]:

a) os princípios constitucionais, ainda que disponham de força normativa, são normas de organização política e social, não servindo para regulamentar relações interindividuais, pois tal levaria a superar diretamente o trabalho do legislador ordinário, a quem cabe disciplinar o direito privado;

b) a abstração dos princípios constitucionais autoriza ou fomenta a subjetividade dos juízes de maneira temerária;

c) as normas constitucionais estão mais sujeitas a contingências políticas, ao reverso das normas de direito privado, mais estáveis por atendimento à dogmática milenar, em grande parte advindas do direito romano;

d) o controle de merecimento de tutela imposto pelas normas constitucionais representa ingerência e excessivo decote nas liberdades individuais.

O principal argumento em resposta a estas críticas (embora não sirva de justificativa completa para todas as indagações postas e, assim, não possa prescindir de regramentos e complementos em cada ramo específico do direito) é o fato de se basearem em concepção obsoleta, mormente na separação entre direito privado e público, prestigiada no século XIX, mas que não vige em nossos dias. Doravante, o valor concedido à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição Federal, remodelou completamente aquela vetusta concepção.

Ao cabo, ainda calcados na lição de Tepedino, trata-se de abandonar a vetusta *summa divisio* que apartou, em tempos idos, o direito público e o direito privado, tanto quanto a ociosa divisão entre direitos reais e direitos obrigacionais e, inclusive, entre direito comercial e direito civil, que foram estruturadas em situações jurídicas subjetivas, mas não tanto nos seus aspectos funcionais.[60]

---

[59]TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 12.
[60]Ibid., p. 13.

1.4 Autonomia privada e constitucionalização do direito

A formação de uma sociedade empresária ou simples – não há negar – traduz-se em um contrato[61]. E no que tange aos contratos, já no fim da Idade Média, o individualismo irá romper a concepção comunitária do direito. Daí em diante, será o homem, individualmente considerado, o sujeito de direitos. Os interesses da comunidade familiar, econômica e religiosa, deixam de ultrapassar aqueles meramente individuais.

O consensualismo chega vitorioso, enfim, à época moderna, estando agasalhado, mesmo de maneira implícita, no Código Civil Francês. Por óbvio, a influência do direito francês, que se fez sentir no mundo todo, também é muito presente na América do Sul[62] (sem olvidar, entretanto, que o primeiro Código Civil Brasileiro, de 1916, teve marcante inspiração do Código Civil alemão[63]).

---

[61]É certo restar superada a ideia do contrato de sociedade como simples contrato sinalagmático, devendo ser lembrada, entre outras, a ideia do contrato plurilateral de Ascarelli (ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** São Paulo: Saraiva, 1945. p. 271-332), como também o contrato associativo e contrato relacional. A tal respeito, consultar: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária:** financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82-86) e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

[62]Rui Stocco, tratando da influência do Código Civil francês, afirma: "Este paradigma que orientou e influenciou a legislação codificada de inúmeros países ao longo de dois séculos – com força de irradiação nos demais países europeus, nas Américas, na África e na Ásia – foi o primeiro código moderno da Europa e marco decisivo na evolução do direito privado. Com ele nasceu a febre de codificação que varreu a Europa, no século XIX, espraiando-se pelas Américas, convertendo-se o Código Napoleão como uma espécie de "Código-modelo", mas muito mais do que isso, uma permanente inspiração. Quase todos os países latino-americanos tomaram-no por modelo, como se verifica nos Códigos da Argentina, Paraguai, México, Peru, Venezuela, Bolívia e Chile". Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004, painel presidido pelo Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça. De nossa parte, necessário apontar, entretanto, que os primeiros Códigos Civis da Itália (1865) e de Portugal (1867), que foram inspirados pelo Código Napoleônico, foram substituídos em 1942 e 1966 respectivamente e, desta feita, tiveram nítida inspiração do Código Civil da Alemanha" (STOCCO, Rui. Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Brasília-DF, no dia 27 de setembro de 2004).

[63]No Brasil, as Ordenações do Reino vigeram até a promulgação do Código Civil de 1916, posto que o Código Civil de Portugal – influenciado pelo francês - foi promulgado quando o Brasil já não estava mais sob o jugo português. O "Esboço" (1860-1865) de Teixeira de Freitas, anterior àquele primeiro código brasileiro, não se atinha de maneira marcante ao Código Napoleônico, vez que Freitas tinha restrições à monumental obra. Neste sentido, era favorável à unificação do direito civil e comercial (antecipando-se em quarenta anos ao BGB), defendia o universalismo do direito, ao contrário da lei francesa, que demonstrava certa desconfiança com os estrangeiros. Teixeira também cuidava das pessoas jurídicas e apresentava um outro conceito de propriedade imobiliária. O avançado pensamento de Freitas levou-o a ser comparado com Savigny.

E a autonomia de vontade encontra na Escola Jusnaturalista fundamento robusto. No século XVII, a regra do *pacta sunt servanda* era princípio base do direito natural. Para Grócio, este princípio deveria ser observado tanto pelos indivíduos como pelas nações (respeito aos tratados). Mas o corolário da autonomia de vontades será encontrado na lição de J. J. Rousseau: "Cada indivíduo obriga-se como quer, quanto quer, mas apenas enquanto quer."[64] Na França, o Código Civil de 1804 irá consagrar a autonomia de vontades, estampada no art. 1.134: "As convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que as celebraram."

É bem de ver-se que os abusos da autonomia da vontade são percebidos já no século XIX e, sobretudo, no século XX. Diversos pensadores socialistas (como Marx, Saint-Simon e Comte) anotam a completa ausência de proteção aos mais fracos. O proletariado encontra-se em total sujeição aos empregadores. A discrepância de forças não se limita aos direitos sociais, sendo facilmente encontrada nas relações firmadas pelo indivíduo isoladamente.

Nos contratos em geral e especificamente diante do consensualismo, o prestígio calcado simplesmente na proteção da declaração de vontades e do respectivo cumprimento dado Código Civil Brasileiro de 1916[65] não foi repetido no novo Código, promulgado em 2002. Em verdade, mesmo antes do novo Código Civil, havia respeitosa doutrina e jurisprudência[66] a defender a superação da teoria clássica dos contratos, calcada no prestígio absoluto da autonomia da vontade e do consensualismo. Já então a comutatividade e a boa-fé (sem previsão legal no Código Civil de 1916), quase inteiramente relegadas no modelo liberal do contrato, clamavam proteção.

Nesta senda e no que atine ao campo societário, também deve ser lembrada a ideia institucionalista, arquitetada primeiramente por Rathenau, ainda ao tempo da

---

[64] Jean Jacques Rousseau apud GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

[65] Baseada em Couto e Silva e Raiser, Cláudia Lima esclarece: "Neste sentido, a função da ciência do direito será a de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes. A tutela jurídica limita-se, nesta época, portanto, a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos, desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contratantes e pressupondo a existência de uma igualdade e uma liberdade no momento de contrair a obrigação" (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 60).

[66] Neste sentido: DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; VIANA, Rui Geraldo Camargo (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2000. p. 69-79.

primeira grande guerra. Rathenau, um filósofo alemão, que também era sociólogo, economista e empresário, fortemente influenciado pela grave situação econômica alemã, pensou as grandes sociedades econômicas como instrumentos de renovação e crescimento econômico, desvinculando-a, assim, do interesse exclusivo dos sócios[67]. No que mais releva para nossa análise, propôs-se que a macroempresa atendesse, por sua importância econômica, ao interesse público e não apenas ao interesse dos sócios.

Rathenau indicou a superação do viés familiar das primeiras sociedades, especialmente da sociedade anônima, a qual estava acima da administração de pequenos Estados em diversos aspectos, o que não era notado pela jurisprudência[68]. O intento, àquela época, deveria ser alcançado pela neutralidade do órgão de administração da sociedade, ao qual se atribuía crescentes poderes em detrimento da importância da Assembleia.

Interessante observar que nos Estados Unidos também vicejou preocupação semelhante àquela de Rathenau, embora em ambiente econômico, político e social totalmente diverso daquele alemão. Mais uma vez o debate teve sua gênese fora do ambiente jurídico, tornando-se célebre o embate entre a Ford Motor Company e sua acionista minoritária Dodge[69].

A ideia de Rathenau e suas diversas variantes opunham-se ao contratualismo, que tem fortes raízes na doutrina italiana[70], e no qual o interesse dos sócios é predominante ou exclusivamente defendido. As teorias, em suas formas clássicas, restaram superadas pelo tempo, nada obstante suas novas roupagens pelo o institucionalismo integrativo ou organizativo, o moderno contratualismo e as modernas teorias, nas quais a principal contribuição atine à superação do direito societário como suficiente em si mesmo para regular tão complexas relações como as que se dão na vida empresarial[71].

---

[67]SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.32.

[68]FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesse nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993. p.22.

[69]Ibid., p. 33. Henry Ford chegou a afirmar que o objetivo maior de sua companhia não era a distribuição de lucros aos acionistas, mas o fomento de novos empregos e elevação do padrão de vida da comunidade inteira.

[70]"Pode-se dizer que o sistema italiano é tradicionalmente contratualístico, na medida em que nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios" (SALOMÃO FILHO, op. cit. p. 28).

[71]Ibid., p. 40.

Sem que se adentre a regulamentação dos contratos interparticulares e interempresariais[72], é justo apontar que, entre nós, o novel Código prestigiou a boa-fé objetiva. Também a indicar a então premente necessidade de abandono da igualdade meramente formal, cabe a lembrança de que, na América Latina, sobretudo a partir da década de 90 do século XX, testemunha-se o surgimento de sistemas especiais de proteção ao consumidor[73] sendo certo que a alteração legislativa se deu na esteira de uma alteração política[74].

Como visto, a adoção irrestrita da defesa à autonomia de vontades – *pacta sunt servanda* – esteve longe de garantir equilíbrio material entre as partes. Em

---

[72]Em relação à interpretação dos contratos, veja-se lição de Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado:** parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p.69). Sobre o mesmo tema, bem mais recentemente, alguns enunciados da I Jornada de Direito Comercial, realizada no dia 24 de outubro de 2012, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob coordenação geral do Ministro Ruy Rosado, indicam:
"21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais".
"28. Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência".
"29. Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais".

[73]Segundo estudo realizado pelo Departamento de Proteção ao Consumidor do Brasil, "quase todos os países fazem menção à defesa do consumidor em sua Constituição e contam com um Código de Defesa do Consumidor (CDC). Na maioria das nações, o CDC entrou em vigor a partir da década de 1990. É salutar registrar que, neste período, o modelo de Estado sofreu profundas transformações no Brasil e em toda América Latina. Encontramos também implantações da defesa do consumidor mais recentes, o que justifica a pouca experiência com a aplicação normativa. A Bolívia só conta com normas para a defesa dos usuários de serviços públicos e no Belize, como exceção, existem, desde 1954, leis esparsas de defesa do consumidor". (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Defesa do Consumidor na América Latina:** atlas geopolítico.Brasília, DF, 2005).

[74]Em verdade, a alteração foi, antes de tudo, política. Para o Professor Fábio Konder Comparato, o "direito do consumidor, em seu conjunto, como realização de uma política pública, é novo na evolução do direito". Em seguida arremata: "É obvio que o surgimento dessa nova política governamental, dando nascimento a um conjunto sistemático de normas jurídicas, nada mais é do que a manifestação do que as regiões industrializadas do planeta haviam atingido, desde o início dos anos sessenta, desse século, uma nova etapa na evolução econômica. Até então, a preocupação maior dos economistas – os sacerdotes dessa "triste ciência", como disse Ricardo foi, sem dúvida, a de resolver as carências, que afetavam, em maior grau, todas as regiões do mundo. A se ingressar, porém, pela primeira vez na história da humanidade, na era da opulência, foi possível mudar o objeto central das preocupações político-econômicas: não mais a falta de produção e, sim, a qualidade dos produtos ou mercadorias distribuídos no mercado. O consumidor, de elemento passivo e secundário na cena econômica, assumia um papel ativo e relevante, no campo político, ele deixava de ser tutelado, para se tornar uma força eleitoral com a qual era doravante preciso contar" (COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**: Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 80, p. 66-67, out./dez. 1990).

relação ao consumidor, *v.g.*, viu-se logo a necessidade de sua proteção diferenciada pelo Estado[75].

Dentre os institutos de direito privado, o contrato - e, portanto, as sociedades[76] - é o ponto convergente e realizador dos direitos fundamentais, limitando, assim, a autonomia privada.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes[77], qualquer norma ou cláusula negocial deverá coadunar um princípio constitucional, mesmo que tal cláusula seja insignificante. Nesta concepção, cada indivíduo deverá ser um realizador dos direitos fundamentais em quaisquer das relações interindividuais que estabelecer com outrem. No mesmo sentido, Thiago Sombra, para quem o cidadão tem o dever de observância e realização dos direitos fundamentais em suas relações jurídico-privadas[78]. Essa ideia foi ironizada por Forsthoff denominando como "[...] genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do código penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre."[79]

Nada obstante a ironia de Forsthoff, muitas vezes lembrada no estudo desta matéria, o inciso III, art. 1º da nossa Constituição Federal, ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, não deixa dúvidas de

---

[75]Sobre o tema, ensina Leonardo de Medeiros Garcia: "Em razão da boa-fé objetiva, a abusividade das cláusulas não é aferida subjetivamente, ou seja, não se infere se o fornecedor, ao estipular as cláusulas contratuais, tinha o conhecimento de quem eram abusivas frente ao Código Consumerista. No intuito de proteger essa categoria vulnerável, denominada consumidor, o legislador privilegiou valores superiores ao dogma da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*), como a boa-fé objetiva e a justiça contratual, permitindo que o Poder Judiciário tenha condições de aferir, objetivamente, quando estará ocorrendo um desequilíbrio entre as partes, possibilitando, assim, um efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo. O novo Código Civil, preocupado com o equilíbrio contratual, também estipula meios para que se controle os contratos abusivos, ao determinar que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato e que os contratantes sejam obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, quanto na execução, os princípios de probidade e boa-fé (GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor:** código comentado e jurisprudência. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 296).

[76]O direito brasileiro apresenta aspectos de contratualismo e institucionalismo, mas o art. 981 do Código Civil apresenta todos os traços do contratualismo: "Art. 981 - Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".

[77]MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.120.

[78]SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2004. p. 77

[79]FORSTHOFF, Ernst. **Der staat der industriegesellschaft,** p. 144 apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p.521

que qualquer avença contrária à boa-fé objetiva e ao equilíbrio contratual não pode perseverar.

A livre iniciativa garantida no art. 170 da mesma Constituição não está dissociada do valor social dos contratos. A generalidade de afirmativas que possam abarcar indistintamente diversas situações enseja muitos riscos, mas é possível entender que qualquer disposição em que impere o desequilíbrio, a não equidade ou uma vantagem excessiva de uma parte em benefício da outra[80] corre grande risco de não prevalecer, tanto pelos valores constitucionais (que influenciam tanto o legislador na feitura das leis, como o Judiciário em sua interpretação e aplicação) como pelas especificidades de cada ramo do Direito.

A constitucionalização do direito, vista sob os diversos argumentos apontados, comprova tratar-se de um fenômeno mundial e conquanto desagrade uma parcela da doutrina, máxime os civilistas, não pode ser negada, ignorada ou reprimida.

[80]A demonstrar a possibilidade de recurso aos valores constitucionais – o que estamos a defender aqui – e porque realizado antes da vigência do novo Código Civil, cabe citar a lição de Donnini: "Há uma gama de dispositivos legais que permitem ao aplicador da lei restabelecer o equilíbrio na avença. Além do texto constitucional, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) pode ser invocado, assim como o art. 29 do CDC" (DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato In: NERY, Rosa Maria de Andrade; VIANA, Rui Geraldo Camargo (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2000. p.78).

CAPÍTULO 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TEORIAS DE SUA EFICÁCIA

2.1 A eficácia dos direitos fundamentais na visão da doutrina

Como não poderia deixar ser, não existe apenas uma teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, senão diversos entendimentos a respeito. Ao passo que a teoria da eficácia direta toma aquela classe de direitos quase como direitos subjetivos constitucionais, a teoria da eficácia indireta exige a necessária intermediação dos direitos fundamentais pelo legislador primeiramente e pelo julgador, num segundo plano. Entre os dois entendimentos há diferença sensível, ao menos na fundamentação (veremos mais adiante que não tanto assim nos efeitos), a exigir clara delimitação.

Segundo lição de Joaquín Arce y Flórez-Valdés, o adequado entendimento das hipóteses em tela exige posicionamento sobre o efetivo papel que a Constituição Federal desempenha no sistema jurídico. Se se toma o texto constitucional como mera carta de intenções, inexoravelmente dependente da legislação infraconstitucional para efetividade de seus valores e, só aí, dispondo de caráter vinculante ou, ao reverso, se a Constituição dispõe de efetividade por si mesma. Nesta última hipótese, as disposições da Carta Magna representam verdadeiras normas jurídicas. Em outros termos, explica ainda Flórez-Valdés, cuida-se, segundo palavras do Tribunal Constitucional alemão, de examinar se a Constituição carece de efetividade imediata por depender de ação do legislador ou então, *per si,* opera seus efeitos no mundo jurídico imediatamente[81].

De maneira direta ou indireta, ambas as doutrinas defendem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados. Nada obstante, a doutrina do *state action* mantém-se fiel à concepção liberal dos direitos fundamentais e não aceita, ao

---

[81]*"El adecuado planteamiento de la hipótesis proyectada requiere situarla em sus verdadeiros términos. Se trata de dilucidar si la Constitución representa solamente um programa o plan que sólo adquiere carácter de norma jurídica obligatoria cuando se concreta em leyes, que serían las que, de suyo, tendrían operatividad, aplicación general y caráter vinculante; o si, por el conrario, la Constitución misma es verdadera norma jurídica, imediatamente aplicable como tal, y sus disposiciones deen ser tomada como normas jurídicas. Dicho em expresiones del Tribunal Constitucional, se trata de examinar si la Constitución y sus preceptos carecen de valor aplicativo imediato por suponer um mandato al legislador o si, por el contrario, tiene uma vinculatoriedade imediata sin necesidad de mediación del legislador ordinário"* (FLÓRES-VLADÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1986. p.88).

menos em suas bases teóricas, a incidência nas relações entre privados, tal qual ocorre em alguma doutrina europeia.

Conquanto as denominações aqui adotadas estejam consagradas na doutrina, Virgílio Afonso da Silva entende que se tomarmos o termo eficácia como sinônimo de aplicabilidade, somente na doutrina da eficácia direta admite-se, de fato, uma aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares[82]. No mais, podem existir apenas efeitos e não a própria aplicabilidade. Assim, por exemplo, o art. 1.238 do Código Civil disciplina a usucapião, norma dotada de plena eficácia. Mas se alguém possui, como seu, imóvel público, sem interrupção e oposição por mais de quine anos, nem assim adquire a propriedade, pois o bem público não é passível de ser usucapido. Não se diz, porém, que a norma não tenha eficácia frente àquela relação jurídica, mas apenas que ela não é aplicável ao caso por força do quanto disposto no art. 102 do mesmo Código Civil e no art. 183 da Constituição Federal.

Sem embargo da fundamentada crítica, a nomenclatura resta consagrada na doutrina e na jurisprudência, motivo pelo qual passamos ao seu exame sob os nomes de eficácia direta, eficácia indireta e não eficácia, além da *state action*. Passemos, então, à análise de cada um dessas teorias e às respectivas críticas.

2.1.1 Doutrina da *state action*

Além da teoria da eficácia indireta e da teoria da eficácia direta – sendo estas, como veremos, claramente majoritárias – há um outro entendimento a respeito do tema, sobretudo nos Estados Unidos da América[83], onde vicejou a doutrina do *state action.*[84]

---

[82]SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54-59.

[83]Ibid., p. 98. Virgílio Afonso indica a existência de entendimento análogo na Alemanha, pela doutrina de Junger Schwabe, surgida na década de 1970.

[84]Sobre a nome dado a essa doutrina, comenta Manoel Jorge e Silva e Neto: "É a denominada *State Action Doctrine*, cuja terminologia é reputada incompreensível pelos próprios estudiosos do direito constitucional ianque, mas que, em síntese, pode ser explicada como a doutrina que restringe a aplicabilidade das normas constitucionais protetoras de direitos fundamentais exclusivamente à ação estatal' (SILVA NETO, Manoel Jorge e. A suprema corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade. **Boletim Científico,** Brasília, DF. n. 28/29, p. 173-190. jul./dez. 2008).

Essa doutrina, que segundo o entendimento majoritário se manteve fiel à ideia de que os direitos fundamentais estão atrelados unicamente às relações entre Estado e particular, ou seja, dizendo não haver eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, rejeitou a eficácia direta ou indireta daquela classe de direitos nas relações interprivados. Valoriza ao máximo a liberdade individual, o livre arbítrio dos cidadãos.

Presa à concepção liberal de direitos fundamentais, entende a doutrina norte-americana que a Constituição e suas emendas só podem ser invocadas diante de uma *state action* (ação do Estado). Logo, fica alheio o texto constitucional ao conteúdo das relações entre terceiros, exceção feita apenas quanto à emenda XIII, que cuida da escravidão e pode se voltar diretamente ao controle dos atos individuais.

De resto, é lícito afirmar com André Rufino do Vale[85] que a literalidade de muitos dos demais dispositivos constitucionais não deixa margem para interpretação que possa abarcar as relações entre privados. Assim, *v.g.,* a cláusula que proíbe ação discriminatória é voltada apenas para os atos do poder público, sem limitação de condutas privadas. Por óbvio que a lei ordinária pode limitar ou proibir a discriminação, mas ela não vem garantida no texto constitucional.

Mas a prática – mais uma vez – e o enfretamento de situações complexas, em que a separação da nítida ação estatal e de atos privados, acabou levando a doutrina da *state action* a estabelecer que um ato privado poderá ser objeto de controle judicial, máxime com ofensa ao direito de igualdade, em raciocínio complexo.

Em verdade, no plano teórico, atenta à concepção liberal dos direitos fundamentais já descrita alhures, esta doutrina afirma que a ofensa aos direitos fundamentais só poderá ocorrer por meio de uma ação estatal. A solução foi expandir o conceito de *state action,* sobretudo nos casos em que havia discriminação racial (*White Primary Cases*[86]).

---

[85]VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p.119.

[86]Assim também: ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Nixon v. Herdon* [(273 U.S. 536 (1927) e *Nixon v. Condon* [286 U.S. 73 (1932). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/435/>. Acesso em: 14 fev. 2013.

A Suprema Corte Americana, depois da Segunda Guerra Mundial e até 1968, passou a entender que os atos de privados com exercício de funções típicas dos poderes públicos não poderiam praticar a discriminação, aplicando a norma constitucional nestes casos. Neste sentido, nas eleições internas dos partidos políticos para escolha daqueles que irão concorrer aos cargos públicos, o Tribunal se deparou com a feitura destas eleições internas com participação apenas de eleitores brancos. A Corte entendeu que a emenda XV, que veda a proibição de voto ao cidadão americano por motivo de raça, era extensível também às prévias dos partidos políticos, que estavam a exercer função pública. Mais adiante, passou a entender ser o próprio Estado quem violava a emenda XV ao não proibir a realização da ação discriminatória pelos partidos políticos[87].

Para além dos *White Primary Cases,* existiram diversos casos envolvendo o direito de acesso a propriedades privadas, o que se denominou *tresspass cases*[88]*.* Os casos diziam respeito às cidades formadas por grandes empresas para moradia de seus empregados (*company town),* bem assim ao acesso a grandes centros de compra (*shopping centers)*. No que importa, restou estabelecido que, mesmo se cuidando de uma propriedade privada, se o local era aberto ao público em geral, estava sujeito às limitações constitucionais[89].

Mas os casos em que melhor se demonstra o raciocínio da jurisprudência americana na doutrina da *state action* são os pertinentes ao mercado imobiliário na venda de imóveis com cláusula de não repassá-los ou alugá-los a pessoas negras (*racially restrictive convenants).*

Enquanto o imóvel permanece entre as partes originárias da avença, a Corte entendeu não haver desrespeito à Constituição pela inserção daquelas cláusulas,

---

[87]VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p.124.

[88]No primeiro desses casos (*Marsh v. Alabama – 1946*), *G.* Marsh, testemunha de Jeová, quis distribuir panfletos religiosos em uma cidade construída sobre uma área privada e destinada aos empregados de uma determinada empresa (*company town*). Foi impedido com base em uma lei que impedia a entrada de terceiros em propriedades privadas sem autorização do proprietário. Mas a Suprema Corte entendeu que a cidade tinha todas as características de uma cidade comum e, por isso, cuidava-se de um município como qualquer outro. Logo, assumindo função pública, estava sujeita aos limites constitucionais.

[89]O entendimento foi bastante modificado posteriormente, diante da extrema abertura que proporcionava. Afirma Juan Ubillos que somente nos casos em que havia exercício de funções exclusivamente estatais é que se poderia tomar como uma *state action* (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **Los derechos funamentales en la frontera entre lo publico y lo privado:** la nocion de State Action em La jurisprudência norteamericana. Madrid: MacGraw-Hill, 1997. p 78*).*

pois a discriminação não superava a esfera privada. Todavia, se o contratante decidisse transmitir o imóvel a uma pessoa negra, a questão então é outra. Levado o caso ao Tribunal havia duas opções: ou o Tribunal validava a cláusula, tomando-a como ato privado e fora da proteção constitucional, ou anulava a cláusula com base na emenda XIV. A Suprema Corte entendeu que os Tribunais ordinários, a validarem a cláusula discriminatória, estavam eles próprios (Tribunais) negando o direito à igualdade garantida pela emenda XIV. Era, portanto, a ação do Tribunal que caracterizada uma *state action* e não a cláusula em si mesma.

Por vias (bastante) transversas, a Suprema Corte acabava por exigir dos particulares o cumprimento da emenda XIV. Segundo a doutrina americana, por suas bases liberais, aquela Corte jamais admitiria a inserção direta do ato privado sob a cobertura da proteção constitucional, mas acabou obtendo o mesmo resultado por outros caminhos. Mais uma vez, a abertura proporcionada por esse entendimento fez com que a Suprema Corte revisse o posicionamento[90].

Mais tarde, a jurisprudência passou a enfrentar os chamados *sit-in cases*, em que os juízes condenaram uma pessoa por se opor à discriminação racial efetuada em bares e restaurantes. Os manifestantes, após terem negado atendimento, recusavam-se a sair do estabelecimento como forma de protesto. Eram condenados com base na lei do *tresspass.* Sem mencionar *Shelley v. Kramer*, a Suprema Corte revogou aquelas condenações[91].

A crítica que se faz é o fato de não haver uma uniformidade nos diversos julgados, realizados casuisticamente e, portanto, sem que se atingisse uma gama de regras que pudesse determinar quando um particular está obrigado a observar a Constituição e quando não está. Não se constituiu verdadeiramente, portanto, uma doutrina da *state action.*

---

[90]Assim o caso *Evans v. Abney*, em que um senador americano inseriu no testamento cláusula de fideicomisso para criação de um parque exclusivo para pessoas brancas. A Corte da Geórgia entendeu impossível a criação do parque nos moldes pretendidos, anulando a cláusula e revertendo a propriedade em favor dos herdeiros. A Suprema Corte não viu no julgado violação à direito constitucional, pois a violação da ação discriminatória ficou afastada pela própria eliminação da criação do parque (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Evans v. Abney* (1970). Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/435/>. Acesso em: 28 jan. 2012) .

[91]Sucessivamente, a Suprema Corte passou a proibir ações discriminatórias por qualquer entidade subsidiada ou beneficiada com recursos públicos, ampliando o conceito da *state action.*

Seja como for, é fato que diversas condutas privadas foram reprimidas ou limitadas por força das normas fundamentais dos Estados Unidos.[92]

2.1.2 Doutrina negatória da eficácia *inter privatos* de direitos fundamentais

Sem muito prestígio nos dias atuais, há alguma doutrina que entende não estar o direito privado sujeito aos efeitos dos direitos fundamentais de nenhuma maneira. Uwe Diedererichsen é, quiçá, o maior defensor desse entendimento.

Sem adotar o simplório argumento de ausência de superioridade hierárquica da Constituição, Diedererichsen defende que quem diz supremacia normativa não diz supremacia axiológica. Para esta doutrina, não é o fato de determinado valor constar da Constituição que autoriza sua supremacia automática a qualquer outro valor prestigiado pela norma civil. A superioridade, se houver, não terá gênese na hierarquia da norma, mas na força do argumento – superioridade argumentativa.

Para Diederichsen, não há correspondência entre a lei fundamental e os valores que ela contém. As normas civis e os direitos fundamentais estão em um sistema concorrente e não hierárquico. Não haveria, então, prevalência automática dos segundos em desfavor dos primeiros.

Para demonstrar seu argumento, salienta o autor que, em tempos idos, era o direito privado – e não a Constituição – aquele considerado como de valores preponderantes na ordem jurídica. Não fosse assim, ainda sob a ótica de Diederichsen, o conflito entre as normas do direito privado e os direitos fundamentais teriam sempre e invariavelmente estes últimos como vencedores.

Para ilustrar a tese, aquele jurista exemplifica: em qualquer contrato de locação existe cláusula prevendo a possibilidade do locador visitar seu imóvel. A

---

[92]Afirma André Rufino que "[...] apesar do teor literal das cláusulas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, que os direciona somente ao Estado, e do peso de uma cultura jurídica e política apoiadas profundamente no modelo liberal, os juízes norte-americanos conseguiram, na prática, dar uma maior eficácia *inter privatos* às normas constitucionais do que seus colegas de outros ordenamentos jurídicos, onde a eficácia unidirecional dos direitos constitucionais é, no mínimo, questionável." (VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.136).

garantia de inviolabilidade do domicílio, assentada no texto constitucional dos mais diversos Estados, jamais teve o condão de tornar inválida referida cláusula[93].

Em sentido contrário ao quanto pregado pela doutrina negatória, pode ser dito que o desenvolvimento recente do direito constitucional se deve, em grande parte, à afirmação dos direitos fundamentais como núcleo duro de proteção da pessoa humana.

Paulo Gustavo Gonet Branco assinala que a Constituição é o local adequado para abrigar tal proteção, porque é reconhecida como norma suprema do ordenamento jurídico e mais resguardada das maiorias ocasionais confeccionadas no fervor de momentos adversos no desenvolvimento humano[94].

Ademais, o princípio da supremacia constitucional, a nosso sentir, também parece negar a completa independência normativa pretendida por esta doutrina. Como explica Uadi Lammêgo Bulos, existe um vínculo de subordinação dos atos, sejam públicos ou privados, com a Constituição. A Constituição, nas palavras do constitucionalista, é soberana dentro do ordenamento jurídico do respectivo Estado

---

[93]Para nós, a casa continua inviolável, mesmo havendo a possibilidade de visita do proprietário (cujo direito de propriedade também é direito fundamental), posto que a norma civil exige o prévio agendamento da visita, sob pena de não exercício do direito. Normatiza a Lei 8.245/91, em seu art. 23: "O locatário é obrigado a: [...] IX - permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27".
Da mesma forma, a própria norma do inciso IX, Art. 5º. da Constituição disciplina exceções à inviolabilidade: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

[94]BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.307. Complementa o eminente constitucionalista que "os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos". (*op. cit.* p.309). É clara a inspiração de Gonet nos ensinamentos de Norberto Bobbio. O mestre italiano ensina que "No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade com um todo vem antes do indivíduo. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna" (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 4).

em que promulgada. Sendo assim, todos os atos jurídicos devem se harmonizar com o teor do conteúdo constitucional[95].

2.1.3 Eficácia direta - *drittwirkung der grundrechte*

Pela teoria da eficácia direta, é desnecessária qualquer intermediação para que os direitos fundamentais tenham eficácia nas relações interprivados. Vale dizer, mesmo sem intervenção do legislador, os particulares devem ou, ao menos, estão sujeitos a serem levados à observação compulsória dos direitos fundamentais nas relações que estabelecerem entre si.

Uma situação hipotética pode ajudar sobremaneira no entendimento dessa tese[96]. A Constituição, por seu art. 5º, inciso XVI, garante o direito de reunião, de cuja ilação óbvia é a impossibilidade do Poder Público impedir o exercício desse direito pelos cidadãos. O entendimento da norma não oferece qualquer dificuldade enquanto restrita ao Poder Público. Todavia, a mesma questão poderá apresentar alguma dificuldade ao se inquirir da possibilidade de um grupo de particulares impedir ou atrapalhar manifestação pacífica de outro grupo.

Imaginemos que dois grupos adversários pretendam cada qual realizar uma "carreata" para o mesmo dia e horário e no mesmo local[97]. É possível restringir o direito de ir e vir exercido juntamente com o direito de reunião?[98] Para a teoria da

---

[95]"*Supremacia constitucional* é o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados à constituição de um Estado. A ideia do princípio da *supremacia constitucional* advém da constatação de que a constituição é soberana dentro do ordenamento (*paramountcy*). Por isso, todas as demais leis e atos normativos a ela devem adequar-se. [...] Em virtude de sua *supremacia,* subordinam-se a ela os atos materiais exercidos pelos homens e os atos jurídicos que criam direitos e estabelecem deveres" (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009. p.54).

[96]O exemplo é trazido por Virgílio Afonso (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p.87).

[97]Acontecimento bem mais relevante se deu em abril de 2004, quando o famoso cantor Bruce Springsteen pretendeu realizar concerto gratuito, ao ar livre, no mesmo local e horário em que seria realizada a convenção do Partido Republico dos EUA. A intenção do artista era bastante clara. Em nossa experiência como juiz eleitoral já vivenciamos situação semelhante por mais de uma vez. Os dois grupos adversários designaram carreatas concomitantes com intenções provocativas.

[98]Nada obstante a exemplificação, que anotamos inspirados na doutrina, é de se lembrar que a restrição a direitos fundamentais nada tem de inaudita. Gilmar Mendes Ferreira, em extensão lição, cuida dessas medidas restritivas pormenorizadamente (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 381 et seq.).

eficácia direta, o tratamento a ser dispensado à situação seria o mesmo que seria dado caso o impedimento partisse do Estado.

Nipperdey é o jurista que mais ardentemente defendeu a eficácia direta. Atribuindo efeitos absolutos[99] aos direitos fundamentais, repudiou a necessidade de intervenção legislativa para tal classe de direitos.

Para logo, tem-se a diferença entre a teoria da eficácia direta e indireta; para a primeira, prescindível a intervenção legislativa para que os direitos fundamentais alcancem as relações entre privados. Nada obstante, Nipperdey também toma como desnecessárias as "artimanhas interpretativas", assim consideradas as cláusulas gerais, tidas como "portas de entrada" dos direitos fundamentais no direito privado, ao reverso do que pregou Durig e decidiu o Tribunal Constitucional Alemão. Para ele, a ideia é bem mais simples: a Constituição é base de todo o sistema jurídico e qualquer dos ramos do direito só é válido naquilo em que não a contrarie. Daí a prescindibilidade de normas gerais e dos chamados pontos de rompimento na pretendida eficácia; tudo isso é dispensável.

Nesse prisma, os direitos fundamentais alcançam os particulares nas relações que estabelecerem entre si e, portanto, uma das partes poderá recorrer àquela classe de direitos para obrigar observância compulsória pela outra, ainda que precise levá-la às barras do Tribunal.

Não se entenda, todavia, que qualquer dos direitos fundamentais possa ser invocado pelo particular. Isso é um equívoco comum na análise dessa teoria. Para dito entendimento, apenas aqueles direitos que possam ser aplicados aos particulares é que admitem tal invocação. E, posto isso, não necessitam de intervenção legislativa para operarem seus efeitos[100]. Logo, afigura-se como correto

---

[99]Entenda-se por efeitos absolutos não o sentido de imutabilidade, pretendida por uma ideia jusnaturalista, nem a impossibilidade de limitação, o que, como se anota alhures, é teoria de aplicação praticamente impossível. Dizendo efeitos absolutos, leia-se, aplicabilidade direta às relações privadas.

[100]Mas não se olvide a necessidade, em alguns casos, da ação do legislador de modo a viabilizar a própria existência do direito, conforme Mendes: "Sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria de se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico. Nessa hipótese, o texto constitucional é explicito ao estabelecer que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (Art. 5º., inciso XXXV). Fica evidente, pois, que a intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como também necessária." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 376).

afirmar que, mesmo na esfera da eficácia direta dos direitos fundamentais entre privados, o campo de ação é menor do que se costuma pensar.[101]

Como já é intuitivo, a crítica mais veemente e razoável à teoria da eficácia direta diz respeito à preservação da autonomia privada. Também se ataca a perda conceitual de diferenciação do direito privado, se as normas de direitos fundamentais são aplicadas diretamente em suas relações. Vale dizer, se o juiz cível tem que aplicar os direitos fundamentais de maneira direta em uma relação entre particulares e, portanto, com ambas as partes dispondo de direitos fundamentais como direitos *ex constitucione*, a dificuldade de sua tarefa é muito grande e, por consequência, a certeza jurídica fica comprometida.

Alexy, entretanto, argumenta que ambas as críticas são facilmente superadas. Em relação ao comprometimento da autonomia privada, Alexy assinala que ela própria – autonomia privada – é um direito constitucional e, assim, de eficácia entre terceiros[102]. Nada obstante, com ou sem eficácia, sempre haverá restrições à competência do direito privado. A eficácia dos direitos fundamentais apenas tem o condão de tornar mais apurada essa intervenção.

Quanto à perda conceitual do direito privado, o professor alemão assevera que este é um argumento mais robusto. Todavia, a crítica ignora o fato dos princípios do direito privado não apresentarem uma única resposta para cada caso. O direito privado haverá de apresentar, dentre as soluções possíveis, uma congruente com os direitos fundamentais. Ainda, em inúmeros casos, não estará claro o que os direitos fundamentais desejam como melhor desfecho em problemas de direito civil, empresarial ou trabalhista. Nesta situação – e isso é de extremo

---

[101]Exemplo mais enfático dessa teoria ocorreu, na Alemanha, em 1957, em decisão do Tribunal Federal do Trabalho. Aquela corte julgou válida a igualdade de salários para homens e mulheres, quando não havia norma constitucional que assim o determinasse. A igualdade prevista para homens e mulheres era perante a lei, nada proibindo que um particular os tratasse diferentemente. Por que já superada, de há muito, tal odiosa diferenciação entre homens e mulheres, Virgílio propõe uma questão interessante: pode um trabalhador de uma filial de empresa européia exigir da empregadora o mesmo salário pago ao empregado das fábricas situadas na Europa? No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 161.243, mesmo sem maiores preocupações teóricas, julgou que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação jurídica. Tratava-se de demanda proposta por um funcionário brasileiro da empresa aérea *Air France*. Não se conformando com o plano de carreira diferenciado para funcionários franceses e brasileiros, pediu à Justiça fossem equiparadas as situações. O Supremo Tribunal Federal houve por bem equiparar os funcionários brasileiros aos franceses, limitando-se a condenar a discriminação.

[102]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 540.

relevo para o nosso trabalho - deverá o magistrado apoiar-se nas normas postas, nos precedentes jurisprudenciais e nas posições geralmente aceitas. Apenas quando o órgão julgador se afastar desse arrimo e julgar de maneira diversa da norma privada, baseando-se diretamente no texto constitucional, assumirá o julgador o ônus argumentativo[103] de justificar precisamente sua decisão[104].

Convém afastar entendimento de que, havendo necessidade do direito privado como estágio intermediário, o efeito direto restaria prejudicado, pois ou se leva o efeito direto ao extremo ou ele só será cabível em novas áreas do direito civil, ainda não atingidas pela atividade jurisprudencial. Mas diz Alexy que assim não se dá, haja vista implicar a incidência dos direitos fundamentais em criação ou exclusão de direitos ou não-direitos, liberdades ou não-liberdades, competências ou não-competências[105]. Não houvesse a incidência, o direito civil permaneceria incólume à influência constitucional. Neste sentido, lícito admitir um efeito direto entre particulares.

2.1.4 Eficácia indireta - *mitellbare drittwirkung*

Em outra toada, diversa daqueles que negam a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado e dos que pretendem uma eficácia direta, existe a teoria da eficácia indireta desses direitos. De fato, a potencialidade de concretização dos valores estampados na Carta Magna tem encontrado defesa robusta nos mais renomados juristas.

De há muito, sem ferir o tema específico desse trabalho, Celso Antônio Bandeira de Mello já firmara o dever do jurista em perquirir, ao limite, o sistema

---

[103]Essa preocupação com o ônus argumentativo deve estar bastante presente ao julgador, pois assinala Luís Roberto Barroso que, por diversos fatores, nunca as decisões da jurisprudência brasileira estiveram tão mal fundamentadas. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 25 fev. 2012).

[104]ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001. p.541.

[105]Ibid., p. 542.

normativo em busca das possibilidades de atendimento aos valores socioculturais estampados por determinada civilização na Constituição.[106]

O entendimento quanto à eficácia indireta dos direitos fundamentais é, seguramente, o mais aceito nos países em que a doutrina sobre a matéria está mais desenvolvida, como Alemanha, Áustria e Espanha.

O argumento recorrente a favor da eficácia indireta dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas advém do princípio da liberdade, a evitar um efeito absoluto do direito constitucional nas relações privadas. Dentre as prerrogativas da liberdade, haveria a possibilidade dos particulares evitarem a eficácia dessa qualidade de direitos nas relações que firmarem.[107]

Sob esse prisma, enquanto o Estado deve observância obrigatória a tais direitos, seja qual for a situação, os particulares poderiam afastar sua eficácia, caso assim entendam mais pertinente, por meio de cláusula expressa a respeito.

É açodado e incorreto, todavia, o raciocínio de que, por tal conceito, seria sempre possível afastar a eficácia entre terceiros. Trata-se de erro corriqueiro essa suposição e, fosse verdadeira, estaria caracterizada a teoria negatória de efeitos entre terceiros e não de efeitos indiretos. Para a teoria da eficácia indireta, o instrumento ou canal apto para sopesar a eficácia é o legislador primeiramente, mas secundado pelo Judiciário.

Luís Roberto Barroso lembra o caráter historicamente inócuo da Lei Maior, impreterivelmente tomada como simples carta de intenções. É preciso, diz o eminente constitucionalista, atribuir efetividade a tais normas, sobretudo pela intervenção de juízes e Tribunais.[108]

Como dito antes, o pós-guerra trouxe uma postura nova frente aos direitos fundamentais. Eles, de simples carta de intenções, passaram a ser dotados de caráter normativo. Vale dizer: de intenções, transmudou-se para carta de valores. E tais valores não significam uma nova concepção abstrata e não-vinculante. Ao

---

[106]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.** Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 1982. p. 5 e seguintes.

[107]SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

[108]BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 145.

reverso, os valores formam uma ordem objetiva, autorizando não só uma abstenção, como também atividade positiva do Estado. Esse sistema de valores se irradia (para usar o antigo termo adotado pelo Tribunal Constitucional alemão) para todo o ordenamento, mas sempre de maneira indireta[109].

Aqui cabe uma digressão quase imprescindível. Na linha do quanto apontado inicialmente, de há muito não se podem tomar valores morais ou supralegais como passíveis de preenchimentos das assim chamadas "cláusulas abertas ou gerais". Ao invés deles, é a Constituição quem deve ditar os valores que o intérprete utilizará no preenchimento dessas cláusulas gerais. Ademais, sobretudo pelas cláusulas gerais, os diretos fundamentais influenciam e devem mesmo influenciar o direito privado.

Como dito, a teoria da eficácia indireta é a mais aceita nos países com maior tradição no estudo do tema. E mesmo assim, não passa incólume a ataques. Para seus críticos, os direitos fundamentais, então, formariam uma ordem de valores (o que está correto) e essa ordem deveria nortear toda a legislação e todas as relações jurídicas.

A partir dessa ideia, a crítica mais contundente é bem delineada por Konrad Hesse, apontando um sistema totalitário dos direitos fundamentais pelo prisma eleito na teoria da eficácia indireta[110]. Embora admitindo o significado decisivo dos direitos fundamentais, aponta o grande jurista que isso não equivale a dizer que a Constituição seja o fundamento de todo o direito (no sentido de que qualquer relação

---

[109]No caso específico do Brasil, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos são veementes na crítica à antiga hermenêutica: "A *falta de efetividade* das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não-reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma histórica marcada pela insinceridade e pela frustração. [...] E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas,* dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais." (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 272-273).

[110]Forsthoff ironiza a preponderância ao dizer que os direitos fundamentais criariam uma ordem objetiva de valores que deveria nortear do direito penal à fabricação de termômetros. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85).

jurídica esteja, ao menos em gérmem, regulada pela Constituição, nos termos da ironia de Forsthoff já vista anteriormente).

Hesse sai em defesa da autonomia do direito privado, indicando tratar-se de ramo autônomo do direito, nada obstante não represente um sistema fechado como antes fora tomado.[111]

Ainda e com os efeitos práticos mais temidos, critica-se a possibilidade de uma tirania da jurisprudência constitucional sobre a ordinária, haja vista a possibilidade de condução de quase todas as demandas ao tribunal constitucional[112]. De fato, pelo menos no Brasil, esse risco não pode ser desprezado. O efeito é claro, manifesto e preocupante: tornar o Supremo Tribunal Federal um tribunal de apelação, com toda carga de trabalho e consequente demora nos julgamentos. Aos litigantes mais habilidosos ou, se preferirmos, renitentes, a decisão última de uma determinada lide ficaria mais dilatada. Claus-Wilhelm Canaris denominou essa problemática de super-revisão[113]. Esclarece que referido problema não fica restrito à jurisdição dos tribunais cíveis, alcançando todas as áreas do Direito. Nada obstante, entende o jusfilósofo que isso é um problema processual-constitucional, cuja solução não transita no presente campo temático[114].

Finalmente, outra crítica coerente diz respeito à insuficiência das cláusulas gerais como porta de entrada dos direitos fundamentais no direito privado. Entre nós, exemplos de cláusulas gerais no Código Civil são o art. 187 dispondo cometer "[...] ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"; o art. 122, que toma lícita a condição não "[...] contrárias à lei, à ordem pública ou aos

---

[111]Nas palavras do doutrinador alemão: "Não significa que a constituição tenha se tornado atualmente o fundamento de todo o direito e, por consequência, também da ordem jurídica privada, pois mesmo não guardando o caráter de sistema hermético e ilhado dos demais ramos do direito, ele prossegue como um ramo autônomo (SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85).

[112]Vale insistir que a questão, sem dúvida, a despeito da pouca importância que a teoria possa atribuir a tal problema, trata-se de questão bastante tormentosa, máxime num sistema judicial como o nosso, já recheado de um sem número de recursos. É claro que a teoria não implementa ou propõe nenhum novo recurso, não tendo qualquer condão processual. Todavia, não há negar que ela fomenta a possibilidade de aceitação do recurso extraordinário (Constituição Federal, art. 102, inciso III, "a").

[113]CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006. p.44.

[114]Ibid., p. 47. O doutrinador tedesco entende que uma interpretação restritiva ao 93 da Constituição alemã e a ausência de uma excessiva intromissão em questões infraconstitucionais seriam suficientes para solução do problema, ao menos naquele país.

bons costumes"; o art. 113, que determina a interpretação dos negócios jurídicos "conforme a boa-fé"; art. 1.638, inc. III, que determina a perda do poder familiar ao genitor que "[...] praticar atos contrários à moral e aos bons costumes".

Mesmo assim há um sem número de casos em que essas cláusulas seriam insuficientes para alterar a relação interprivados. A concepção de manifesta insuficiência dessas portas de entrada pelas cláusulas gerais encontra em Canaris um grande defensor[115].

2.1.5 Eficácia indireta após o caso *Lüth*

Por ser a doutrina da eficácia indireta a mais aceita e prestigiada, ela dispõe de desenvolvimento respeitável tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Um apanhado completo do estágio atual dessa teoria foi realizado por Claus-Wilhelm Canaris, indicando a superação de muitos conceitos que balizaram aquele primeiro caso.

Para além de apresentar os casos principais da jurisprudência alemã que se seguiram ao caso *Lüth*, Canaris oferece uma proposta dogmática para compreensão e aplicação dos direitos e garantias fundamentais no direito privado, rejeitando e criticando o chamado efeito irradiante e preferindo a substituição do impreciso termo pelas propostas de imperativo de tutela e proibição de insuficiência.[116]

Primeiramente, aponta a majoritária doutrina alemã que a eficácia dos direitos fundamentais é sempre direta quando relativa às leis de direito privado. Isso tanto pela razão das normas de direito privado poderem intervir fortemente nos direitos fundamentais, quanto pela ideia de hierarquia de normas, estando as normas ordinárias vinculadas ao conteúdo dos valores constitucionais. Equivale a dizer que o legislador está atrelado aos direitos fundamentais de forma imediata, inclusive porque a validade de uma norma inferior só pode ser aferida por uma

---

[115]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.

[116]Id. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

norma superior. É óbvio que o alcance desse conteúdo não é o mesmo daquele que se estabelece entre o cidadão e o Estado.

E não só o legislador, mas também o desenvolvimento judicial do direito privado que está atrelado imediatamente aos direitos fundamentais. Isso ocorre principalmente pelo fato das leis serem preenchidas, por assim dizer, com conteúdo concreto apenas ou principalmente no exercício da jurisdição[117]. De maneira elementar, se apenas as leis - e não seu desenvolvimento - estiverem vinculadas àquela classe de direitos, a perda de verdadeira efetividade é evidente.

A necessidade de efeitos junto ao julgador fica patente quando observamos os parcos resultados práticos quando exista uma alteração de paradigma não percebido ou não aceito pela jurisprudência. O maior exemplo recente dessa atitude em nosso país diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor, cujas profundas mudanças não foram e ainda não são bem aceitas pelos julgadores.

Isso fica claro quando um tribunal superior aceita uma queixa constitucional por haver uma violação de direito fundamental pela errada aplicação do direito privado por um tribunal cível. Vale dizer, não era a lei quem feria direito ou garantia fundamental do particular, mas sua errada compreensão e aplicação, o que ocorre pelo julgador. O fato do Tribunal Constitucional admitir uma queixa (para usarmos a denominação alemã) contra tal decisão, bem demonstra que é o exercício da jurisdição que está a solapar prerrogativa do particular.

Mas não é a decisão em si mesma, segundo Canaris, que permite conhecer do recurso constitucional, senão a norma que subjaz à decisão cível. Esta norma, que arrima a decisão judicial cível, está submetida ao controle de constitucionalidade dentro das funções ordinárias dos direitos fundamentais, ou seja, proibição de intervenção e imperativo de proteção. O controle que se faz sobre a norma subjacente à decisão é o mesmo que se faria a uma norma legal qualquer.

---

[117]"Com efeito, independentemente de todas as controvérsias em torno da questão da natureza normativa do 'direito dos juízes', pelo menos sob o ponto de vista fático é, em grande medida, apenas a jurisprudência que confere às leis pleno conteúdo, criando, portanto, *Law in action* em contraposição a *Law in the books,* e que, assim, influencia decisivamente as consequências práticas da legislação para as posições jurídicas fundamentais do cidadão. Acresce que, a não ser assim, chegaríamos à consequência, absurda, de a proteção dos direitos fundamentais ficar dependente dos acasos da técnica legislativa, sendo, por exemplo, bem mais intensa no caso de uma norma precisa na hipótese do que no caso de uma cláusula geral" (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 40-41).

Estas proposições estão, até certa parte, divergentes daquelas adotadas no caso *Lüth*, nas quais a eficácia dos direitos fundamentais sobre o direito privado foi denominada como efeitos irradiantes. Resumidamente, o termo irradiação carece de precisa extensão e fundamento, cuidando-se mais de um recurso de linguagem do que uma proposta jurídica. Adotando o termo irradiação, o Tribunal teve forte preocupação com o problema de estender demasiadamente a possibilidade de recursos constitucionais (super-revisão). Mas tal problema não fica restrito ao direito privado e nem pode ser resolvida pela forma da eficácia dos direitos fundamentais, mas pelos instrumentos do direito processual.

Nada obstante, no plano material, a irradiação pode ser muito bem substituída pelas funções ordinárias dos direitos fundamentais, quais sejam: proibição de intervenção e imperativo de tutela. E nos mais recentes julgamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão têm sido observadas justamente estas funções normais dos direitos fundamentais, inclusive com adoção da nomenclatura proposta.

Em contrapartida à adstrição do legislador (feitura da lei) e do julgador (completude e concretude da lei), os sujeitos de direito privado estão, a princípio, fora da vinculação imediata. Apenas muito raramente se poderá encontrar um caso de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, que exigirá, de resto, uma fundamentação especial. Logo, só se fala em eficácia imediata em relação a terceiros quando a norma de direito fundamental tiver como destinatário o particular e não o Estado por meio do legislador e do julgador. E ainda quando haja vinculação direta, esta não deverá ocorrer com o mesmo conteúdo do que se dá entre o cidadão e o Estado.

Mas como se explica o fato de, em regra, os direitos fundamentais não terem eficácia direta em relação aos particulares, mas ainda assim exercerem influência sobre os sujeitos privados? A resposta, diz Canaris, está numa palavra-chave por ele denominada imperativo de tutela.

O Estado é o sujeito passivo dos direitos fundamentais, mas permanece com o dever de proteger um cidadão contra outro cidadão quando haja lesão a um direito fundamental do particular. A essa proteção obrigatória denominou imperativo de tutela. O termo goza de amplo prestígio na doutrina e tem sido adotado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Ademais, a Constituição, ao garantir que ocorra a defesa do particular, fixa para o Estado um mínimo de proteção, o que foi chamado proibição de insuficiência[118]. Em pontos essenciais, o imperativo de tutela e a proibição de insuficiência distinguem-se da proibição de excesso e proibição de intervenção[119]. De toda sorte, é essencial frisar que se houver intervenção estatal nas relações entre privados - que a princípio são livres – será necessário justificar essa tal intervenção.

Para tornarmos mais claro o entendimento, vale voltarmos ao emblemático caso *Lüth.* Ao invés de utilizar-se do efeito irradiante, bastaria que o Tribunal disesse que sequer era caso de intervenção na relação jurídica, negando-se, à partida, uma intervenção estatal num debate estabelecido exclusivamente no campo das ideias, sem recursos a quaisquer outros aportes, inclusive financeiros. Era desnecessário então o dito efeito irradiante dos direitos fundamentais, pois já era indevida a intervenção estatal, vez que, num Estado livre, a princípio não se regula por imposiçoes e proibições a relação dos particulares. Mas isso nao equivale a dizer que a liberdade autorize uma ofensa na esfera de bens de outrem. Apenas existe uma omissão de intromissão[120].

E referida proteção deve ocorrer também e, sobretudo, pelo direito privado. A proposta de Canaris, ao tempo que mantém o Estado como destinatário daquela classe de direitos, explica como e porque os particulares sofrem influência destes mesmos direitos[121]. De outra parte, esclarece que o fato de uma questão poder ser solucionada pelo direito privado não afasta a dimensão jurídico-constitucional que

---

[118]CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 60.

[119]Solução diversa ocorreu no conhecido caso *Blinkfuer,* no qual também havia apelo a um boicote, mas com recursos a pressões econômicas e, portanto, o Tribunal reconheceu o dever do Estado agir e impossibilitar aquilo que feria o direito fundamental do prejudicado.

[120]"Isto torna-se plenamente claro se, também aqui, se formular a *ratio decidendi* como norma. Esta poderia ter, aproximadamente, o seguinte enunciado: um apelo ao boicote dirigido contra um filme, que se verifica sem o emprego de pressão econômica e sem intenção concorrencial, não (!) lesa o realizador e o proprietário de cinemas em que o filme passa [...] de tal forma que não (!) lhes assiste qualquer direito a uma omissão, por parte do autor do apelo ao boicote – um enunciado que, pela sua formulação negativa, permite tornar bem claro que se trata de uma denegação de proteção jurídica" (CANARIS. op. cit, p.64).

[121]Não se atribui aí todos os comportamentos dos particulares ao Estado, o que caracteriza um outro entendimento (teoria da convergência estatista) sem prestígio na doutrina atual. Jürgen Schwabe é o grande defensor desse entendimento. No entanto, "[...] nem em um Estado Totalitário, onde o aparato estatal está por toda parte e a atividade pública de intervenção é incessante, a teoria de Schwabe poderia ser considerada válida. O Estado jamais poderia tutelar de forma pormenorizada todas as relações jurídicas formadas entre os indivíduos" (SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.190).

ela dispõe. Isso pelo simples fato de, por vezes, a lei ou sua aplicação pelos tribunais não corresponderem ao conteúdo previsto na Constituição e, assim, não se pode afastar a possibilidade de um recurso constitucional.

A necessária referência do legislador ao conteúdo constitucional não o priva de legislar com ampla margem de discricionariedade, pois há larga distância entre as proibições de insuficiência e de excesso[122].

Por fim, a proibição de insuficiência não é coincidente com o dever de proteção. Primeiramente, constata-se de há mesmo um dever de proteção em determinada matéria e, só depois, verifica-se se a proteção oferecida está abaixo do mínimo esperado jurídico-constitucionalmente.

2.1.6 *Tertium genus:* a doutrina de Robert Alexy

A pertinência das críticas a cada uma das teorias de eficácia dos direitos fundamentais é apresentada e admitida por Robert Alexy, a tal ponto de fazê-lo concluir que, no atual estágio da discussão, não será possível defender inteira ou exclusivamente a nenhuma dessas ideias. Segundo sua análise, "[...] até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa."[123] Continua e propõe que "[...] somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada."[124]

O eminente jusfilósofo começa seu raciocínio esclarecendo a base da Constituição Alemã (em raciocínio inteiramente aplicável à nossa Constituição Federal), tomando-a como sendo de natureza mista material-procedimental[125]. Os

---

[122]Assim se vê, *v.g.,* que a faculdade de maioridade civil apenas aos vinte e cinco anos constituiria uma excessiva intervenção do legislador, enquanto a concessão desta mesma maioridade a partir dos quatorze anos iria caracterizar uma insuficiente proteção da pessoa humana.

[123]ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p.533.

[124]Ibid., p.533.

[125]Ibid., p. 521. Uma constituição procedimental dispõe apenas de normas de organização e procedimento. Referente à legislação, essa espécie de constituição não exclui nada, de forma direta, do possível conteúdo das normas ordinárias. Já a constituição genuína ou puramente material – se fosse tal espécie possível – deixaria à legislação ordinária possibilidade de simplesmente declarar o conteúdo daquilo que, em última instância, já estava contido ou já era devido por força da própria constituição.

direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais (que são coisas distintas), nessa concepção, desempenham papel central no sistema jurídico, independentemente de seu conteúdo. Naquele sistema em que eles (direitos fundamentais) dispõem de pouco conteúdo – o que não é o caso do nosso sistema - delega-se muito poder ao legislador e vice-versa.

Mesmo sem socorro à eficácia dita horizontal, é fácil perceber que os direitos fundamentais influenciam todo o sistema normativo na medida em que interferem na relação Estado-cidadão, garantindo direitos subjetivos ao cidadão em relação ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. Dentre esses direitos, há prerrogativa de proteção contra outros cidadãos, o que só pode ser efetivado pelo Estado.

É prerrogativa do indivíduo não ter contra si uma decisão da jurisdição civil que lhe afete os direitos fundamentais. Se a garantia trata de jurisdição civil (e não constitucional) há necessária consequência na relação cidadão-cidadão. A conclusão é a inegável interferência, por um ou outro modo, dos direitos fundamentais no sistema normativo.

Partindo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão[126], Alexy indica ser possível substituir o conceito dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores por uma teoria dos princípios, ou seja, substituir-se o conceito de valor pelo conceito de princípio.

Delicado é indicar o significado preciso do caráter objetivo dos princípios. O mais correto, sempre conforme o doutrinador alemão, é abstrair o caráter subjetivo dos direitos fundamentais para encontrar a resposta. Assim, se *a* tem, diante do Estado (*e*), um direito a *P* (*RaeP*), então *e* tem, diante de *a,* um dever em relação a *P.* Abstraindo-se o caráter subjetivo, resta uma obrigação de *e* em relação a *P* (*OeP).*

Se a obrigação fosse, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento, o princípio objetivo seria a ausência de intervenção do Estado na manifestação de pensamento (já abstraído o caráter subjetivo da relação). Mas tal

[126]"Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulso para a legislação, a Administração e a jurisprudência." (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 524).

princípio teria caráter muito restrito de irradiação, não alcançando todos os ramos do direito. Assim, fazem-se necessárias outras duas abstrações. A primeira relativa ao destinatário do direito (obrigado) e a segunda relativa às peculiaridades do objeto (no caso, abstenção da intervenção estatal). Nessa tripla abstração, o direito de *a* em relação ao Estado, no sentido deste último não embaraçar a livre manifestação do pensamento, transforma-se simplesmente em um dever-ser da liberdade de opinião. É a essa espécie de princípio que se refere quando se diz "decisões jurídico-constitucional fundamentais", "decisões axiológicas", etc.

No grau máximo de abstração, tais princípios têm a vantagem de serem muito flexíveis. De outro lado, apresentam um aspecto negativo pela extrema indeterminação. Portanto, a aceitação dos princípios como ordem objetiva de valores não é, em si mesma, imprópria ou inadequada, senão incompleta. Podem ser usados para os mais diversos fins e, de tal sorte, dizem muito pouco. Mais relevante é a forma como a influência deve ocorrer.

Defende Alexy a irrelevância, perante o Judiciário, da escolha por uma ou outra concepção da eficácia horizontal (eficácia direta, eficácia indireta ou eficácia mediada por direitos frente ao Estado), tendo a escolha por uma das teorias reflexos sensíveis apenas no campo argumentativo. Considerado o manto prático, pragmático, objetivo, todas as teorias levam ao mesmo resultado.

Evidente que as teorias têm extensões diferentes. A eficácia indireta tem o juiz como destinatário principal. Já a eficácia mediada por direitos em relação ao Estado tem o legislador como objeto principal.

Seja como for, perante o Judiciário, os resultados serão absolutamente os mesmos. Nenhuma das teorias transporta a ideia de relação Estado-cidadão para aquela entre cidadão-cidadão[127]. Nesta última, vale sempre lembrar, ambas as partes dispõem de direitos fundamentais. Logo, a eficácia fere a questão do sopesamento.

---

[127]Diz Alexy: "Em primeiro lugar, efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão. Isso é, por razões conceituais, impossível e não é defendido por qualquer dos representantes da teoria dos efeitos diretos. Por definição, um direito do cidadão contra o Estado não é um direito do cidadão contra outro cidadão. Em segundo lugar, não se pode querer obter um efeito direto por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado" (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 538).

Alexy propõe um sistema em três níveis, nos quais não há uma relação de graus, senão de intermediação. O primeiro nível corresponde ao dever estatal. Nele, as normas fundamentais valem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todo o sistema legal. Equivale dizer que tais valores terão observância obrigatória tanto pelo legislador civil como pela jurisdição civil. Este primeiro nível corresponde à teoria da eficácia indireta.

No segundo nível, há um direito do cidadão contra o Estado naquilo que for relevante na eficácia com terceiros. Logo, os direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos do cidadão. Só assim é possível entender como um Tribunal pode violar direito do cidadão por meio de um julgado. Ora, só se viola o que existe; não há meios de ofender direito que a parte não possui. Este nível, entretanto, é pertinente aos direitos de defesa, mas não apresenta solução racional quando o titular do direito fundamental se insurja contra permissões ou autorizações.

O autor exemplifica seu raciocínio com o caso *Blinkfuer.* A editora Springer instigou os vendedores de jornais e revistas a boicotarem a revista *Blinkfuer,* incluindo ameaças àqueles que não aderissem ao boicote. Em ação indenizatória do editor da revista *Blinkfuer,* o Superior Tribunal Federal rejeitou o pedido indenizatório. O Superior Tribunal Federal anulou essa decisão, argumentando que ela feria direito fundamental do editor da revista, ou seja, o julgado do Superior Tribunal Federal tomava como lícita a conduta relativa ao boicote. O primeiro julgado, segundo o Tribunal Constitucional Federal, não garantiu ao editor da revista *Blinkfuer* a proteção estatal contra uma ação privada que o prejudicava. Aí não existe, pois, direito fundamental de *status* negativo, senão um direito de proteção do particular pelo Estado contra ação de outro particular.

Portanto, a construção calcada em direito de defesa merece ser complementada por um direito baseado em proteção. Apenas que a soma do direito de proteção e defesa não apresenta, ainda, uma construção unitária. Todavia, só é admitido ao particular um direito à observância do direito fundamental favorável ao cidadão, na medida do possível.

O julgador, de um lado, deve considerar os direitos fundamentais invocados pelas partes. Entretanto, de outra banda, precisa observar as normas privadas vigentes, exceto se todas as interpretações dessas normas forem incompatíveis com

os direitos fundamentais. Deve ser lembrado que os princípios, muitas vezes, admitem uma pluralidade de interpretações. Ademais, o julgador está vinculado não só aos direitos fundamentais, mas a outros fatores como o respeito às opções legislativas de quem foi eleito para legislar. A chave para melhor decisão fica na mensuração de observância da norma fundamental "na medida do exigível".

O terceiro e último nível do modelo pertine aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações interprivados. Numa simplificação máxima, pode-se dizer que há direitos entre cidadão que existem por conta da ordem objetiva de valores fundamentais, mas que não existiriam na ausência desses valores. Dai que um efeito indireto acaba por gerar efeito direto.

Sendo assim, qualquer das teorias leva, em última instância, a um efeito direto, ao menos perante o Judiciário. Não que elas (teorias) sejam desprezíveis, mas a escolha de uma ou outra terá reflexos mais no campo argumentativo que no prático.

De todo modo, não se pretende, com tal modelo, desprezo às normas civis. Primeiro porque, quase sempre, não há apenas uma interpretação possível para referidas normas que seja compatível com as normas fundamentais. Segundo, porque não é claro o que os direitos fundamentais apresentam como solução para determinado caso civil. Assim, na jurisdição civil, o juízo que pretenda desconsiderar as normas civis e efetuar o julgamento calcado exclusivamente no texto constitucional, contrariando a legislação ordinária a que está vinculado *prima facie*, assumirá o ônus argumentativo[128].

2.1.7 Reflexos da doutrina de Alexy

Sem dúvida, a concepção do direito como um sistema de normas é mais completo do que aquela que o vê como um mero conjunto de normas[129]. O primeiro

---

[128]É óbvio que tal ônus, embora não excludente do quanto dispõe o inc. IX, art. 93 da Constituição Federal, está muito além da fundamentação comum das decisões. Essa fundamentação, no mais das vezes, exige do julgador a indicação das razões de seu convencimento e o respectivo embasamento dogmático.

[129]Diz Flórez-Valdéz: *"El 'conjunto de preceptos constitucionales', como marco de referencia, no supone uma mera yuxtaposición; debe concebirse como uma unión sistematizada y conectada a la superior unidad del ordenamento jurídico. Porque si el Derecho, como Ciencia, há de ser sistema de normas – y no sólo conjunto de normas – em el Derecho em sentido objetivo – como ordenamento*

efeito claro da irradiação dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito, naquilo que é mais relevante ao nosso estudo, é a limitação de conteúdo das normas do direito privado e, portanto, societário. Aliás, não só da legislação, mas, sobretudo, da jurisdição civil, excluindo-se conteúdos constitucionalmente impossíveis e garantindo conteúdos necessários pelo prisma constitucional.

O segundo reflexo tange ao tipo de determinação de conteúdo. A dificuldade, aqui, explica-se pelo fato da determinação de conteúdo não apresentar um único resultado possível, senão diversos. A natureza principiológica dos direitos fundamentais exige um critério de sopesamento. Conquanto racional, esse critério não tem cunho matemático e sofre variações de resultado, conforme o observador/julgador, os fatos, as circunstâncias temporais e sociais. Em outras palavras, o sistema jurídico passa a ser um sistema aberto.

A terceira consequência atine ao tipo de abertura do sistema. A conceituação básica dos direitos fundamentais, como vimos no início desse trabalho, tem pertinência com a igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana. Logo, a abertura tem um caráter moral bastante acentuado.

Em verdade, sem prejuízo da digressão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, não se pode ignorar, segundo oportuna advertência de Gustavo Tepedino, a necessária superação do debate a respeito da aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Como dito, se se trata de um sistema unitário, "[...] a norma constitucional deve prevalecer com ou sem regra específica, vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de modo que sua aplicação deve traduzir, sempre, a aplicação da própria Constituição."[130]

---

jurídico – en primer lugar, 'no se trata de uma suma aritmética de sus partes, sino de uma unidad em la que las partes se integran'." (FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1986. p.174).

[130]TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral do Direito Civil,** Rio de Janeiro, ano 9, v. 30, p. 69-80, jul./set. 2008.

2.2 Autonomia privada e restrição a direitos fundamentais

Para os fins do presente trabalho, a análise de mais interesse é se a restrição à limitação dos direitos fundamentais alcança os atos privados ou está reservada aos atos do poder público. Em outras palavras, também na esfera de relações interindividuais é possível sopesar o exagero de alguma limitação aos direitos individuais.

Pelas colocações feitas até aqui resta indubitável que o posicionamento é, sim, de eficácia horizontal, eficácia entre terceiros, efeitos irradiantes ou, se preferirmos, apenas eficácia dos direitos fundamentais em qualquer campo do direito, inclusive nas relações envolvendo as sociedades.

Mas estabelecido o conflito, será necessária a solução do problema de modo a pacificar a lide. Mas, então, surge outra questão (e aqui nos aproximamos do quanto pretendemos demonstrar quanto à eficácia dos direitos e garantias fundamentais no direito societário), bem mais tormentosa e complexa que a primeira: de que maneira é possível efetuar referido controle?[131]

Com a autoridade de quem é um dos maiores estudiosos do tema no Brasil, Wilson Steinmetz traz raciocínio bastante lógico, estabelecendo diretrizes para aplicação objetiva da norma. Em proveitoso estudo[132], Steinmetz enumera os parâmetros que se mantiveram uniformes na jurisprudência e na doutrina desde o julgamento do caso *Lüth* (1958), na Alemanha, estabelecendo ou, melhor, propondo diretrizes para os casos em que for necessário o dito sopesamento.

Conquanto em país e sistema jurídico diverso do Brasil, parece-nos de todo aconselhável não desprezar a experiência vivenciada na Alemanha e utilizá-la como

---

[131]No enfrentamento desse desafio, a jurisprudência já tem anotado que "mesmo se adotando a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, pela qual esses direitos podem incidir diretamente nas relações privadas, essa aplicação não deve ocorrer com a mesma intensidade que se verifica nas relações verticais (entre Estado e indivíduo), em razão da autonomia da vontade. Caso contrário, o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput,* da CF), por exemplo, obrigaria as sociedades empresárias privadas a fazer licitação antes de celebrar os contratos necessários à realização da atividade econômica, dando igual oportunidade a todos os interessados, o que seria um absurdo" (Apelação n. 0068606-89.8.26.0576. SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:** consulta de processos: jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 28 fev. 2013).

[132]STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11-53.

parâmetro, ao menos, para o caso brasileiro[133]. Aliás, cabe lembrar o vanguardismo e influência do Direito alemão no mundo todo.

Pela primeira diretriz proposta por de Steinmetz, as normas de direitos fundamentais tem eficácia nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito empresarial). A afirmativa equivale a dizer que, em dado caso concreto, a aplicabilidade de normas de direitos fundamentais não se dará com base na própria norma constitucional - *ex constitutione* - mas, antes, será efetivada e modulada pelas normas e parâmetros do próprio direito privado.

A diretiva, ao tempo em que já se posiciona quanto à natureza da norma necessária ao melhor desfecho da causa, também afasta a crítica quanto ao desprezo ou esvaziamento do conteúdo do direito privado na regulamentação das questões que lhe são inerentes. O direito ou garantia fundamental merecerá ser sopesado, mas dentro dos parâmetros dogmáticos do direito privado.

Na segunda diretriz, considera-se que a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada a uma mediação concretizadora, num primeiro momento, do legislador de direito privado; num segundo momento, a mediação pode ocorrer pelo juiz e pelos tribunais.

Importa dizer, assim, que a segunda diretriz atribui o papel primordial de concretude dos direitos fundamentais nas relações interprivados ao legislador. Mas não se afasta, secundariamente, a possibilidade dos juízes ou tribunais também o fazerem, por qualquer razão. Vale dizer: nos casos de omissão do legislador ou impossibilidade de concretude dessa classe de direitos pelo legislador, Steinmetz não afasta que a concretude venha a ocorrer, no caso concreto e já estabelecida a relação processual, pelo Poder Judiciário.

Na terceira diretriz, é indicado caber ao legislador o desenvolvimento ou, se preferirmos, a concretização dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações especificadas que delimitem o conteúdo, as condições e os

---

[133]Busca-se evitar, a todo custo, o que Paula Forgioni denominou como um “encantamento” por “teorias de prateleira”, absolutamente inadequadas para resolverem os problemas do direito pátrio (FORGIONI, Paula Andréa. Prefácio. In: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária:** financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012).

pressupostos de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares.

Se não fica afastada, portanto, a concretização pelo Poder Judiciário, como acabamos de ver, ao mesmo tempo deixa-se bem vincado que isso deverá se dar prioritariamente pelo legislador. Uma das mais relevantes razões para tanto – senão a maior – é que estabelecida a regulamentação pelo legislador, diminui-se (embora não se extinga) a discricionariedade judiciária do conteúdo teor das decisões e mesmo o alcance das normas fundamentais. Este efeito, como é óbvio, para além de tornar claras as especificidades da aplicabilidade da norma, ainda tem o mérito de indicar tais especificidades sempre de maneira adrede ao problema.

Por fim, a quarta diretriz indica ser tarefa do juiz e dos tribunais, ante o caso que se lhes apresente, e sempre na ausência de desenvolvimento legislativo específico, dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme os direitos fundamentais).

Nesta senda, a tarefa deverá ocorrer principalmente naqueles textos que contém cláusulas gerais, como “ordem pública”, “bons costumes” e “boa-fé, com o intuito de interpretá-las e aplicá-las em consonância com a valoração da comunidade a qual subjazem às normas de direitos fundamentais ou, então, que por essas normas são veiculadas. A ideia, como será melhor demonstrado, fere as chamadas “portas de entrada” das normas fundamentais no direito privado, valendo-se de “cláusulas gerais” para, adentrando o campo privado, irradiarem os efeitos de suas normas neste mesmo campo.

As diretrizes dessa doutrina merecem trânsito, pois acabam conformando o quanto é mais razoável: a eficácia dos direitos fundamentais ocorre nas relações privadas não como direitos subjetivos constitucionais, mas como um sistema de valores (*Wertsystem*) embutidos, primeiramente, pelo legislador e, depois, pelo juiz e pelos tribunais, caso necessário.

Importa esclarecer, ainda seguindo o raciocínio de Steinmetz, que a aplicação advinda do legislador ou do Judiciário, desde que observadas as diretrizes acima traçadas, é mais adequada, uma vez que:

a) preserva a autonomia privada – princípio basilar do direito privado;

b) garante a identidade e função do direito privado;

c) assegura maior segurança jurídica, sendo as normas de direito privado mais específicas e detalhadas que os comandos abstratos dos direitos fundamentais;

d) evita a chamada "panconstitucionalização" do ordenamento jurídico, fenômeno desinteressante tanto ao direito privado como ao direito constitucional.[134]

A grande questão é que não havendo parâmetro de eficácia e se normas de direitos fundamentais têm o condão de anular, total ou parcialmente, atos de direito privado, inexistiria, por consequência, a almejada segurança jurídica. Mais que isso: fica mais presente a vulnerabilidade das relações contratuais, com quase nada impassível de questionamento; a autonomia privada, aí sim, estaria gravemente comprometida.

Vale lembrar que a autonomia privada, para além de ser um princípio basilar do direito privado, é desdobramento do princípio da autonomia da pessoa. Por isso mesmo, diz-se que sendo ela uma garantia constitucional[135] não é passível de ser "anulada" pelos direitos fundamentais. A teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade existem, justamente, para solucionar embates entre um e outro, devendo cumprir tal mister de maneira racional[136].

Convém dizer: a autonomia privada é desdobramento do direito de propriedade (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXII), pois quem detém a propriedade pode (ou deve poder) livremente dela dispor. A viabilização desse ato – transação sobre a propriedade - ocorre por meio dos contratos. A autonomia privada é imprescindível à

---

[134]Essa medida, a um só tempo, além de ser tecnicamente mais interessante no aspecto científico do Direito, poderá ter o condão de evitar um outro efeito extremamente deletério: a vulgarização de demandas com apelo constitucional e, por tal, passível de ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Aliás, esse efeito é uma das grandes preocupações daqueles que militam no foro e argumento contundente dos detratores da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares. A este problema Canaris chamou super-revisão e dele trataremos no cap. 3.

[135]Conquanto a Constituição não seja expressa quanto à autonomia privada, ela é claramente inferida do princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, inc. IV e art. 170, *caput*), liberdade do exercício de profissão (CF, art. 5º, inc. XIII) e direito de propriedade (CF, art. 5º, *caput* e inc. XXII).

[136]A despeito disso, como indicado alhures, a doutrina de Virgílio Afonso da Silva não acata tais diretrizes. Para o eminente constitucionalista, os direitos fundamentais tendem sempre a prevalecer em qualquer interpretação que se faça no choque com outras garantias constitucionais. Daí negar a possibilidade de sopesar a autonomia privada com direitos fundamentais, buscando parâmetros diversos daqueles até agora explicitados.

formação e cumprimento dos contratos. Daí, em silogismo elementar, se a Constituição protege a propriedade, protege, ao mesmo tempo, a autonomia privada.

Nada obstante, o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput*) é princípio fundamental da ordem econômica e da própria República. Não há meios de exercício da livre iniciativa, ou também a livre concorrência (CF, art. 170, parágrafo único) e liberdade de empresa (CF, art. 170, inciso IV), sem a autonomia privada. Em outras palavras, de maneira bastante singela, quem protege a livre iniciativa, protege a autonomia privada[137].

Calcado em tais parâmetros e valendo-se da teoria dos princípios na forma proposta por Robert Alexy (já analisada no item 2.2), Steinmtez propôs um sistema de precedências *prima facie* entre direitos fundamentais e autonomia privada, com forte preocupação funcional, quase pragmática.

Tal sistema serve como parâmetro para a solução dos casos que envolverem a colisão ora analisada, mesmo admitindo desfecho diverso do proposto, pois em tal caso, a rejeição deverá ser fundamentada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

De qualquer modo, o sistema de precedências serve como defesa à argumentação de totalitarismo dos direitos fundamentais, "erosão normativa" do princípio da autonomia privada e fragilização do direito privado[138]. Na verdade, a autonomia privada fica garantida – sobretudo por também dispor de assento constitucional[139].

---

[137]Eros Grau, em visão nitidamente socialista, traz crítica ácida sobre o tema, defendendo ser a autonomia privada um mito, reservado à burguesia: "Daí ser necessário desnudarmos o comprometimento dos 'direitos fundamentais' e dos 'direitos do homem' com afirmação da primazia das autonomias individuais, quer dizer, autonomias individuais, quer dizer, autonomias individuais dos que podem tê-las, ou seja, dos proprietários burgueses. O fato é que as teorizações do Estado de direito nascem da luta da burguesia contra o poder absoluto do monarca, isto é, da luta pelo Estado juridicamente controlado/limitado, cuja legitimidade não carece mais de fundamento teológico, transcendente, metafísico". (GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na constituição de 1988.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p.37).

[138]Vez mais, cabe alerta da completa discordância de Virgílio Afonso sobre esse sistema, entendendo que, pelo caráter e peso dos direitos fundamentais em nossa ordem constitucional, os direitos fundamentais sempre prevalecerão em choque com qualquer outro direito constitucional.

[139]Trata-se de sistema geral, vez que a feitura de um sistema completo de precedências ou mesmo eficácia *prima facie* entre os direitos fundamentais e a autonomia privada é matéria reservada à jurisprudência constitucional, dada a amplitude do tema e da diversidade de questões passíveis de serem enfrentadas.

Com os olhos voltados ao sistema jurídico brasileiro, a dita proposta parte, assim, dos seguintes pressupostos:

a) preferência constitucional, na ordem jurídica brasileira, pelos direitos fundamentais[140];

b) distinção entre direitos fundamentais de caráter patrimonial e pessoal[141];

c) possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada.

Há possibilidade de colisão entre direitos fundamentais de caráter pessoal e autonomia privada e colisão entre esses mesmos direitos, mas de caráter patrimonial, e a autonomia privada. Também é possível que essas colisões ocorram em circunstâncias de igualdade e desigualdade fática dos particulares.

A eventual desigualdade diz respeito aos aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais e que fazem prevalecer determinado desfecho na relação jurídico-privada. Ao final, trata-se de analisar a qualidade da manifestação de vontade do particular que teve o direito fundamental atingido ou, se preferirmos, restringido por outro particular.

Apresentam-se, então, quatro possibilidades diferentes da referida colisão e, respectivamente, quatro precedências a serem observadas em cada uma dessas possibilidades.

Por primeiro, pode haver relação contratual de particulares em condições de desigualdade fática, vigendo uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

Depois, pode haver relação contratual de particulares em condições de igualdade fática, vigendo uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

---

[140]Posição preferente dos direitos fundamentais está clara no §1º, Art. 5º e inciso IV, §4º, art. 60, ambos da Constituição Federal. Em última análise, tais direitos são manifestações ou concretizações dos princípios da liberdade (direitos individuais), igualdade (direitos sociais) e do princípio da dignidade da pessoa humana.

[141]A distinção tem gênese doutrinária e, mesmo assim, tem caráter mais argumentativo, sem pretensões de exaustividade na explicação de cada direito fundamental. Podem ser citados como de caráter mais material o direito de propriedade (art. 5º, inc. XII), direito de utilização, reprodução e publicação de suas obras (art. 5º, inc. XXVII) e direito de herança (art. 5º, inc. XXX). Como de caráter eminentemente pessoal, pode ser lembrado o direito de intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, inc. X), liberdade de locomoção no território nacional em tempos de paz (art. 5º, inc. XV) e a liberdade de expressão na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inc. IX).

Em terceira hipótese, pode haver relação contratual de particulares em condições de igualdade fática, vigendo uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

Por fim, pode haver relação contratual de particulares em condições de desigualdade fática, vigendo uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Assim, das quatro hipóteses apresentadas, em apenas uma (igualdade fática na colisão de direito fundamental de caráter patrimonial com a autonomia de vontade) a autonomia de vontades terá primazia *prima facie.* A prevalência acatada coaduna-se com o prestígio dos direitos fundamentais em nosso sistema legal. É, outrossim, evidente que a análise de igualdade e desigualdade, bem assim do caráter patrimonial e pessoal dos direitos envolvidos fica reservado ao caso concreto.

Para além disso, mesmo que seja trivial a percepção das circunstâncias e da qualidade dos direitos envolvidos, ainda será possível a inobservância das soluções propostas, desde que fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Fortemente amparados nas diretrizes propostas por Steinmtez e já apresentadas e analisadas as diversas doutrinas sobre a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, pretendemos aferir como estes critérios podem ajudar a solucionar ou, ao menos, dimensionar mais precisamente se e quando referida eficácia terá no lugar na solução de questões práticas do direito.

Mas não estaremos restritos apenas a tais critérios, porque também dispomos da evolução da ciência jurídica alemã sobre o tema e que, observadas as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, poderá *mutatis mutandis* servir de guia a uma proposta sistemática da eficácia dos direitos fundamentais no direito societário.

Antes, contudo, vejamos e analisemos os julgados históricos e mais relevantes sobre o tema, além daqueles já prolatados no Brasil, pelos mais diversos tribunais.

CAPÍTULO 3 A JURISPRUDÊNCIA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO SOCIETÁRIO

3.1 A eficácia entre particulares em sua dimensão objetiva

O objetivo primordial deste capítulo é provar que a discussão não está restrita a uma especulação doutrinária e tampouco seja um tema meramente "emprestado" do estrangeiro, sem qualquer relevo prático em nosso país. Ao reverso, os julgados se multiplicam a cada dia e a outrora escassez de julgados referentes à matéria já não é mais presente[142].

Para demonstrar esse aspecto pragmático (e no direito toda questão, ao cabo, deve interessar o aspecto prático), colacionamos os principais julgamentos históricos sobre a eficácia dos direitos fundamentais para além de sua convencional aceitação, sobretudo pelo caso *Lüth* e *Shelley versus Kraemer.* Depois indicamos julgados paradigmas sobre o mesmo tema na jurisprudência europeia e na jurisprudência brasileira. No Brasil, vê-se que ainda é incipiente a discussão e poucos tribunais, dentre eles o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendem os parâmetros dogmáticos já desenvolvidos aqui e no estrangeiro.

E seria até despiciendo fazê-lo, mas a prudência recomenda advertir que a referência aos julgados não significa necessariamente a concordância com o teor, fundamento e resultado desses julgados, mas antes a cabal demonstração de que a matéria já é enfrentada em nossas cortes ordinárias e superiores.

3.2 Jurisprudência estrangeira

3.2.1 O caso Lüth

O mais famoso (e importante) caso já julgado sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados, sem dúvida alguma, foi o Caso *Lüth*. Cabe-

[142]A título de exemplo, em palestra no 11º. Congresso Nacional do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, realizado em 6 de novembro de 2011, Ipojucan Demétrius Vecchi diz que há quarenta e três julgados do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

nos a discrição, mesmo que sucinta, do feito e ao menos alguns apontamentos da repercussão na doutrina e jurisprudência da Alemanha primeiramente e, mais tarde, no mundo todo, daquele histórico julgamento.

A narrativa se justifica na medida em que este julgado materializou uma visão então inaudita e nada obstante a extrema importância deste julgado, ele ainda permanece bastante desconhecido no meio jurídico em geral, não havendo uma única obra específica sobre o caso no Brasil.

Sobretudo, chama a atenção a origem despretensiosa do caso, o qual, a princípio, aparentava não ser mais que uma briga banal de direito privado entre um judeu e um antigo nazista alemão, já no período pós-guerra.

Um cidadão alemão, de nome Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa Livre de Hamburgo, no início dos anos cinquenta, conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos e o público em geral a boicotarem um filme então lançado por Veit Harlan. Harlan fora uma celebridade nazista e responsável, segundo Lüth, pelo instigação à violencia contra os judeus (sobretudo pelo filme “Jud Süß”, de 1941).

Sentindo-se prejudicada, duas empresas cinamatográficas que custeavam a obra de Veit Harlan ajuizaram uma demanda cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB. Por aquela norma, toda pessoa que, por ação imoral, causar dano a outrem, fica obrigada a abster-se de tal conduta (no caso, prestação negativa de não conclamar ao boicote). O pedido, portanto, tinha objetivo cominatório no sentido de impedir que Erich Lüth conclamasse ao boicote do filme.

A pretensão obteve guarida no Tribunal Estadual de Hamburgo, que tomou a ação de Lüth como ilícita. Mas o entendimento desafiou recurso ao Tribunal Superior de Hamburgo e Reclamação Constitucional. O primeiro, negou provimento ao reclamo de Erich Lüth. No que importa, as duas instâncias consideraram que a ação de Lüth impedia o retorno de Harlan ao seu trabalho, com prejuízo financeiro a todos os envolvidos, inclusive às empresas que custearam a produção e distribuição da obra.

Entretanto, o argumento de Lüth era que a liberdade de expressão, prevista no art. 5º da Constituição Alemã, autoriza não apenas o próprio exercício da expressão, como também garante que esta expressão tenha como objetivo buscar

determinado efeito através da palavra. E, no Tribunal Constitucional Federal, o apelo obteve provimento, com reforma do entendimento do Tribunal Estadual.

O aresto teve sua fundamentação na dogmática do direito fundamental de liberdade de expressão e seus limites, bem assim na dogmática geral dos direitos fundamentais. Pela primeira vez, os direitos fundamentais foram tomados como direitos públicos subjetivos de resistência, voltados contra o Estado e como função de ordem axiológica.[143]

Cabe destacar que os principais fundamentos e inovações daquele histórico julgado podem ser resumidos da seguinte forma. Primeiramente, a noção de que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Para além disso, às normas de direito fundamental agrega-se também um ordenamento axiológico objetivo que alcança todas as áreas do direito, inclusive o direito civil (e poderíamos acrescer: alcança o direito comercial e societário).

Também ficou assentado que, no direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais afirma-se de modo mediato, ou seja, por meio das normas de direito privado, máxime pela via das cláusulas gerais.

De fundamental importância foi a consideração de que a própria jurisdição pode violar direitos fundamentais ao ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. Neste sentido, o papel do Tribunal Constitucional Federal alemão é revisar as decisões cíveis apenas naquilo que viola os direitos fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral.

Muitos dos outros fundamentos da decisão dizem respeito ao caso específico, como a consideração de que o apelo ao boicote nao viola necessariamente os bons costumes previstos no § 826 BGB, posto que referido apelo é passível de justificação constitucional por meio da ponderação dos fatores envolvidos no caso e não estão inseridos no corpo temático de nosso trabalho.

---

[143]Para além disso, o TCF também analisou as figuras da *Drittwirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil em seus aspectos processuais.

3.2.2 O caso *Shelley versus Kraemer*

Conquanto possam ser encontrados casos cronologicamente anteriores ao julgamento de *Shelly v. Kraemer,* aqueles outros julgados não tiveram a mesma repercussão deste último, tal como ocorreu no Brasil, onde o julgamento do Supremo Tribunal Federal relativo à exclusão de um associado da Associação Brasileira de Compositores – UBC (Recurso Extraordinário 201.819-8 Rio de Janeiro), embora não fosse o primeiro sobre a matéria, acabou servindo como paradigma e marco definitivo para a jurisprudência brasileira.

Em *Shelley v. Kraemer,* com o intuito de proibir a presença de negros em um loteamento na cidade de Sain Louis, foi inserida uma cláusula no contrato de compra e venda pela qual os compradores de terrenos daquele loteamento estavam proibidos de aliená-los a pessoas não-brancas.

Ocorre que um dos proprietários decidiu vender sua propriedade a um casal de negros. A venda foi contestada judicialmente, haja vista a violação da cláusula restritiva. O pleito, no Tribunal Estadual de Missouri, obteve guarida. Ma so entendimento desafiou recurso à Suprema Corte, que entendeu haver uma violação do direito de igualdade da Emenda XIV da Constituição americana.

Embora a solução tenha sido a esperada, o grande desafio dogmático que se apresentou foi o entendimento sempre presente naquele país de que o direito fundamental não alcança as relações entre particulares. Logo, a inserção da cláusula, por se cuidar de avença operada entre indivíduos, não poderia violar a Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos da América. E mesmo no julgamento de *Shelley v. Kraemer* não foram transpostos os limites dogmaticamente assentados.

O que ficou indicado é que a decisão do Tribunal de Missouri era uma ação estatal que corroborava/validava uma discriminação e, portanto, ela (decisão do tribunal *a quo*) era que feria o conteúdo da Emenda XIV, não advindo a violação da própria cláusula restritiva[144]. O grande problema no raciocínio, aponta Virgílio Afonso

---

[144]SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

da Silva de forma coerente[145], é que o tribunal não poderia ferir direito inexistente e, de tal forma, era impossível que a inconstitucionalidade tivesse sua gênese na decisão judicial, pois se a cláusula restritiva era constitucional, a decisão que a sustenta também o é.

Restou claro naquela decisão, continua Virgílio com crítica expressa ao raciocínio de Daniel Sarmento[146], que a construção da *state action,* a partir dali, rompia com a vinculação dos direitos fundamentais apenas nas relações indivíduo e Estado, equiparando, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, o ato privado ao ato público. À toda evidência a equiparação é forçada e, ao fim, pretendia coibir ato privados violadores dos direitos fundamentais.

3.3.3 A jurisprudencia europeia

A Europa, por ser o berço da discussão, apresenta o maior número de casos com decisões interessantes de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Dentre eles destacamos um ocorrido na Itália, envolvendo o então Primeiro Ministro Silvio Berlusconi. Não se trata da exclusão de sócio, mas do direito de livremente se associar e permanecer associado.

No caso em tela, um indivíduo (Pedrazzoli) firmou um contrato de seguro de vida com uma seguradora, denominada Mediolanum Vita. Ocorre que o presidente da seguradora era Silvio Berlusconi, que decidiu por adentrar o campo político e fundou um partido próprio, denominado *Forza Italia*. A formação do *Forza Italia* demandou apenas dois meses. Mas a celeridade incomum para referida constituição teve sua gênese, em grande parte, na utilização da rede de aquisição da companhia de seguros Mediolanum Vita.

Sucedeu-se, entretanto, que o particular Pedrazzoli, dissonante do viés político adotado pelo *Forza Italia* e por seu presidente, achou por bem rescindir seu contrato de seguro. A companhia seguradora assinalou que, nos termos do contrato, haveria perda de todos os prêmios por ele pagos até àquela época.

---

[145]SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.
[146]Ibid., p. 100.

Pedrazzoli, longe de concordar com a negativa, buscou amparo na justiça italiana, invocando seu direito fundamental de liberdade de associação, norma protegida pelo artigo 18 da Constituição italiana. Aduizu, ainda, ver-se obrigado a contribuir para um partido político, de cuja ideologia discordava. Para além disso, a perda completa dos prêmios pagos à companhia de seguros cerceava seu direito de rescindir o contrato.

O feito foi decidido em 1994 pelo *Tribunale di Milano.* A corte acolheu o pedido de Pedrazzoli. O tribunal considerou que a manutenção da cláusula de perda dos prêmios pagos levaria a uma violação da liberdade de associação de Pedrazzoli e que, portanto, interpretar o direito de livre associação contra ele seria contrário à boa-fé[147].

Ainda dentro da jurisprudência europeia e por sua enorme repercussão, lembramos o caso *Bosman v. UEFA.* Os estatutos da União Europeia de Futebol, assim como os da Federaçao Internacional de Futebol limitavam a circulação de jogadores de futebol entre clubes de diferentes nacionalidades. Era exigido o pagamento de uma taxa de transferência para que fosse efetivada a transferência de um para outro país, ainda que o contrato entre jogador e clube de futebol já estivesse findo.Nada obstante, era limitado a três o número de jogadores estrangeiros que poderiam simultaneamente formar o time.

Bosman, jogador de nacionalidade belga, aduziu limitação ao exercício de sua profissão. E embora a natureza da UEFA seja de uma entidade de direito privado, a Corte Europeia de Justiça decidiu que a livre circulação de trabalhadores deveria ser assegurada, estendendo a garantia do art. 48 do Tratado de Roma para além das ações estatais.

O mais relevante no caso foi a inexistência de uma interpretação diferente de uma cláusula geral a justificar a decisão, mas o socorro direto a um direito subjetivo do jogador no âmbito de sua relação mantida com particular, ou seja, existiu uma aplicação direta do direito fundamental.

---

[147]HESSELINK, Martijn W. The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law. **Europa e Diritto Privato,** Milano, n. 1, p 1-18, 2003.

3.3 A jurisprudência brasileira

3.3.1 O Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caracteriza, entre nós, aquela que apresenta a maior importância, tanto pela qualidade dos julgadores quanto pela influência e reflexos desses julgados no restante dos tribunais brasileiros.

As decisões desse Tribunal Constitucional são prenhes, como veremos abaixo, de reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais interprivados. Nos estudos sobre a matéria, é unânime o reconhecimento de que o julgado do Recurso Extraordinário 201.819-8 Rio de Janeiro é o mais importante não só na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como de todo o país. Foi este o julgado de maiores reflexos no campo doutrinário e jurisprudencial, não pelo ineditismo, mas principalmente por sua fundamentação.

O caso se estabeleceu por demanda ajuizada por um músico vinculado à Associação Brasileira de Compositores – UBC, no estado do Rio de Janeiro. O músico foi excluído dos quadros daquela associação, alegando-se infrações do excluído ao estatuto da associação. Conquanto a decisão tenha sido proferida por uma comissão especial formada com o fim exclusivo de analisar a conduta do associado, a decisão foi anulada em juízo. O juiz e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro argumentaram não haver sido conferida ao associado a plenitude de defesa. Segundo a justiça ordinária, a mera decisão do colegiado, sem que fosse precedida ao menos da manifestação do excluído, não atendia minimamente ao direito de defesa do associado.

De início, importa observar que a UBC saiu vencida nos dois julgamentos ordinários – em primeira e segunda instâncias – como também no julgamento do Supremo. A relatora sorteada para o caso, Ministra Ellen Gracie, dava provimento ao recurso. Entendeu a magistrada que o conteúdo da plenitude de defesa, garantia do art. 5º. da Constituição Federal, não alcançava entidade privadas nas relações que estabelecessem com terceiros e mesmo com seus associados.

Segundo a relatora, à associação era defeso desrespeitar a legislação civil, bem assim seu respectivo estatuto. Mas se obedecidas tais diretrizes – o que ocorria

no caso em questão – não necessitaria garantir a ampla defesa. No que mais importa, entendia a Ministra Gracie que o conteúdo do art. 5º da Constituição Federal não tinha o alcance pretendido pelo músico e que fora garantido pelas instâncias ordinárias.

Ocorre que o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos e apresentou voto divergente em sessão posterior. Em sua decisão, Mendes começou por identificar o processo como um raro caso de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivados. Traçou um histórico razoavelmente longo sobre o início da discussão doutrinária sobre o tema e feriu, já de proêmio, talvez a principal questão sobre o tema: o risco ou não de ser preservada a autonomia de vontade. Mesmo naqueles países em que a própria Constituição previu a eficácia horizontal dos direitos privados (caso de Portugal e Suíça), o problema persiste, vez que não se indica de que modo e em que medida se dá dita eficácia.

O Ministro Gilmar Mendes foi além da discussão doutrinária para apontar as peculiaridades do caso. A Associação Brasileira de Compositores é repassadora do numerário arrecadado do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Para o Ministro, a exclusão do músico iria impedi-lo de continuar recebendo a distribuição pela execução das obras – o que não parece ser verdadeiro, mas de toda maneira teve forte influência no entendimento do magistrado. O ECAD, segundo antigo julgado do mesmo Supremo Tribunal Federal, exerce uma função pública por delegação legislativa. O fato da UBC compor a estrutura do ECAD foi, enfim, preponderante para a decisão de Mendes (ele denomina a ação da entidade como inserida em “espaço público” ainda que não estatal).

Diante das peculiaridades do caso, entendeu o Ministro que não se cuidava do mero direito de associar-se ou permanecer associado, mas antes o tema feria à própria sobrevivência de um que outro associado, por isso, totalmente pertinente o direito à ampla defesa de maneira precedente à sanção. Nesta senda, o julgador arrima seu entendimento em estudo precioso de Paulo Gustavo Gonet citando diferenciação semelhante em julgado da Suprema Corte Americana, em que se distinguiu entidades voltadas à defesa de um ponto de vista de outras de cunho mais comercial. Aliás, não só nos EUA, mas também na Espanha, as associações de caráter mais ideológico estão mais distantes do controle judicial do que aquelas

outras de atividades predominantemente econômicas, afetas de maneira mais estreita à revisão judicial.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, portanto, conhecia do recurso e, no mérito, negava-lhe provimento, mantendo o entendimento esposado nas instâncias ordinárias.

A Ministra Ellen Gracie, a despeito de reconhecer a erudição e o relevo do voto divergente, manteve sua decisão, considerando que não haveria prejuízo ao recebimento do numerário advindo do ECAD, inclusive porque a UBC não tinha a mesma natureza daquela entidade. Ademais, as regras estatutárias, que eram bem simples, haviam sido obedecidas. Em arremate, questionou a razoabilidade e mesmo o custo de se exigir procedimento mais moroso para a exclusão[148].

Sobreveio novo pedido de vista, desta feita advindo do Ministro Joaquim Barbosa. Em seu voto, Barbosa acompanhou o entendimento esposado por Mendes. Acresceu, no entanto, que a eficácia dos direitos fundamentais entre privados é uma realidade, mas deve ser aferida com parcimônia e caso a caso. No entendimento de Barbosa, inexistem critérios seguros adrede preparados para referida eficácia. O Ministro retoma a preocupação de preservar-se a autonomia privada e indicou que a eficácia então admitida é reflexo, em grande parte, da chamada constitucionalização do direito privado, em especial do direito civil.

De especial interesse pareceu-nos a afirmativa de Joaquim no sentido de que a eficácia entre privados, quando admissível, é um fomento à dignidade da pessoa humana e prestigia a autonomia privada e não o contrário como se poderia entender apressadamente. Por fim, arrematou dizendo que em alguns ramos do direito, como no direito trabalhista, a incidência dos direitos fundamentais entre privados está determinada na própria Constituição. Assim, o Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o entendimento do Ministro Gilmar Mendes.

A Ministra Ellen Gracie, vez mais, confirmou seu primevo voto. Disse que não excluía a possibilidade aventada pela divergência, mas a via com bastante reserva. No caso em concreto, entendeu que o respeito ao estatuto da Associação era suficiente para garantia do direito do excluído.

---

[148]A magistrada lembrou antiga discussão indicando "*due processes,* sim, mas *how much due processes is due?"* (trecho do voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento em questão).

Apresentou-se, então, o voto do Ministro Carlos Velloso. Depois de assegurar-se que o estatuto da UBC havia sido observado, Velloso entendeu que o caso não tinha alçada constitucional, pois o devido processo legal se caracteriza na observância das normas legais (no caso o estatuto). Se tudo foi observado, não há ofensa ao devido processo legal e da matéria não poderia conhecer o Supremo Tribunal Federal. A discussão estaria cingida à discussão da legalidade e não da constitucionalidade. Acompanhou, então, o voto da Ministra Ellen Gracie.

O Ministro Joaquim Barbosa combateu o argumento de Velloso, indicando que se cuidava, justamente, de eficácia horizontal, como se dá nas relações trabalhistas. Contrargumentou Gracie, indicando que nas relações trabalhista existe subordinação, o que não se dava no caso em tela.

Na última sessão (na qual estavam ausentes Ellen Gracie e Carlos Velloso, justamente os dois que tinham o mesmo entendimento), o Ministro Celso de Mello desempatou o julgamento, acompanhando o entendimento dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, denominando eficácia externa ou eficácia entre terceiros a garantia do devido processo legal calcado na Constituição. No que mais importa, Mello ressaltou a doutrina já apontada nos outros dois votos, destacando as lições de Wilson Steinmetz, tal como se dá no presente trabalho.

Optamos pela descrição pormenorizada do Recurso Extraordinário 201.819-8 - Rio de Janeiro pelos motivos já expostos inicialmente. Mas cabe ressaltar outras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O Recurso Extraordinário 158.215 – Rio Grande do Sul, com relatoria do Ministro Marco Aurélio também merece grande destaque. A propósito, Paulo Gustavo Gonet[149] foi o primeiro a enxergar a relevância do julgado no campo da abrangência dos direitos fundamentais. O caso também trata de exclusão de associado. Ocorre que, naquela oportunidade, não foi garantido ao excluído ampla defesa, sem observância, assim, das próprias normas da Associação.

O Ministro Marco Aurélio entendeu, sem maiores fundamentações, que o devido processo legal, garantia assegurada pelo texto constitucional, desautorizava a prática de exclusão sumária, mesmo que se cuidasse de entidade privada. De

[149]BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Direito Público,** Brasília, DF : Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 170-174, out./dez. 2003.

pronto, rechaçou o entendimento que cerceia a abrangência de referida garantia constitucional, o que deixa o caso mais instigante. Vale dizer, nem se perquiriu de maneira detida, sobre a eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais. Isso foi tomado como inconteste pelos julgadores (a decisão foi unânime). Ponderou Marco Aurélio que a exclusão estava a exigir o cumprimento das normas estatutárias para, só então, aferir-se da exclusão.

Este julgado precedeu àquele indicado primeiramente, mas não dispôs da controvérsia entre os Ministros e tampouco se valeu da doutrina estrangeira ou nacional para justifica a abrangência da garantia constitucional.

Questão de relevo é a afirmativa do relator sobre a necessidade do Supremo Tribunal Federal aferir, caso a caso, a infringência direta ou indireta ao texto constitucional. A afirmativa reforça a preocupação que já expusemos alhures quanto ao risco de se levar um sem número de demandas às barras do Supremo. A preocupação não pode ser desprezada, máxime nos dias atuais nos quais o princípio da razoabilidade de duração do processo goza de tanto prestígio. Ademais, a morosidade inerente ao Judiciário – bastante agravada no caso brasileiro - é fonte a mais de preocupação neste campo.

Há outro julgado, com relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (AI 346.501-Agr-SP), no qual o Ministro nega seguimento a agravo de instrumento da UNIMED de São José do Rio Preto-SP. A associação pretendia rever decisão judicial que anulou exclusão de associado sem observância das normas estatutárias pertinentes. Ainda uma vez, o Pretório Excelso proclama a necessidade de observância do devido processo legal em casos que tais, nada obstante o caráter privado da entidade.

Todos os três casos são bastante semelhantes entre si, em especial os dois últimos, no qual a exclusão do associado é realizado em observância das normas estatutárias, o que não se dá no primeiro feito.

Situação diversa, todavia, é apresentada no Recurso Extraordinário - 161.243-6 Distrito Federal. O julgado é comentado por quase toda a doutrina atinente ao tema. Na espécie, foi analisado tratamento díspare atribuído entre funcionários de uma mesma sociedade empresária. A empresa de aviação Compagnie Nationale Air France garantia ao trabalhador francês prerrogativas que

não se estendiam a um trabalhador brasileiro. Ocorre que isso se dava pelo simples fato deste trabalhador não ser francês.

A demanda, obviamente, tinha gênese no direito trabalhista, tanto que advinda do Tribunal Superior do Trabalho[150]. O entendimento do colegiado foi de ofensa explícita e direta ao disposto no art. 5º. da Constituição Federal.

O voto condutor adveio do Ministro Carlos Velloso e cuidou em apontar a inexistência de diferença ontológica entre as funções exercidas pelos empregados da sociedade empresária. Conquanto francesa, ela exercia suas funções no Brasil e não diferenciava, no trabalho, entre uns e outros trabalhadores. Cuidava, entretanto, de distingui-los em prerrogativas e direitos tão somente pela nacionalidade de cada um.

3.3.2 O Superior Tribunal De Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, registra poucos casos em que a eficácia dos direitos fundamentais foi abertamente admitida na relação entre particulares. O então Ministro Ruy Rosado era o julgador daquele Tribunal com a preocupação de mediar as relações privadas com a incidência dos direitos fundamentais.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 12.547-DF[151], e quando ainda era tolerada a prisão civil do depositário infiel, Rosado transpôs a mera temática relativa à ação pública da prisão, indicando se era mesmo devida a prisão de alguém por inadimplemento de contrato.[152]

O feito cuidava de uma prisão civil determinada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal contra uma taxista que, após adquirir dívida de dezoito mil e setecentos reais (R$18.700,00), viu-se compelida ao pagamento de oitenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e vinte e quatro centavos (R$86.858,24).

---

[150]A 2ª. Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista sobre o caso em questão, havia assinalado: “Não sendo o requerente cidadão francês, não faz jus ao que pretende, relativamente à aplicação dos Estatutos em Terra do pessoal da requerida”.

[151]O teor completo do julgado está disponível em: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 26 fev. 2013.

[152]Ibid. Além do julgado descrito, o mesmo entendimento foi renovado em caso muito semelhante: *Habeas Corpus* n. 14.333-DF. Disponível em: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 26 fev. 2013

De início, o Ministro lembrou o caráter fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico-político do sistema dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Ainda de maior interesse foi a indicação do então Ministro no sentido de que não apenas a teoria da eficácia indireta, senão também a dos efeitos diretos deveria ser levada em conta no julgamento, sobretudo quando haja uma disparidade muito grande de poder, como a que ocorria no caso: contrato estabelecido entre um particular que adquiria um veículo para trabalhar como taxista e do outro lado uma grande instituição financeira.

Ruy Rosado adverte, no entanto, que a eficácia direta somente seria aceitável na ausência de hipótese de não existir previsão normativa da legislação infraconstitucional ou cláusula geral apta a autorizar a incidência do conteúdo constitucional ao direito privado. Para além disso, na linha do pensamento de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, aponta que naquele caso seria indiferente a tomada de posição por uma ou outra teoria, uma vez que a eficácia direta poderia ser tomada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e a eficácia indireta teria base no art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil (cuja nomenclatura atual foi dada pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, passando a denominá-la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O raciocínio, em resumo, do Ministro foi de que não havia preservação da dignidade da pessoa humana na cobrança de uma dívida por valor mais de quatro vezes superior ao valor tomada e com determinação da prisão por quatro meses pelo inadimplemento. Inexistia equivalência contratual, inclusive por que a prisão civil era prevista apenas contra uma das partes. Por fim, assinala não ser suficiente que uma lei seja conforme os direitos fundamentais, mas não se pode abrir mão de que também sua aplicação seja a mais favorável aos valores contidos nesses mesmos direitos[153].

[153]O voto assinala: "É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios. Assim, concluindo essa parte, tenho que o decreto de prisão da paciente contraria princípio constitucional, viola direitos fundamentais e ofende duas regras de direito constitucional."

O entendimento é, a nosso sentir, muitíssimo justificado tanto que a possibilidade de prisão do devedor nos contratos de alienação fiduciária não mais prevalece nos dias de hoje.[154]

Sem descurarmos do valor histórico desse julgado e por isso aqui trazido, existe um outro entendimento do mesmo Superior Tribunal de Justiça que se aperfeiçoa de maneira muito mais adequada à temática de nosso trabalho. Trata-se de reiterada jurisprudência quanto à legalidade de proibir-se a vinculação de médicos já admitidos em Cooperativa Médica.

O valor de colacionarmos referido entendimento também se deve ao fato de que, nesta sede, foi rejeitado o argumento de limitação do direito ao livre exercício profissional pelos médicos que aderiram à Cooperativa Médica, demonstrando que o conteúdo dos direitos fundamentais não é apanágio para toda e qualquer situação limitadora.

Em um dos julgados que versaram sobre o tema e que escolhemos em virtude de envolver toda a Segunda Seção daquele Tribunal (REsp n. 261.155/SP[155]), ficou definida a possibilidade da cooperativa (Unimed) proibir que uma médica cooperada aderisse a outra entidade congênere (Bradesco Seguros), o que se dava por força de disposição estatutária.

O caso era de uma médica vinculada à Unimed de Rio Claro-SP que passou a integrar concomitantemente a Bradesco Seguros. Por conta disso, foi expulsa da Unimed. Ingressou com ação para desconstituir o ato e teve seu pedido provido na primeira instância, sob o fundamento de que a nova adesão não violava os objetivos da cooperativa. Houve recurso, ao final provido para reconhecer que a nova vinculação feria o pacto cooperativo e que referido pacto não feria o art. 20 da Lei Antitruste (Lei 8.884/94). O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso especial, mantendo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O mais interessante no julgamento foi a ressalva do Tribunal, sobretudo pelo excelente voto-vista da Ministra Nancy Andrigui, de que o médico poderia efetuar

---

[154]Sem necessidade de maiores ilações, basta lembrar a Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal: Súmula Vinculante - Supremo Tribunal Federal - nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."

[155]BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 26 fev. 2013.

atendimento particular, por si mesmo ou por sociedade não empresária, no que estaria agindo dentro da legalidade. Mas a limitação de aderir a uma outra entidade prestadora de serviço congênere era lícita e não feria mesmo o art. 20 da Lei Antitruste à luz da chamada regra da razão. Foi considerado o alto grau de competitividade do setor e a ausência de força esmagadora da Unimed neste mesmo campo a ponto de impedir que outras prestadoras de serviço atuassem no mesmo local da recorrida. Em suma, a exigência de exclusividade do médico cooperado não caracteriza abuso da posição dominante.

O que se rejeitou, portanto, foi o ato de ferir o pacto cooperativo pela possibilidade do médico, estando vinculado à Unimed, integrar uma outra entidade prestadora de serviços de plano de saúde, máxime porque a conduta diminui sensivelmente o grau de competitividade da sociedade cooperativa. Sobretudo, restou autorizado a médica, por si ou por meio de sociedade de médicos, a continuar o exercício de seu mister, desde que a sociedade não se caracterizasse por atividade econômica empresarial não forma prevista no art. 966, parágrafo único do Código Civil.

O efeito de garantir o exercício de atividade não empresária pelos médicos vinculados à cooperativa e, ao mesmo tempo, impedir-se nova vinculação a prestadoras de serviços de plano de saúde, tem o condão de admitir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados, ao tempo que protege a autonomia privada declinada no pacto cooperativo.[156]

Além desses casos, há uma outra questão que já se tornou recorrente e diz respeito à garantia da possibilidade de ingresso de novos médicos em cooperativa médica. De maneira muito sintética, cabe dizer que o livre acesso do profissional à cooperativa, conforme reiterada jurisprudência, calcada em tradicional doutrina, não se pode limitar o ingresso na cooperativa[157].

Embora o fundamento das decisões esteja expresso no art. 4º. Inc. I da Lei 5.764/71, não se pode negar que a medida também guarda assento constitucional

---

[156]É desta mesma opinião Thiago Luís Santos Sombra (SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 152).

[157]Na doutrina, é sempre lembrado o ensinamento de Waldirio Bulgarelli, indicando: “Em rápida análise, esses princípios assim se caracterizam: a adesão livre desdobra-se em dois aspectos: a voluntariedade, pela qual não se admite que ninguém seja coagido a ingressar numa sociedade cooperativa, e o da porta aberta, através do qual não ser vedado o ingresso na sociedade àqueles que preencham as condições estatutárias.” (BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13).

(CF, art. 5º, inc. XX), inclusive porque, no mais das vezes, a eficácia da prerrogativa constitucional ocorre mesmo pelas vias do direito ordinário.

3.3.3 A justiça comum

O posicionamento dos tribunais estaduais e dos tribunais regionais federais ainda é bastante oscilante, inclusive por ser relativamente nova a questão na justiça comum e, por consequência, carente de parâmetros melhor desenvolvidos.

Um caso recente na jurisprudência brasileira de eficácia direta de direitos fundamentais no campo societário advém do Distrito Federal. O Colégio Recursal daquela entidade federativa, por decisão publicada em 3 de maio de 2010[158], taxou como sendo ilícita conduta de uma loja maçônica (Grande Loja Maçônica de Brasília) em relação a um de seus associados.

No *decisum*, o Colégio Recursal tomou como abusiva a expulsão de associado da loja maçônica, mesmo após ele já haver se desligado da entidade e, portanto, sem mais ostentar a qualidade de associado à época da exclusão. No julgado restou estabelecido que a inobservância do devido processo legal, com garantia do contraditório e da ampla defesa, no procedimento *interna corporis* era indefensável. O procedimento causava danos à imagem do excluído, motivo pelo qual se entendeu necessária a anulação dos atos da loja maçônica e, além disso, foi fixada indenização por danos morais ao excluído.

Ainda no Distrito Federal, mas agora no Tribunal de Justiça daquele estado, há outro julgado calcado na eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares. No caso, ficou expressamente afastada a necessidade de se impor plena igualdade entre os associados[159]. Tratava-se de uma associação denominada

---

[158]Colégio Recursal do Distrito Federal. Apelação Cível no Juizado Especial n. 2006.01.1.110796-9 - 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. DJ-e: 03/05/2010.

[159]BRASÍLIA. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.infra.apresentacao>. Acesso em: 28 fev. 2013. Ficou ementado da seguinte forma: CONSTITUCIONAL – CAIXA BENEFICENTE DO CORPO DE BOMBEIROS DO DISTRITO FEDERAL – ESTATUTO – CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DA CORPORAÇÃO QUE INTEGRA OS SÓCIOS – NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NEM DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. Os sócios da entidade beneficente não estão obrigados à associação compulsória, tampouco estão impedidos de se retirarem da entidade. Sendo esta de responsabilidade de Bombeiros Militares,

Caixa Beneficente do Corpo de Bombeiros, havendo o Tribunal entendido como plenamente válida a restrição ao direito de voto e de acesso a cargos de direção, porque eram pertinentes às características de uma entidade formada por militares. Ademais, a adesão e a possibilidade de se retirar livremente restavam garantidas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, entre tantos outros casos[160], registra decisão muito recente e relevante sobre o mesmo tema. Em excelente julgado, aquela corte anulou artigo do regimento interno da Santanderprevi Sociedade de Previdência Privada relativo ao processo eleitoral de escolha dos membros do conselho diretivo e fiscal[161].

---

cuja fiscalização está a cargo destes, não viola o princípio da igualdade a limitação prevista no estatuto quanto ao direito de voto e ao direito de eleição aos cargos de gestão, dada a própria estrutura que rege os militares, da qual não pode a entidade, ainda que privada, ficar totalmente distanciada. Apelação parcialmente provida. Unânime

[160]Observe-se ser bastante comum a existência de julgados com anulação de expulsões de cooperados por não observância da ampla defesa. Neste sentido: SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:** consulta de processos: jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 28 fev. 2013. Apelação 9103708-45.2012.8.26.000, rel. Des. Luiz Antônio Costa. j. 5.5.2010; Apelação 9061582.-33.2009.8.26.000, rel. Des. Francisco Loureiro. J. 22.4.2010. Todavia, como tais julgados ficam muito próximos da decisão do Supremo Tribunal Federal já descrita alhures, abstemo-nos de comentá-las.

[161]SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:** consulta de processos: jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 28 fev. 2013. O julgado, na parte que nos interesse, foi assim ementado: [...] Não se desconhece que a Lei Complementar nº 109/2001, no que tange à composição dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, assegura a participação dos assistidos ou associados em um terço das vagas (art. 35, § 1º), sendo certo que referido diploma nada dispõe a respeito do processo eletivo desses órgãos. Assim sendo, entende-se que o processo eletivo deve ser regido pelo Estatuto ou por eventual Regimento. 3. A autora, em especial, impugnou os dispositivos do Regimento Eleitoral que atribuem à ré-patrocinadora o direito de constituir Comissão Eleitoral, que será composta unicamente por representantes das patrocinadoras, e escolher os candidatos. À Comissão caberá a indicação dos candidatos e a definição das regras e da data da eleição. É o que dispõe o art. 4º do Regimento Eleitoral impugnado. Depreende-se, portanto, que o processo eletivo dos Conselhos Fiscal e Deliberativo está a cargo exclusivo da Comissão Eleitoral, constituída, como visto, somente por representantes das patrocinadoras. Concentra a Comissão Eleitoral, destarte, o poder de escolher e, consequentemente, de afastar do pleito, os candidatos indesejados, assim como tem o poder de decidir a impugnação da candidatura e com isso lhe cabe, potestativamente, dar a última palavra sobre quem é ou não candidato. Não se afirma aqui a ilegalidade da eleição indireta. O que se afirma é a ilegitimidade do processo de escolha do candidato aos Conselhos, porque a sua candidatura não é julgada pelos eleitores, mas por uma Comissão Eleitoral que não tem na sua formação nenhuma representatividade do eleitorado. É nesse ponto que reside a nulidade do apontado dispositivo do Regimento, porque a escolha do candidato não é feita pelo voto dos participantes, mas pela deliberação dos representantes das patrocinadoras. Deve o Regimento, portanto, assegurar o direito a qualquer participante de oferecer o seu nome à escolha dos eleitores, o que não ocorre no caso. 4. Sabe-se que, somente através da participação dos associados nos órgãos diretivos, juntamente com os patrocinadores, poderão eles definir os rumos da entidade a fim de que seja buscada a conciliação dos interesses de todos os envolvidos. É com este fim que a Lei Complementar nº 109/01 assegura a participação de um terço dos assistidos nos Conselhos Deliberativo e Fiscal das entidades de previdência complementar fechada. 5. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Não se pode negar o caráter social da entidade fechada que cuida de planos de previdência complementar. A capitalização das contribuições é feita

O relator indicou não existir ofensa direta às normas da Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, pois ela não cuidou expressamente da forma de escolha dos membros dos conselhos diretivo e fiscal, embora tenha assegurado a participação de assistidos ou associados em um terço das vagas quando da escolha de tais membros. A omissão legislativa é relevante no fundamento do julgado, inclusive porque a Lei Complementar 108, também de 29 de maio de 2001, que cuida das entidades fechadas de previdência complementar ligadas ao poder público. Ainda assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo tomou como excessivamente restritiva a forma eleita pela Santanderprevi.

Pelo art. 4º do Regimento Interno, a Santanderprevi poderia compor comissão eleitoral, composta unicamente por membros dela mesma, com poderes para definir datas e regras da eleição, além de indicação exclusiva dos candidatos. E mesmo com possibilidade de se impugnar eventual candidatura, o julgamento do pedido caberia àquela mesma comissão eleitoral. Enfim, a comissão eleitoral guardava prerrogativa de eliminar os candidatos indesejados.

O acórdão faz expressa referência ao julgamento do Supremo Tribunal Federal já descrito no item 3.3.1 para, em resumo, dizer que havia interesse público na boa gestão dos recursos daquela entidade. E quanto maior o interesse público, mais incisiva será a incidência dos direitos e garantias fundamentais, ainda que se trate de entidade privada. Daí que, por via transversa, restava prejudicado o direito dos participantes e assistidos de serem votados para os órgãos diretivos da entidade, o que não foi admitido.

---

justamente para prover aos associados os benefícios previdenciários, em sistema facultativo, paralelo ao disponibilizado pelo Estado. Há, sem dúvida, interesse do Estado na boa gestão destes recursos. Nestas condições, portanto, deve ser buscada a observância mais profunda dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas nessas associações, em confronto com a autonomia privada, igualmente reconhecida pela ordem jurídica. Recurso provido para anular o dispositivo do Regimento Eleitoral que assegura à Comissão Eleitoral escolher os candidatos aos Conselhos de administração da entidade.

CAPÍTULO 4 EFICÁCIA NO SISTEMA LEGAL PÁTRIO

4.1 Caso expresso no sistema legal: exclusão de sócio minoritário extrajudicialmente

Dentre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, o legislador implantou a possibilidade legal de exclusão de sócio minoritário por meio extrajudicial, atendendo o quanto já anotava a doutrina[162] e também as decisões da jurisprudência. Para o específico fim deste trabalho e com o fito de evitar errôneo entendimento, lembramos que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados pode (prioritariamente deve) ocorrer por ação do legislador. Vale dizer, na legislação infraconstitucional já se deve obediência ao conteúdo normativo dos direitos fundamentais, materializando os valores contidos no texto constitucional em quaisquer regras, inclusive na lei ordinária como ocorreu no caso em tela. Com a lembrança, passemos à análise da questão posta.

A redação do art. 1.085 do Código Civil traz três requisitos principais para a exclusão: a) deliberação da maioria do capital social; b) prática, pelo sócio minoritário, de ato de inegável gravidade e capaz de por em risco a continuidade da empresa; c) inclusão, no contrato social, de possibilidade da exclusão do sócio por justa causa.

O procedimento a ser observado para a exclusão - e que para nós é de muito relevo - é a realização de assembleia ou reunião destinada especificamente a esse fim, com notificação do sócio que se pretenda a exclusão em tempo hábil para comparecimento e exercício de defesa.

Cuida-se, *in casu,* de evidente relação privada, envolvendo os sócios de determinada sociedade e imputação a algum ou alguns deles de ato grave e passível de colocar em risco a continuidade da empresa.

---

[162]Sobre o tema, a lição de Modesto Carvalho: "A despeito da inexistência de dispositivo expresso sobre a matéria no Decreto 3.708/19, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram o entendimento de que a exclusão extrajudicial de sócio dar-se-ia independentemente da existência de previsão contratual, e desde que constatada a justa causa, consistente na desarmonia que acarretasse a quebra ou o desaparecimento da *affectio societatis"* (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil:** parte especial: do direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13. p. 312).

O ato de extrema gravidade, na esteira do que determina o bom senso e do quanto ensina a doutrina, deverá ser aferido no caso concreto e, sobretudo, considerado o objeto social da sociedade. Daí haver andado bem o legislador em não tipificar quais seriam tais atos.

A valoração da gravidade do ato, no entanto, fica a critério (não a arbítrio) do entendimento dos sócios representativos da maioria do capital social. Nada obstante, evidente a possibilidade de revisão do entendimento dos sócios pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, inc. XXXV) até como meio de preservar o direito do excluído[163].

Esse aspecto da exclusão do sócio minoritário, de *per si,* já pode ser tomado como uma forma de eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito societário. Isso por que se se protege, de um lado, a continuidade da empresa, garantindo-se aos demais sócios a exclusão de quem fere, de maneira grave, a possibilidade de sucesso do empreendimento, não se descuida, de outra banda, do direito à propriedade do sócio excluído, forçado que é à retirada da sociedade e à perda do *status* de sócio, nada obstante a restituição econômica pertinente.

Diante da possibilidade de revisão judicial do quanto decidido extrajudicialmente, poderão os sócios representativos da maioria do capital social verem-se obrigados a aceitar, de volta, o sócio excluído, caso o ato dito grave assim realmente não o seja e, portanto, não preenchido um dos requisitos do art. 1.085 do Código Civil.

---

[163]Diz Fábio Marques Dias: "Assim, através de procedimentos detalhados e previamente conhecidos torna-se possível aferir a regularidade e eticidade de uma conduta – no caso em estudo dos demais sócios e da sociedade empresária – dando ao juiz, homem de seu tempo, e demais operadores do direito, a possibilidade de discutir a boa-fé, a justa causa e a equidade de uma certa atitude. Eis onde o princípio da eticidade se realiza, em benefício da evolução da própria convivência social. [...] Protegem-se os direitos dos sócios, evitando-se decisões de exclusão arbitrárias ou imotivadas. Tutela-se a organização social e os seus sócios contra elementos perturbadores da atividade empresarial e até contra o desvio de finalidade de aplicação do instituto" (DIAS, Fábio Marques. **Resolução da sociedade limitada em relação a sócios minoritários:** regramento no Código Civil de 2002. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2008).

Frisamos nada haver de inaudito na exigência de ato grave, pois o devido processo legal sempre esteve atrelado ao princípio da razoabilidade, a fim de evitar atos de arbítrio[164].

Nada obstante essas colocações, é no parágrafo único do mesmo artigo que há flagrante exemplo de eficácia de direito fundamental na relação interprivados. A norma exige que a exclusão seja analisada em assembleia ou reunião confeccionada com este fim exclusivo. Para além disso, exige-se que o sócio acusado seja cientificado em tempo hábil para comparecer à reunião ou assembleia e, sobretudo, para exercer o direito de se defender.

O exercício ou, senão o exercício, ao menos a possibilidade de defesa é previsão constitucional erigida à qualidade de direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea de nossa Constituição (inc. IV, art. 60[165]). Para logo, importa frisar que o próprio texto constitucional assegura esse direito em processos judiciais e administrativos[166].

Na verdade, a Constituição consagra o princípio do devido processo legal, cuja garantia tem gênese na *Magna Charta Libertatum*, de 1215 e, também, na

---

[164]Conforme ensinamento de Alexandre de Moraes: "O princípio do devido processo legal possui, em seu aspecto material, estreita ligação com a noção de razoabilidade, pios tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional. A interligação dos princípios do devido processo legal, em sentido material, e da razoabilidade é antiga, tendo sido prevista na *Magna Charta Libertatum,* outorgada em 15 de junho de 1215 por João Sem-terra e em vigor até os dias de hoje no Reino Unido (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.368).

[165]Cabe lembrar a redação do texto constitucional, estipulando não ser passível de emenda a proposta tendente a abolir "os direitos e garantias individuais".

[166]Também o Supremo Tribunal Federal tem assim entendido. Por todos: "Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Instauração de processo por quebra de decoro parlamentar contra deputado federal. Ampla defesa e contraditório. Licença médica. As garantias constitucionais fundamentais em matéria de processo, judicial ou administrativo, estão destinadas a assegurar, em essência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal em sua totalidade, formal e material (Art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). [...] Tal como ocorre no processo penal, no processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar o acompanhamento dos atos e termos do processo é função ordinária do profissional da advocacia, no exercício da representação do seu cliente, quanto atua no sentido de constituir espécie de defesa técnica. A ausência pessoal do acusado, salvo se a legislação aplicável à espécie assim expressamente o exigisse, não compromete o exercício daquela função pelo profissional da advocacia, razão pela qual neste fato não se caracteriza qualquer espécie de infração aos direitos processuais constitucionais da ampla defesa ou do contraditório (MS 25.917**,** Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-6-2006, Plenário, *DJ* de 1º-9-2006).

Declaração Universal dos Direitos do Homem[167]. Dentre os elementos que compõem o devido processo legal estão os princípios de *nulla poena sine judicio* ou *sine previo legali judicio* e, ainda, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*[168], como também a necessidade de defesa técnica é elemento do devido processo legal.

Como, à evidência, a exclusão do sócio minoritário extrajudicialmente não ocorre em processo judicial, tampouco administrativo, não está ela, a princípio, abrangida pela norma constitucional. Ainda assim, a lei ordinária garantiu referido direito ao minoritário.

Parece-nos, contudo, que a norma exigiu, tão somente, ciência prévia e por tempo juridicamente relevante do completo teor da acusação e possibilidade do sócio minoritário produzir eventuais provas, como também manifestar-se a respeito da acusação.

Não se nos apresenta razoável a possibilidade aventada por alguma doutrina[169] de substituição da reunião ou assembleia por manifestação escrita de todos os sócios com base no §3º, art. 1.072 do CC, medida essa corriqueira e justificável no mais das vezes, mas não na circunstância em tela.

Ressoa evidente ser muito diverso o encontro pessoal dos sócios, com o exercício do direito de voz pelo sócio minoritário, do que simples apresentação de manifestação escrita do acusado, quiçá ignorada por completo pelos demais sócios. O atendimento pleno da exigência de defesa, entendemos, só se dará na reunião ou assembleia, tanto que a lei exigiu a feitura do ato com o único fim de apreciar a exclusão[170].

---

[167]Transcreve-se: Art. XI. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

[168]Em tradução livre, respectivamente: não há pena sem processo; não há crime sem lei (anterior que o defina); e não há pena sem lei (anterior).

[169]Neste sentido Waldecy Lucena (LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 64).

[170]Modesto Carvalhosa parece compartilhar do mesmo entendimento ao afirmar que a cientificação do sócio acusado deve ser feita por escrito, com comprovante de entrega, e entregue ao presidente da assembleia ou reunião (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13. p. 320).

Como analisado no item 3.3.1, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de anular exclusão confeccionada sem o direito de defesa. O caso descrito no julgado é diverso do presente, porque lá não se cuidava de sociedade limitada, mas de cooperativa. Na situação analisada, a não garantia da possibilidade do direito de defesa[171] implica na nulidade do ato de exclusão[172], devendo as partes retornarem ao *status quo ante.*

Obedecidas as diretrizes legais, o confronto entre a livre iniciativa (CF, art. 1º, inc. III e art. 170) e o direito de propriedade do sócio (CF, art. 5º, inc. XXII) poderá ter o primeiro como prevalecente quando a decisão majoritária for antecedida do debate e da possibilidade de defesa.

Seja como for, na hipótese em tela, cuida-se, sem dúvida, de um caso expresso de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados, pois a conceituação do princípio da ampla defesa jamais alcançou, em tempos idos, estas relações.

Tendo em vista as teorias já delineadas a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, e considerando estar a previsão materializada na legislação ordinária (art. 1.085 do Código Civil), portanto mediada a eficácia pela ação do legislador, o caso é de eficácia mediata.

Melhor esclarecendo, parece-nos açodado afirmar que todo o raciocínio desenvolvido quanto ao alcance do direito fundamental é desnecessário, haja vista existir previsão legal (o mesmo art. 1.085 do CC), porque o próprio fato de existir referida previsão apenas comprova a existência deste alcance que estamos a dissertar. Não se tome, portanto, inútil discutir sobre a eficácia descrita, mas, ao reverso, tomemo-na como ensejadora da ação do legislador. E assim é, inclusive, por que se a disposição fosse diversa, ou seja, se o texto legal estivesse contrário ao conteúdo da garantia fundamental, ela (lei) não poderia prevalecer. Aliás, não

---

[171]Quem diz possibilidade, não diz exigência de efetivo exercício do direito de defesa, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal: "Não há ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa, inerente ao devido processo legal, quando, em procedimento administrativo, o interessado, notificado, deixa, sem justa causa, de apresentar defesa no prazo legal." (RMS 26.027-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, *DJE* de 7-8-2009).

[172]É o quanto estipula o Código Civil em seu art. 166, *in verbis:* "É nulo o negócio jurídico quando: [...] IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade [...]."

convence afirmar que toda a ação do legislador se dá na concretização do conteúdo constitucional, pois a afirmativa não tem sustentação.

4.1.1 O art. 1.085 do código civil – uma outra hipótese

Além da eficácia mediata que vimos, e ainda tomando como base o art. 1.085 do Código Civil, podemos analisar outras situações em que é possível a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivados.

A primeira dessas hipóteses é a possibilidade do contrato social dispor a respeito da exclusão extrajudicial de apenas um ou alguns dos sócios minoritários, privilegiando outros[173].

A formação da sociedade tem gênese em contrato plurilateral, calcado na livre manifestação da vontade das partes e, ao menos em princípio, inexiste vedação na lei ordinária para estipulação de tal jaez. A doutrina prestigia a possibilidade de disposições não isonômicas entre os sócios, tomando como plenamente válidas cláusulas desse naipe, posto que se encontram dentro da autonomia de vontade dos contratantes[174].

Seria válido, entretanto, tomarmos o princípio da isonomia como base para a análise de uma cláusula tal, o que poderia levar à conclusão outra?

De proêmio, parece não ser correto o socorro à isonomia em casos que tais, pena de subverter a ordem do sistema, decotando por demais a livre iniciativa e relegando o atendimento às circunstâncias concretas da vida prática sem razões para tanto.

---

[173]É pertinente a indagação, na medida que "Os efeitos horizontais, que são reconhecidos são geralmente indiretos, por meio de uma das cláusulas gerais. As cláusulas gerais que são mais utilizadas no direito contratual são aquelas referentes à moral e à boa-fé" (HESSELINK, Martijn W. The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law. **Europa e Diritto Privato,** Milano, n. 1, p 1-18, 2003).

[174]Assim a lição de João Luiz Coelho da Rocha: "O pré-condicionamento dos sócios, de qualquer deles, a esse possível evento traumático mediante a assumida submissão à regra expressa e tipológica do contrato social fornece o subsídio à imediata produção de efeitos do ato de exclusão, assim que deliberado" (ROCHA, João Luiz Coelho da. A minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos. **Revista de Direito Mercantil:** Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 35, n. 102, p. 38-45, abr./jun. 1996*)*.

Nada obstante, podemos nos valer dos critérios de sopesamento propostos no item 2.2, para vermos a que resultado nos leva tais critérios, indicando se, aqui, referida cláusula teria ou não validade. O raciocínio também serve para avaliarmos a razoabilidade dos critérios propostos.

No caso proposto, porquanto bastante singelo, a análise sintética é suficiente para a ilação que pretendemos, ao reverso da exposição analítica do raciocínio nos casos mais complexos.

Conforme as diretrizes anteriormente propostas (item 2.2), é correto relegar, *prima facie,* a incidência de um direito fundamental em benefício da autonomia da vontade quando a relação envolver contratantes em situações fáticas idênticas e o direito for patrimonial. No que mais interessa, qualquer análise deve partir dos conceitos e critérios do próprio ramo de direito que se dá o conflito.[175]

A hipótese em tela, das quatro possibilidades propostas anteriormente, caracteriza-se como aquela em que há uma relação contratual de particulares, em condições de igualdade fática, vigendo, portanto, uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

Fixadas as premissas, e tornando a esta primeira hipótese de disposição não equânime no contrato social sobre a impossibilidade de retirada de um ou mais sócios em discrepância com os demais, possível afirmar que, na contratação da sociedade, os interesses dominantes têm caráter patrimonial e os sócios gozam de igualdade na contratação, mesmo que haja disparidade patrimonial ou de informação. Logo, a isonomia cede espaço à autonomia de vontades, inexistindo irregularidade na cláusula.

No mesmo sentido da conclusão que apresentamos, Rubens Requião, ao comentar sobre a direção das sociedades limitadas, defende a plena possibilidade do contrato social dispor sobre a inamovibilidade da direção da sociedade limitada

---

[175]Nas palavras de Steinmez, "[...] as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial) – isto é, no caso concreto, a aplicabilidade de normas de direitos fundamentais não é *ex constitutione,* mas, sim, operada e modulada pelas normas e parâmetros do direito privado [...]." (STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010).

quanto a determinado sócio, assim o fazendo por qualidade especial ou técnica decorrente do *affectio societatis* referente a um tal sócio.

A condição disposta no contrato é a de que aquele sócio deverá dirigi-la. Mesmo se a maioria dos sócios dispuser sobre a expulsão do diretor da sociedade, esta não pode prevalecer. Em último caso, à sociedade só resta dissolver-se por não conseguir atingir seu fim social.[176]

O caso demonstra não terem a relação de precedências e a eficácia dita horizontal o condão de solaparem a autonomia de vontades e descaracterização do direito privado, o que se demonstra pela conclusão apresentada. De resto, tal conclusão é prestigiada no ramo do direito que se dá a análise.[177]

Cumpre relembrar, de toda sorte, ser sempre possível a inobservância da solução proposta, desde que fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade, algo bastante difícil no caso em tela. Se assim for, ainda que não haja disposição expressa autorizando a disparidade de tratamentos, mas sendo a prática admitida no âmbito privado, o julgador toma para si o ônus argumentativo para demonstrar a irregularidade da medida para o caso que se lhe apresenta.

4.1.2 Ainda o art. 1.085 do código civil - o uso de prova ilícita

Numa última hipótese dessa mesma norma do art. 1.085 do CC, poderíamos avaliar a possibilidade de prova ilícita para demonstração do ato dito como grave, requisito imprescindível da expulsão.

De proêmio, cabe afastar eventual crítica no sentido de que o conteúdo da solução proposta nada tem haver com a eficácia dos direitos fundamentais. A crítica é insustentável no caso em questão. Isso porque, ao contrário do quanto dispôs o art. 1.085 do CC em relação à garantia de ampla defesa, aqui não existe previsão legal vedando o uso da prova ilícita.

---

[176]REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 500.

[177]Alexy chega a dizer, em caso bastante semelhante à hipótese proposta, o seguinte: “Assim, por exemplo, nenhuma das construções exclui a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja desvinculada do princípio da igualdade” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 532).

Ademais, mesmo quando existe a previsão, como na hipótese que acabamos de analisar, cabe esclarecer: o fato do texto legal ser correspondente ao conteúdo de norma constitucional não altera em nada a força normativa deste último, cuidando-se então da eficácia indireta dos direitos fundamentais como já explicitado no item 2.1.4. Ou seja, a existência da norma privada dando vazão ao valor da norma fundamental não retira ou torna inútil a eficácia daquela norma, mas apenas demonstra que o próprio legislador, em arrimo ao quanto já foi dito alhures, observou o conteúdo prestigiado na Constituição. E é por isso que se diz que os direitos fundamentais são capazes de impor um norteamento axiológico, tanto para o intérprete quanto para o legislador.

Prova ilícita é a demonstração "[...] de fatos obtidos por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios."[178] Sem prejuízo dessa definição, convém lembrar que a doutrina sempre distinguiu entre prova ilícita e ilegítima[179]. De toda sorte, a prova é ilícita quando o acesso à fonte probatória ocorrer por meio antijurídico ou quando a utilização da fonte se der por meios ilegais. Quando se diz ilicitude da prova, portanto, diz-se ilicitude na obtenção das fontes ou na aplicação dos meios.

No mais das vezes, a ilicitude tem gênese na fonte probatória pelo interessado com a utilização de interceptações telefônicas[180] ou postais sem

---

[178]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 49.

[179]Referida distinção é feita no seguinte sentido: quando a prova é feita em violação à norma de caráter material, essa prova é tida como prova ilícita. Quando a prova é produzida com ofensa a uma norma de caráter processual, denomina-se como prova ilegítima. Nada obstante essa tradicional distinção, João Batista Lopes sugere seu abandono, propondo tomar a prova ilícita e ilegítima simplesmente como inconstitucionais (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 96-97).

[180]CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFONICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAIDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO. I – A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava "lexotan" às meninas. O marido, já suspeitoso, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II – Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º. da CF/1988 (HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa a arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5., X)." (RMS 5352/GO, relator para acórdão Min. Adhemar Maciel, j. 27/5/1996. **Superior Tribunal de Justiça:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 26 fev. 2013).

autorização judicial, acesso indevido à memória de computadores, cópia de processos que correm em segredo de justiça e quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Mas também pode ocorrer a ilicitude pelos meios de prova como aquela advinda da prática de tortura ou ameaça na oitiva de testemunhas ou da própria parte.

Para fins constitucionais, não é prova ilícita a inveracidade do depoimento da testemunha ou a falsidade de certo documento. Tais provas são ilícitas em sentido bastante amplo e não naquele que ora se lhe empresta. A inverdade do depoente ou a falsidade documental retiram de tais provas a idoneidade e a força de convicção que poderiam ter, mas não são a tais provas que a Constituição se referiu.

Sem olvidar as críticas de um certo exagero na opção do legislador constituinte na proteção às provas ilícitas, a consequência é impor ao destinatário da prova o desprezo de fatos plenamente comprovados "apenas" pela ilicitude em sua obtenção[181].

Contudo, mesmo sem previsão expressa, parece-nos bastante claro não ser possível que os sócios se valham de prova ilícita para efetivarem a exclusão por evidente ofensa ao conteúdo do inc. LVI, art. 5º da Constituição Federal. O texto constitucional proíbe a prova ilícita "no processo", levando a crer, pela clássica interpretação gramatical, que ficou adstrito ao processo judicial e administrativo. Todavia, inicialmente, de maneira singela, basta lembrar que a proibição das provas ilícitas prestigia a intimidade da pessoa, conforme inc. X do mesmo art. 5º, como também a liberdade da pessoa contra atos arbitrários e maliciosos.

A inserção da norma no rol do art. 5º da Constituição Federal atendeu os reclamos de parte da doutrina[182]. Constitui medida inaudita tanto no plano nacional como internacional, pois referida disposição não se encontra na Constituição de outros países, o que reforça a constatação de ausência de uniformidade no rol de direitos e garantias fundamentais no tempo e no espaço.

---

[181]É a crítica de Cândido Rangel Dinamarco ao dizer: "Em si mesma, a opção radical transgride princípios constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não conhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda quando o fosse) suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela a que eventualmente tiver direito" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: 2009. v. 3. p. 51).

[182]Ibid., p. 49. Dinamarco indica haverem os constituintes prestigiado os ensinamentos de Ada Pelegrini Grinover neste ponto.

A lei processual permite que se prove determinado fato por todos os meios legais, mesmo aqueles não especificados na lei, desde que moralmente admissíveis (CPC, art. 332).

No direito de família, a questão do uso da prova ilícita sempre suscitou controvérsias tanto na conceituação do que seja prova ilícita como na admissão da prova da qual não se discute a ilicitude. Juristas da alçada de Yussef Cahali, por exemplo, bastante arraigados à tradição anterior à Constituição, defenderam critérios de proporcionalidade na admissibilidade da prova ilícita[183]. Todavia, a jurisprudência mais recente, já mais atinada ao conteúdo da Constituição Federal (relativamente nova), nada obstante o esforço para tomar como boas provas de duvidosa licitude[184], não tem admitido o uso de provas obtidas por meios nitidamente ilícitos[185].

Optamos por tomar o direito de família como parâmetro para esta análise, haja vista este ramo também compor o direito privado. Aliás, as razões que levam a jurisprudência a buscar certa complacência na admissibilidade de provas de questionável legalidade não se encontram na hipótese em análise. Logo, a despeito do silêncio da lei, a prova ilícita não tem vez na exclusão do sócio minoritário nos termos do art. 1.085 do Código Civil por clara ofensa ao preceito do inc. LVI, art. 5º da Constituição Federal, que não fica limitado ao processo judicial, mas é extensivo à exclusão ora em análise.

---

[183]CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 6. ed. São Paulo: RT, 1991. t. 1. p. 727.

[184]Ilustra esse esforço recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: SEPARAÇÃO JUDICIAL - Litigiosa - Documentos obtidos mediante violação de sigilo de correspondência eletrônica e de conversa telefônica - Determinação de desentranhamento - Agravante que não participou da conversa telefônica - Interceptação ilícita - Idoneidade, entretanto, da prova documental, eis que extraída de arquivos de computador da família - Presunção de compartilhamento dos dados que mitiga o sigilo de seu conteúdo - Decisão parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido (AI nº 640.441-4/4-00 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator Grava Brazil - J. 16.06.2009 - v.u. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:** consulta de processos: jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 28 fev. 2013).

[185]Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, lembramos julgado que espelha o majoritário entendimento jurisprudencial: PROCESSUAL CIVIL - Separação judicial - Imputação de adultério à mulher estribada em interceptação telefônica clandestina com gravação de fita cassete - Prova recursada pelo juiz em face da ilegalidade da forma de obtenção da prova - Agravo de instrumento. 1. Se a gravação de conversa telefônica em fita cassete foi obtida através de interceptação telefônica, está certo o despacho do Juiz que impede o seu uso como prova em processo judicial, porque a interceptação telefônica é ilícita e não é permitido o uso em juízo de prova obtida por meios ilícitos. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AI nº 13.359/2001 - 16ª C.Cív. - Rel. Des. Miguel Ângelo Barros - J. 05.02.2002. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** consulta: jurisprudência. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>. Acesso em 21 fev. 2013.

De toda forma, é oportuno e mais criterioso seguirmos a linha de raciocínio proposta no Capítulo 2, item 2.2 como medida de validação da eficácia da norma constitucional.

Os direitos fundamentais, determina a primeira diretriz, têm eficácia nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado. É dizer: *a priori*, a aplicabilidade de normas de direitos fundamentais não se dará com base na própria norma constitucional - *ex constitutione* - mas, antes, será efetivada e modulada pelas normas e parâmetros do próprio direito privado.

Nesse primeiro tópico, vemos que, dentro da legislação ordinária, nada veda ou limita o alcance da norma que proscreve o uso da prova ilícita à hipótese em análise.

Na segunda diretriz, pela qual a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada a uma mediação concretizadora primeiramente pelo legislador de direito privado; e, em um segundo momento, a mediação pode ocorrer pelo juiz e pelos tribunais. A hipótese, na esteira do que já ocorre no direito de família, inexiste previsão do legislador, mas o conteúdo constitucional pode e deve ser assegurado pelo Judiciário nos casos em que se lhe apresente.

Na terceira diretriz aqui acatada, o legislador deverá dar o desenvolvimento ou a concretização dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações especificadas que delimitem o conteúdo, as condições e os pressupostos de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares.

Na hipótese em análise, ao tempo em se poderia pensar que a ausência de diretriz estabelecida pelo legislador importa na impossibilidade da aplicação defendida, também se pode defender - com muito mais razão – que sequer é necessária a normatização pelo legislador, por se cuidar de garantia elementar (ou fundamental) do sócio não ter contra si o uso de prova ilícita. Como dissemos, embora a concretude dos direitos fundamentais caiba primeiramente ao legislador, há espaço que tal ocorra por obra do Judiciário, quando evidente a ofensa à garantia ou direito fundamental. É justamente o caso em análise.

Tanto assim que a quarta diretriz acaba por reforçar o papel do juiz e dos tribunais, diante da análise do caso concreto, e na ausência de normatização

legislativa específica, garantir a eficácia das normas de direitos fundamentais, assim o fazendo pela interpretação das normas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais). Conquanto não haja, no caso das provas ilícitas, cláusulas gerais, como “ordem pública”, “bons costumes” e “boa-fé”, não se pode perder de vista que a hipótese se assemelha, em muito, àquela decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal e vista no item 3.3.1, que buscou guarida diretamente no texto constitucional para garantir o direito à ampla defesa na expulsão de associado e que é seguida como paradigma pela jurisprudência desde então.

Aqui, mesmo tomando a eficácia dos direitos fundamentais, nas relações privadas, não como direitos subjetivos constitucionais, mas como um sistema de valores, é tão flagrante e direta a ofensa ao direito fundamental do sócio do qual se pretende a exclusão quanto a não ter contra si o uso de provas ilícitas, que o socorro ao texto constitucional é bastante razoável.

4.2 A vinculação do sócio superveniente à cláusula compromissória do contrato ou estatuto social

Uma acirrada, interessante e moderna discussão no campo societário diz respeito à vinculação de sócio superveniente à constituição de sociedade empresária em relação à cláusula compromissória estipulada no respectivo contrato ou estatuto social.

A grande questão é saber se existe ou não uma ofensa do direito fundamental à jurisdição estatal ante a cláusula que vincula um sócio à cláusula compromissória. Cuida-se em perquirir, assim, se aquele sócio que não compunha a sociedade ao tempo em que foi inserida a cláusula compromissória no contrato ou estatuto social também está vinculado à arbitragem, mormente porque esta vinculação exige manifestação livre e expressa do compromissado.

E a indagação ainda pode ser mais profunda: mesmo que o sócio não faça expressa manifestação de concordância ou ao menos ciência frente à existência da cláusula compromissória ou que alegue ignorância a respeito da avença, permanece ele vinculado ao compromisso?

O tema é tão presente e instigante que, recentemente, acabou por merecer especial enfoque na Primeira Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal[186]. O teor daquele enunciado indica que o adquirente das cotas ou ações adere à cláusula compromissória inserida no contrato ou no estatuto social e, portanto, fica vinculado à jurisdição arbitral, ainda que inexista assinatura ou manifestação expressa de aderência àquela cláusula[187].

Antes de iniciarmos uma análise efetiva do problema, é mister a incursão em breves definições de alguns poucos institutos jurídicos para, somente então, estabelecermos as premissas que conduzirão a uma conclusão.

Como já é bastante disseminado, arbitragem é método de resolução de conflitos de interesses segundo o qual determinadas pessoas estabelecem que eventual e/ou certo litígio deva ser dirimido por terceira pessoa a elas estranha. Portanto, é técnica de *heterocomposição* de conflitos pela qual se vinculam os litigantes mediante negócio jurídico denominado convenção arbitral.

Por ser método de heterocomposição não estatal de litígios, a arbitragem não é imposta por lei, senão facultada por ela. Pessoas naturais ou físicas, desde que capazes, podem optar, por um ato convencional expresso, denominado convenção arbitral, a submeterem-se à solução de conflito de interesses patrimoniais disponíveis à arbitragem (art. 1º da Lei 9.307/95).

A convenção arbitral é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.[188]

A cláusula compromissória representa a estipulação contratual por meio da qual as partes contratantes se comprometem, abstrata e previamente, a resolver, pela técnica da arbitragem, controvérsias surgidas em decorrência daquele negócio jurídico (art. 4º da Lei 9.307/96). Ela, destarte, preexiste a eventuais litígios e os abrange de modo geral, ou seja, vincula eventuais litígios supervenientes – todo e

---

[186] I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, ocorrido entre os dias 22 e 24 de outubro de 2012, presidido por Ruy Rosado Aguiar, Brasília-DF.

[187] "16. O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito."

[188] A diferenciação não é antiga nem universal, anota Marco Aurélio Gumieri Valério, havendo ordenamentos que não a admite, como o direito inglês (VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **A arbitragem no direito brasileiro.** São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 74).

qualquer (desde que não extrapolem o objeto material litigioso subsumível à arbitragem) – à celebração da cláusula compromissória[189]. Este caráter abstrato e geral da cláusula compromissória não é encontrado no compromisso arbitral.

E não é só o contrato que pode abarcar a cláusula compromissória, mas toda e qualquer relacionamento jurídico passível de ser submetido ao juízo arbitral. E a cláusula não é acessória em relação ao contrato, mas dele distinta, posto dispor de manifestação de vontade diversa. Logo, se é nulo o contrato, a cláusula poderá não ser e o contrário também é verdadeiro.[190]

O compromisso arbitral é negócio jurídico através do qual as partes contratantes estabelecem que determinado conflito, já surgido, seja dirimido em sede de juízo arbitral (art. 9º da Lei 9.307/96). Enfim, o compromisso arbitral volta-se a uma controvérsia em concreto.[191]

O juízo arbitral, lembre-se, é substitutivo da jurisdição estatal, o que levou Humberto Theodoro Júnior a declarar que a cláusula compromissória implica renúncia à jurisdição estatal,[192] no que é corroborado por Fredie Didier[193].

Aqui, o aspecto mais relevante da convenção arbitral é sua limitação objetiva, ou seja, o fato de só se prestar a solução de litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. A indagação se as controvérsias envolvendo direitos fundamentais – invariavelmente tomadas pela doutrina tradicional como sendo indisponíveis *a priori* – podem ser dirimidas em sede de juízo arbitral tem sido respondida negativamente. Se tomarmos o conceito tradicional de direitos fundamentais, já esclarecido alhures, tem-se que não se poderia transferir ao árbitro a solução de uma questão tal à arbitragem, pois, segundo uníssona lição, "[...] o

---

[189]Conforme anota João Roberto Parizatto, a cláusula compromissória envolve pessoas capazes e interessadas na submissão de futuros conflitos ao árbitro, devendo ser formulada por escrito - não se aceita a forma verbal, nos termos expressos da lei (PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem:** comentários à Lei 9.307, de 23-9-96. São Paulo: LED, 1997. p. 25).

[190]BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. **Lei da arbitragem comentada.** São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46-47.

[191]Antônio Carlos Marcato,em singela e suficiente definição, anota: "O compromisso arbitral é, então o instrumento de que se valem os interessados para, de comum acordo, atribuírem a terceiro (denominado árbitro) a solução de pendências entre eles existente." (MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.219).

[192]THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento: v. I. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p.71.

[193]DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 45.

árbitro não tem jurisdição para resolver conflitos de direito indisponível."[194] Não se olvide, porém, que a própria atribuição de julgamento a ofensa de direito a um árbitro acarreta o ato de dispor do direito à jurisdição estatal, garantido pelo art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.

A cogência da convenção arbitral é evidente. A parte interessada pode, inclusive, impor sua eficacialização por meio de processo judicial designado para tal fim, qual estatuído pelo parágrafo único do art. 6º e pelo art. 7º, ambos da Lei 9.307/96. E o Poder Judiciário está obrigado a respeitar a força vinculatória da convenção arbitral, *ex vi* do art. 267, inciso VII e do art. 520, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil.

Já resta superado na jurisprudência o debate sobre a constitucionalidade da convenção arbitral, posto que não implica qualquer violação do direito fundamental à jurisdição estatal, inserto no inc. XXXV do art. 5º da Constituição. Este, inclusive, foi o entendimento consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento proferido em sede de homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7, em 12 de dezembro de 2001, cujo acórdão fora publicado no Diário de Justiça em 30 de abril de 2004.[195]

Destaca-se, então, a instrumentalidade do processo que culmina na prestação jurisdicional. Assumindo que o escopo da jurisdição é resolver lides e

---

[194]MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de arbitragem:** comentários à Lei 9.307/61. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

[195]Afigura-se oportuna a transcrição de parte do voto do douto Ministro Sepúlveda Pertence, no bojo do julgamento do citado processo de homologação de sentença estrangeira (lembremo-nos que, a despeito do *nomen iuris*, tratava-se de homologação de laudo arbitral estrangeira ainda não homologado pelo órgão judiciário do país de origem): "O que a Constituição não permite à lei é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, Comentários ao C. Pr. Civil, Forense, v/d, IX/377). O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir. Ora, acentuou o saudoso J. Frederico Marques (Instituições de Dir. Proc. Civil, 1960, n. 1.330, V/423) – 'assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através da transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas em ligar de o levarem, através da propositura de ação, a juízes e tribunais'. Em síntese: da licitude da transação sobre os direitos materiais objeto da lide, surgem sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia, em relação a eles, do direito de ação que, embora autônomo, tem caráter instrumental."
No mesmo sentido do julgado, por todos, lembramos os estudos de Paulo de Tarso Santos, abordando o período anterior e posterior à Lei 9.307/96 e a mudança cultural por ela iniciada (SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário.** São Paulo: LTr, 2001) e de Fernanda Tartuce, que fala em uma mudança de mentalidade (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008).

satisfazer direitos materiais, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não há infringência à garantia de universalidade da jurisdição pelo Poder Judiciário pela estipulação de convenção arbitral. Afinal, o resultado da jurisdição estatal, representado pela tutela jurisdicional, coincidiria com o direito material objeto da controvérsia, sua natureza e, por conseguinte, possível disponibilidade. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: *"*Ora, se a pretensão material mesma é disponível, igualmente disponível se há de reputar a ação voltada à sua afirmação jurisdicional."[196]

Como já vimos anteriormente, os direitos fundamentais devem representar uma salvaguarda ao particular, seja diante do Estado, seja em relação a seus pares, mas efetivamente deles não se podem extrair interpretações que os transformem em fardos, ou seja, que culminem em restrição das liberdades ou dignidade de seus titulares. Por isso, parece-nos que a técnica da arbitragem, como uma alternativa à jurisdição estatal, é válida no sentido de que pode melhor atender aos interesses dos particulares, de modo que desobrigar o cidadão à busca pela jurisdição estatal implica, muitas vezes, na retirada de empecilhos à eficaz gestão de seus interesses patrimoniais.

Tão amplo é o rol de direitos fundamentais que seria inviável (e até mesmo despótica) qualquer pretensão no sentido de concebê-los como direitos absolutos; e isto, há décadas, nossa ordem jurídica entendeu. Decorre daí, necessariamente, a admissibilidade de sua restrição, em alguma medida ao menos, inclusive nas relações interprivados.

A restrição ao direito fundamental à jurisdição estatal se aplica aos particulares nas relações entre si, não em razão de uma suposta eficácia direta daquele direito sobre tais relações, mas sim em virtude da existência de uma mediação legislativa, que representa uma escolha política do legislador, pautada no respeito à autonomia privada, sem que se fale em inconstitucionalidade *in abstrato*.

---

[196]STF, Tribunal Pleno, AgRg na SE 5.206-7/Reino da Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, DJ 30.04.2004. É importante, neste ponto, trazer as lições de Virgilio Afonso da Silva: "Um modelo que pretenda explicar a constitucionalização do direito e, mais do que isso, que pretenda dominar o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais tem que, imprescindivelmente, partir de uma concepção de direitos fundamentais que aceite, pelo menos em um grande número de casos, a possibilidade de renúncia ou negociação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas […]."

Lembremo-nos que a eficácia dos direitos fundamentais deve se dar, *prima facie*, através de regulamentação infraconstitucional e, somente em sua carência, diretamente, por intermédio das denominadas “portas de entrada”, há de se ter em conta que a garantia fundamental à jurisdição estatal está legalmente regulamentada, tal como a possibilidade de se dispor sobre ele e se adotar a arbitragem, como substitutivo da jurisdição estatal, quando cabível. E esta regulamentação, dada pela Lei nº 9.307/96 foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, eventual dúvida quanto à ofensibilidade da previsão legal de um juízo arbitral, adotável pelos particulares mediante estipulação contratual e somente quanto a direitos patrimoniais disponíveis, parece resolver-se já no plano abstrato, e em sentido negativo (não infringibilidade). No mais, a arbitragem é expressamente admitida pela própria Constituição de 1988 no âmbito da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, §§ 1º e 2º).

Mas a par de uma conclusão em abstrato, mister verificar-se se idêntica solução adviria de apreciação em concreto de tal situação, sobretudo pelas peculiaridades que o caso apresenta (inserção da cláusula compromissória adrede à entrada do particular no contrato de sociedade).

Pois bem, a restrição ao direito fundamental à jurisdição, mediante convenção arbitral (seja cláusula compromissória, seja compromisso arbitral), dá-se no exercício da autonomia privada.

Voltamos a analisar a questão sob o prisma do sistema de precedência *prima facie* dos direitos fundamentais proposto por Steinmetz, tratados no item 2.2.Para tanto é mister estabelecermos as premissas de nosso raciocínio.

Partamos da premissa segundo a qual a arbitragem só dirime, por força de lei (art. 1º da Lei 9.307/96), conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Submeter controvérsias de outra natureza ao juízo arbitral – segundo a uníssona doutrina - configura ilicitude, o que dispensa, quanto a isto, qualquer análise de eficácia horizontal direta de direitos fundamentais.

Depois, adotemos a premissa de que existe uma relação de liberdade no ato do sócio superveniente, não se havendo falar em vulnerabilidade deste em relação

aos demais[197]. A natureza do título que torna sócio determinada pessoa não influi no raciocínio. Exemplificativamente, o adquirente de uma ação preferencial tem prévia e plena consciência da extensão de seus direitos em decorrência do título adquirido; e isto não cria desigualdade juridicamente relevante (para este mesmo fim) entre tal sócio e outro portador de ação ordinária.

A última premissa é a de que o direito fundamental à jurisdição, em se tratando de lides que versam sobre direitos patrimoniais, apresenta feição similar a estes, porquanto a tutela eventualmente pretendida culminaria, no máximo, no reconhecimento e satisfação de direito patrimonial.

E, diante destas premissas, a única ilação possível é a reversibilidade, no caso concreto, da precedência *prima facie* do direito fundamental à jurisdição diante da autonomia privada. Esta passa a preferir àquele, tornando constitucionalmente legítima a mitigação do direito fundamental à jurisdição estatal.

Outrossim, o fato da própria Lei da Arbitragem permitir a inserção da cláusula compromissória fora do corpo do texto, em apartado[198], é outro elemento favorável à admissibilidade da vinculação do sócio superveniente àquela estipulação no contrato ou estatuto social, conforme norma do §1º, art. 4º da Lei 9.307/96. Nem se alegue a necessidade de concordância expressa, pois essa necessidade só é necessária frente ao consumidor (conforme §2º. do mesmo art. 4º) e não se há equiparar a situação de hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor e aquela realizada nos contratos empresariais.

Neste sentido, mostra-se incensurável o Enunciado nº 16 da Primeira Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal. De fato, a preexistência, em contrato ou estatuto social, de cláusula compromissória e a vinculação do sócio adquirente de quota ou ação àquela, efetivamente não traz, em verdade, elemento deveras extravagante ao raciocínio acima explanado, não havendo que se falar em infringência a direito ou garantia fundamental.

---

[197]Não se fale em igualdade plena, pois a conduta dos sócios objetiva a maior segurança possível e se dá com aproveitamento das oportunidades que se lhes apresentem, mas as informações são assimétricas para cada interessado.

[198]Quanto à validade da estipulação: VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **A arbitragem no direito brasileiro.** São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 76.

A renúncia geral, via cláusula compromissória, à jurisdição estatal, quanto a lides sobre direitos patrimoniais disponíveis, não ofende o direito fundamental a esta, seja em abstrato, seja em concreto, e, simultaneamente, prestigia a autonomia privada e boa-fé objetiva dos contratos.

Destarte, no exercício da autonomia privada, os particulares, inclusive em suas relações entre sócios, podem dispor sobre o direito fundamental à jurisdição, para pactuarem que eventuais controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis sejam dirimidas em sede de juízo arbitral.

Aquele que adquire quotas ou ações de sociedade empresária, tornando-se sócio, o faz mediante contrato, ou seja, no exercício da autonomia privada, sabedor dos direitos e obrigações decorrentes deste ato. Ou seja, a concordância à vinculação da cláusula compromissória ocorre no momento em que adquire as quotas ou as ações. Eventual desconhecimento do teor do contrato ou estatuto social representa pura desídia do sócio, pelo que assume, por culpa sua, os ônus correspondentes.

Da mesma forma como o sócio originário, por negócio jurídico, pode celebrar contrato social com cláusula compromissória, o sócio adquirente das respectivas quotas ou ações, também por negócio jurídico, pode aderir ou não ao contrato social, conforme lhe aprouver, tendo em vista o plexo de direitos e obrigações que o ato de aquisição representa.

Esta solução, segundo entendemos, preserva a função primordial que a autonomia privada desempenha, resguardando-a de indevida “panconstitucionalização” do Direito e consequente do esvaziamento da esfera de competência dos particulares em sua autodeterminação, que é consectário do princípio da dignidade humana.

A Lei 9.307/96 faculta ao particular o juízo arbitral, e não o impõe; deste modo, não transforma uma garantia à jurisdição estatal em um dever individual de acioná-la, o que impede sua descaracterização, desfuncionalização.

Ressalvamos, por fim, a disposição de todas as pessoas capazes para contratarem cláusula de arbitragem, inexistindo disposição normativa direta de exceção de vínculo à arbitragem de algum direito disponível. O raciocínio obedece a tais premissas – capacidade e disponibilidade – pois o reverso delas (incapacidade e

indisponibilidade) são exceções na esfera jurídica. Logo, um menor que, atendidas as circunstâncias, pudesse ingressar na sociedade não poderia estar sujeito à arbitragem, mas isso não por sua condição de sócio superveniente e sim por sua incapacidade, como ocorreria em qualquer outra situação.[199]

4.3 O acordo de acionistas – o art. 118 da lei das s/a: falso caso de eficácia dos direitos fundamentais

O acordo de acionistas, dentro do âmbito das sociedades anônimas, é regido pelo art. 118 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, alterado pela Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001. Este último diploma, além de alterar a cabeça do artigo, também acrescentou os parágrafos sexto, sétimo, oitavo, nono, dez e onze àquela norma.

Convém apresentarmos, mesmo em breves linhas, do que trata o acordo de acionistas, o objeto da alteração legislativa e o possível conflito do conteúdo da norma com os direitos fundamentais, sempre em vista do objeto deste trabalho.

Originariamente, nosso sistema legal não disciplinou o acordo de acionistas. A despeito disso, os sócios minoritários viram-se praticamente obrigados a se organizarem como forma de defender seus interesses comuns, máxime a partir da década de 60 do século XX, quando aumentou, de maneira sensível, a participação do Banco Nacional de Desenvolvimento em diversas sociedades anônimas[200].

A dinâmica das relações de poder entre acionistas (cuja alteração pode se dar pelos mais diversos motivos - tanto por alteração de interesses como originada em ações emocionais), aconselha a estabilização dessas relações. Essa estabilização pode ocorrer pelo acordo de acionistas. O uso reiterado do acordo levou o legislador à normatização da matéria, regulando as relações entre os sócios, entre eles e a companhia e também frente a terceiros. *A priori,* o "[...] acordo de

---

[199]MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de arbitragem:** comentários à Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.
[200]BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.35.

acionistas consiste em um contrato entre dois ou mais acionistas, com o objetivo, pelo menos em tese, de estabilizar as relações na companhia."[201]

Entre nós, o instituto não teve o mesmo alcance do sindicato de acionistas trazido pela doutrina italiana[202]. Tampouco se equipara o acordo ao *voting trust* dos norte-americanos, no qual os acionistas transferem a titularidade de suas ações ao fiduciário, recebendo em troca um certificado deste último, que lhes assegura recebimento de dividendos, além da devolução da participação societária, segundo a forma e as condições contratadas[203].

O acordo de acionistas tem por objeto, no mais das vezes, o poder de controle da sociedade, o direito de voto, a alienação de ações, a preferência para aquisições e aquilo mais que interessar aos contratantes. É possível que esses acionistas estabeleçam a feitura de reunião anterior à assembleia, definindo, por maioria, os votos a serem manifestados. Na verdade, ao menos em princípio, os acionistas podem dispor sobre qualquer assunto de seu interesse, à exceção da venda de voto[204].

O instituto guarda a natureza jurídica de contrato e, nas matérias elencadas acima, em determinada circunstância, admite a autotutela. Caso não observado seu conteúdo nas matérias descritas no art. 118, e uma vez registrado o acordo nos livros da sociedade, será passível de execução judicial para atendimento do específico objeto. Se não dispuser de registro, não obriga terceiros (sociedade inclusive) e terá os efeitos ordinários dos contratos apenas entre os contratantes (perdas e danos). De maneira singela, havendo o requisito material (matérias elencadas na lei) e o requisito formal (registro do acordo nos livros da sociedade), é admitida a tutela específica.

---

[201]PROENÇA, José Marcelo Martins. Direitos e deveres dos acionistas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Org.). **Direito societário:** sociedades anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

[202]No sindicato de acionistas, diz Ulhôa, os controladores confeccionam o sindicato de mando e os minoritários formam um ou mais sindicatos de defesa. Os síndicos de cada entidade dispõem de poderes de representação dos seus respectivos sindicalizados, podendo votar em nome deles (COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 316).

[203]Ibid., p. 316.

[204]Ibid., p. 317. Não se pode, por exemplo, estabelecer a obrigação de voto sempre pela "[...] aprovação das contas da administração, das demonstrações financeiras ou do laudo de avaliação de bens ofertados à integralização do capital social."

O mais relevante para nossa análise é o conteúdo dos parágrafos oitavo e nono do artigo citado. O parágrafo oitavo manda ao presidente da assembleia ignorar o voto do acionista sufragado em desrespeito ao conteúdo do acordo registrado na sociedade. Já o parágrafo nono faculta ao acionista contratante e prejudicado pelo acionista ausente à assembleia ou omisso na votação, o direito de votar em nome desse acionista que firmou o acordo se ele se absteve ou se ausentou da votação, o que caracteriza uma espécie de "mandato legal" ou uma "legitimidade substitutiva".

Chama a atenção o fato do acordo não operar efeitos apenas entre os contratantes (*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*), mas vincular os conselheiros da companhia que houverem sido eleitos pelos signatários do acordo ou os diretores assim eleitos, caso ausente Conselho de Administração. Portanto, segundo as novas regras, o conselheiro ou diretor está obrigado à observância de acordo de acionistas estabelecido pelos sócios que o elegeram, mesmo sem haverem participado do acordo.

A norma, na opinião de José Marcelo Martins Proença, fere a independência do órgão da companhia, bem assim a autonomia dos administradores[205]. Para além disso, importa repisar não ser o administrador signatário do acordo de vontades. Em outras palavras, as normas em questão autorizam os acionistas a deliberarem matérias atinentes ao Conselho de Administração, determinando o voto de conselheiro eleito por eles (acionistas), sem nada dispor quando a prática ferir garantias básicas de terceiros.

Em sentido aparentemente contrário àquela norma, o art. 139 da Lei das S/A veda a delegação de competência de um a outro órgão da companhia. Ainda mais específico, na mesma lei, o art. 154 e o seu parágrafo primeiro, que determinam ao administrador a defesa dos interesses da companhia, mesmo que em detrimento do grupo que o elegeu. Essas normas, caracterizadoras de verdadeiros princípios, no entendimento indicado e dependendo do caso concreto, podem ser conflitantes com o conteúdo do acordo de acionistas. Aliás, vale lembrar que o Conselho de

[205]PROENÇA, José Marcelo Martins. Direitos e deveres dos acionistas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Org.). **Direito societário:** sociedades anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Administração, na boa governança corporativa, goza cada vez mais de independência[206].

Ainda sob o prisma dessa doutrina, entendendo-se válida a vinculação de terceiro ao quanto estabelecido no acordo de vontades, resta análise da possibilidade trazida pelo §9º, art. 118. Por ele, ausente um dos sócios signatários do acordo de vontades ou, conforme o caso, membro da administração eleito pelos sócios signatários desse mesmo acordo ou, se estando presente à reunião ou à assembleia, abstém-se de votação de matéria tratada naquele acordo, pode o acionista prejudicado votar com as ações pertencentes ao sócio omisso ou ausente e pelo conselheiro que assim também proceder, desde que tal conselheiro tenha sido eleito pelos acionistas do acordo de vontades.

De tal sorte, se um dos sócios vinculado ao acordo de acionistas, cujo registro conste dos livros da sociedade, votar em sentido diverso ao conteúdo daquele acordo, está o presidente da assembleia geral impedido de computar seu voto. Mas não poderia, na visão dessa doutrina, o presidente alterar o conteúdo do voto. Para tanto, apenas a execução específica do prejudicado, junto ao Poder Judiciário, terá esse alcance. Todavia, se o mesmo sócio abstém-se da votação ou sequer comparece à assembleia geral, poderá o prejudicado, fazendo as vezes do ausente/omisso, votar com as ações deste último, ainda que não disponha de mandato específico para tanto (a lei constitui um “mandato legal”, como já mencionado).

O raciocínio é de que a possibilidade de autotutela caracterizaria ofensa ao devido processo legal e ao direito de propriedade do acionista, pois o julgamento de uma manifestação de voto contrária a um acordo (no caso do efetivo exercício do voto, mas de conteúdo contrário ao acordo), feito pelo presidente da assembleia geral é ato de competência exclusiva do Poder Judiciário. De outro lado, a vinculação do conselheiro também seria abusiva, porque ele, em nenhuma hipótese,

---

[206]Assim o item 2.16 do Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa: Um conselheiro deve prezar por uma atuação independente em relação a quem o indicou ou elegeu e a outros membros da administração. Seu objetivo único deve ser o de preservar e criar valor para a organização como um todo. O Conselho deve utilizar todos os recursos disponíveis para avaliar a independência de seus conselheiros. Em ultima instancia, cabe a cada um dos conselheiros refletir sistematicamente sobre sua capacidade de fazer um julgamento independente. Essa autoavaliacão deve ser rotineira diante dos temas examinados no Conselho.” IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 4. ed. São Paulo, 2009.

pode se afastar do objeto social da empresa para benefício de interesses particulares. Assim, o exercício do voto por um acionista pelo outro também seria uma ofensa ao devido processo legal e ao direito de propriedade, ambos tratados como direitos fundamentais em nossa ordem constitucional (CF, art. 5º, incisos XXII e LIV).

A despeito desse entendimento pela inconstitucionalidade e quebra de direitos fundamentais dos sócios e diretores, vemos que a questão não é tão singela e que há inúmeros precedentes de autotela no direito pátrio, sem arguições de inconstitucionalidade dos dispositivos que a autorizam.

Modesto Carvalhosa entende que a alteração legislativa, que criou os parágrafos oitavo e novo do art. 118 da Lei das S/A, instituiu meios de coercibilidade *interna corporis* para cumprimento do acordo, com objetivo de permitir o exercício harmônico do poder-dever de controle.[207]

Segundo Carvalhosa, não prevalece o entendimento de que está defeso o suprimento de manifestação da vontade sequer manifestada, conforme previsto no parágrafo nono daquela norma. Isso pelo simples fato da vontade já haver sido manifestada anteriormente, ou seja, ao tempo da feitura do acordo de vontades, quando houve o compromisso de votação em bloco.

Ele lembra que, enquanto o acordo de vontades vinculou apenas seus signatários, mesmo com menção à vinculação da sociedade como cláusula acessória, cujo descumprimento resolvia-se em perdas e danos entre os signatários, jamais existiu contestação quanto à validade, à eficácia e à licitude de tal estipulação. A mudança legislativa apenas teve o condão de garantir a observância do acordo de vontades pela sociedade, satisfeitos os requisitos já mencionados.

Nem se alegue, prossegue Carvalhosa, que se vá ferir a independência do administrador eleito pelo acordo de vontades, por estar ele obrigado a acatar as decisões majoritárias da comunhão de votos, com infringência do §1º, art. 154 da lei societária. A crítica em tal sentido ignora que o próprio conteúdo do acordo deve observar o interesse social, conforme §2º, art. 118 da mesma lei[208]. E o interesse social não destoa do interesse comum dos acionistas controladores. No que tange

[207]CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas:** homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 245.
[208]Ibid., p. 248.

ao administrador, apenas a administração ordinária deve ser decotada do objeto do acordo de vontades, pois nesse campo a independência do administrador é absoluta[209]. A ressalva, neste ponto, é que o acordo de vontades deve versar apenas sobre matéria extraordinária e relevante[210].

O voto contrário do administrador vinculado ao acordo caracteriza uma obstrução indevida do cumprimento do quanto avençado em reunião prévia e ao qual o administrador está vinculado substancialmente. É então o administrador quem age com abuso de poder, ignorando a diretriz adrede estabelecida, devendo por isso ser suspensa a eficácia de um tal voto.

Também não merece trânsito o argumento de que há ofensa à garantia de inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inc. XXXV), pois o ordenamento jurídico pátrio – sempre de maneira excepcional – é prenhe de exemplos de autotutela[211]. Ademais, a morosidade do sistema judicial tem facultado meios alternativos de solução de conflitos, figurando a autotela como um desses meios. É muito mais razoável e prudente, no caso, possibilitar o exercício da autotutela com observância daquilo que fora contratado pelos interessados.

À evidência, eventual abuso por parte dos controladores do acordo poderá ser sanado pelo próprio Judiciário. Existe apenas uma inversão nos polos da demanda. O signatário dissidente ou o administrador inconformado é quem deverá

---

[209]Tanto que pode ser penalizado, conforme regulamentação trazida pela seção IV, Cap. XII da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

[210]Cabe a advertência: "Note-se, a propósito, que a vinculação do voto de todos os participantes da comunhão ao deliberado na reunião prévia abrange **toda** a matéria ali tratada. Diferentemente, pois, da vinculação dos administradores ao deliberado na reunião prévia, que se restringe apenas às matérias relevantes e extraordinárias, previstas no próprio acordo" (CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas:** homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 254).

[211]Citando o antigo código civil, Goffredo Telles Júnior enumera diversos casos de autotutela: "o direito de retenção: a) do pagamento, enquanto a quitação regular não for dada ao devedor que paga (art. 329 do Código Civil); b) da coisa vendida à vista, enquanto o vendedor não receber o preço (arts. 491 e 495 do Código Civil); c) da coisa alugada, enquanto o locador não efetuar o pagamento das benfeitorias que o locatário tiver feito, tanto das necessárias como, quando expressamente consentidas pelo locador, das úteis (arts. 578 do Código Civil); d) das benfeitorias necessárias e úteis, que o possuidor de boa-fé tiver feito, até que ele seja indenizado pelo seu valor (art. 1.219 do Código Civil); e) da coisa gerida, enquanto o gestor não for reembolsado das despesas necessárias ou úteis, por ele feitas (art. 869 do Código Civil); f) do objeto do mandato, até que o mandatário seja reembolsado do que despendeu no desempenho do encargo (art. 681 do Código Civil); g) da coisa depositada, até que as despesas, feitas com ela, e os prejuízos, que do depósito provieram, sejam pagos ao depositário (art. 644 do Código Civil); h) da coisa dada em garantia por anticrese, enquanto a dívida não for paga (art. 1.423 do Código Civil); i) da coisa dada em penhor, até que o credor seja indenizado das despesas que não tenham sido ocasionadas por culpa sua, mas que foram pagas por ele (art. 772 do Código Civil anterior)" (TELLES JÚNIOR, Goffredo. Direito subjetivo. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito, São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28).

socorrer-se ao Judiciário se abusiva a autotutela. Nem se olvide a possibilidade de, havendo dúvida a respeito do preciso alcance do acordo, preferirem solução judicial ou arbitral para dirimir a questão.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho acrescentam que uma assembleia geral de acionistas, enfim, não é uma festa cívica e tampouco um sacramento, é essencialmente um ato comercial[212]. Mais que isso: se o acionista pode alienar suas ações, pode não comparecer à assembleia (o que é comum), se pode abster-se da votação, por que motivo o voto que vier a ser dado em seu nome, por outros sócios, irá ferir o interesse público?[213]

Outrossim, porque pertinente ao caso, cabe lembrar a lição de Gustavo Saad Diniz de que a conduta dos agentes econômicos, antes da contratação, fica pautada na minimização de incertezas, diante dos custos da transação e oportunismo do agente, além da assimetria de informações e, sobretudo, a segurança jurídica estampada no desenvolvimento da jurisprudência[214].

Sem embargo desses apontamentos, propomos, então, uma análise da situação descrita à luz do esquema proposto no item 2.2 e aqui tomado como o mais adequado à análise da eficácia dos direitos fundamentais entre privados. Seja qual for a solução que se busque, deve ficar claro que os direitos fundamentais dos particulares envolvidos na relação jurídica deverão ser necessariamente observados pelo intérprete, sob pena de desprezo ao conteúdo jurídico e, para além de jurídico, moral do texto da Constituição.

Pela primeira diretriz, os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado (direito empresarial no caso).

Nesse primeiro raciocínio, vê-se que é frágil o argumento de busca ao direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, pois tal acesso não está vedado (nem poderia mesmo estar) pela norma do art. 118 da Lei das S/A. A legislação ordinária

---

[212]COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.221.
[213]Ibid., p.223.
[214]DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária:** financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 74.

instituiu uma espécie de autotutela, tal como já o fez em inúmeros outros casos na legislação.

Na segunda diretriz, pela qual a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada a uma mediação concretizadora pelo legislador primeiramente; e, num segundo momento, a mediação pode ocorrer pelo juiz e pelos tribunais.

Bastante próxima é a terceira diretriz, pela qual cabe ao legislador o desenvolvimento ou, se preferirmos, a concretização dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações especificadas que delimitem o conteúdo, as condições e os pressupostos de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares.

Na hipótese em análise, a diretriz estabelecida pelo legislador é claríssima. Aliás, trata-se de alteração legislativa, implantada com o específico fim de agilizar e dar plena eficácia aos acordos estabelecidos entre os acionistas de uma dada sociedade empresarial. Como o primordial papel de concretude dos direitos fundamentais cabe ao legislador, só haveria espaço para a concretude judicial se existisse flagrante ofensa à garantia ou direito fundamental, o que não se observa *in casu,* máxime porque foi o próprio acionista quem manifestou sua vontade no sentido prestigiado pela norma, apenas o fazendo em momento anterior à assembleia ou reunião.[215]

Por fim, pela quarta diretriz, indica-se ser tarefa do juiz e dos tribunais, ante o caso concreto, mesmo na ausência de desenvolvimento legislativo específico, dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais), devendo ocorrer tal eficácia pelas cláusulas gerais, que funcionam como “portas de entrada” do conteúdo constitucional.

Na hipótese em análise, inexistem quaisquer dessas “portas de entrada”, cuidando-se de texto claro, objetivo e direto. De tal sorte, e reiterando que tais diretrizes implicam o quanto é mais razoável, ou seja, a eficácia dos direitos

[215]Por oportuno, lembro o quanto foi dito no sentido de que a aplicação advinda do legislador ou do Judiciário, desde que observadas as diretrizes acima traçadas, é mais adequada, uma vez que: a) preserva a autonomia privada – princípio basilar do direito privado; b) garante a identidade e função do direito privado; c) assegura maior segurança jurídica, sendo as normas de direito privado mais específicas e detalhadas que os comandos abstratos dos direitos fundamentais; d) evita a chamada “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno desinteressante tanto ao direito privado como ao direito constitucional.

fundamentais, ordinariamente intervindo nas relações privadas não como direitos subjetivos constitucionais, senão como um sistema de valores (*Wertsystem*) embutidos, primeiramente, pelo legislador e, depois, pelo juiz e pelos tribunais, caso necessário, não há espaço para a interpretação buscada pela primeira doutrina trazida neste capítulo, ou seja, inexiste inconstitucionalidade por ofensa a direito fundamental do acionista.

CONCLUSÃO

Deve ser frisada a ausência de pretensão em apresentar ou estabelecer, em caráter peremptório, as soluções mais justas para toda e qualquer questão do direito societário, sob o prisma de uma constitucionalização do direito privado. Evidente que a pretensão soaria como ridícula e jamais poderia ser alcançada num trabalho da presente envergadura. Não se cuida disso.

O que se buscou foi apresentar, sob o prisma da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, um que outro problema do direito societário - sempre a título exemplificativo - e suas possíveis soluções, embasando o raciocínio e desfecho proposto de acordo com a força desta mesma eficácia dos direitos fundamentais para o direito societário.

Contudo, a eficácia defendida e demonstrada não deve alcançar um grau de generalidade que leve à consequências insustentáveis, decotando intensamente o direito privado e tornando insubsistente a autonomia privada. Por isso, ela deverá ocorrer por intermédio dos instrumentos do próprio direito societário, sob pena de se perder todo o desenvolvimento histórico deste ramo do direito e, por consequência, também os critérios de segurança jurídica, cada vez mais cara às relações negociais.

Conquanto as hipóteses apresentadas tenham se restringido a cinco (três principais e duas como subitens), o sistema de precedências proposto é cabível a qualquer conflito que se estabeleça com ofensa a direito ou garantia fundamental do particular no campo do direito societário. O raciocínio serve inclusive para distinguir e refutar de maneira mais precisa pseudo-ofensas a esta classe de direitos, calcadas em entendimentos totalmente equivocados, máxime por buscarem socorro exclusivamente no texto constitucional, com desprezo completo aos fundamentos e princípios próprios do direito societário, o que não é defendido por nenhum dos entendimentos que se apresentam sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

Ao final, passamos a enumerar as seguintes conclusões:

1. A constitucionalização do direito é fenômeno que deve ser entendido não somente pela superioridade normativa da Constituição Federal no sistema jurídico, mas também como a irradiação das normas e dos valores constitucionais para todos os ramos do direito. Inserida no fenômeno da constitucionalização do direito, a principal vertente atine à eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares e não apenas naquelas que se formarem entre o cidadão e o Poder Público. E a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares representa, acima de tudo, o rompimento de uma teoria liberal clássica frente à função tradicional desta classe de direitos.

2. Para que se desenvolva a irradiação dos valores constitucionais, imprescindível que os princípios apresentem força normativa, ao reverso do que historicamente representaram. Ademais, não se fala atualmente nos valores dos princípios gerais do direito, senão em princípios constitucionais, pois à Constituição Federal cabe ditar os valores a serem prestigiados tanto pelo legislador como pelos julgadores.

3. A alteração na forma de se conceber os princípios, dentre outros elementos, exige uma nova hermenêutica - sem desprezo aos tradicionais métodos interpretativos - mas também sem se contentar com a tradicional regra de subsunção do fato à norma. Os efeitos da força normativa dos princípios estão inseridos em uma nova interpretação do direito; não se trata mais de negar referidos efeitos, mas de mensurar sua forma e seus limites. E por serem mandamentos de otimização, os princípios exigem a realização de algo na maior medida possível, sempre se coadunando com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

4. Os direitos fundamentais, no âmbito de uma visão hodierna, passaram a dispor de uma função dupla: de um lado estão voltados à proteção das liberdades do indivíduo diante do Estado e, de outro, servem como valores ou fins de um dado sistema, como pautas principiológicas a serem respeitadas por toda a sociedade. Formando os direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores, a Constituição passa a representar decisivo lastro para o direito privado, dando coerência geral ao sistema.

5. A experiência acabou por demonstrar não ser apenas o Estado o único agente capaz de exercer dominação tão ampla a ponto de mitigar ou, em alguns

casos, extirpar a autonomia privada do indivíduo. Livre do alcance de qualquer ingerência, o exercício absoluto da autonomia demonstrou se cuidar de garantia formal, mas sem conteúdo material em diversos casos.

6. A desconfiança de boa parcela do mundo jurídico frente à eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiro (*Drittwirkung*), não teve o condão de impedir que a matéria fosse elevada a uma discussão internacional, dispondo de constante e crescente número de decisões judiciais, no mundo todo, com apelo a tal eficácia.

7. A resposta principal às críticas relativas a esse novo patamar dos direitos fundamentais é o fato de se basearem em concepção obsoleta, calcada fortemente na separação absoluta entre direito privado e público, que não vige de maneira absoluta em nossos dias, sobretudo pelo valor concedido à dignidade da pessoa humana.

8. Não há entendimento uniforme na doutrina sobre a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. Ao passo que a teoria da eficácia direta toma aquela classe de direitos quase como direitos subjetivos constitucionais, a teoria da eficácia indireta exige a necessária intermediação dos direitos fundamentais pelo legislador primeiramente e pelo julgador, num segundo plano. Também tem relevo uma doutrina que nega esses efeitos na relação entre particulares e a doutrina do *state action*.

9. A doutrina do *state action,* que vicejou nos EUA, manteve-se fiel à ideia de que os direitos fundamentais estão atrelados unicamente às relações entre Estado e particular, dizendo não haver eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, valorizando ao máximo a liberdade individual. Mas as exigências da vida prática e o enfretamento de situações complexas minou a noção de absoluta separação entre a ação estatal e os atos privados, levando essa doutrina a estabelecer que um ato privado poderá ser objeto de controle judicial, máxime com ofensa ao direito de igualdade, em raciocínio complexo e tortuoso. A fidelidade, no plano teórico, à concepção liberal dos direitos fundamentais, achou remédio na expansão do conceito de *state action,* sobretudo nos casos em que havia discriminação racial (*White Primary Cases*).

10. As críticas à doutrina do *state action* são a ausência de uniformidade nos diversos julgados sobre o tema, realizados casuisticamente e, portanto, sem que se atingisse uma gama de regras que pudesse determinar quando um particular está obrigado a observar a Constituição e quando não está. Não se constituiu verdadeiramente, portanto, uma doutrina do *state action,* conquanto não se possa negar que diversas condutas privadas foram reprimidas ou limitadas por força das normas fundamentais dos Estados Unidos.

11. A doutrina que nega os efeitos dos direitos fundamentais entre particulares afirma não haver se confundir entre supremacia normativa e supremacia axiológica. Daí que não é o fato de determinado valor constar da Constituição que autoriza sua supremacia automática a qualquer outro valor prestigiado pela norma civil. Ademais, as normas civis e os direitos fundamentais estão em um sistema concorrente e não hierárquico. Não haveria, então, prevalência automática dos segundos em desfavor dos primeiros.

12. O problema da doutrina negatória é ignorar os avanços do direito constitucional, o que se deve, em grande parte, justamente ao prestígio dos direitos fundamentais como núcleo duro do texto constitucional. O entendimento também desmerece o princípio da supremacia constitucional.

13. Pela teoria da eficácia direta, é desnecessária qualquer intermediação para que os direitos fundamentais tenham eficácia nas relações interprivados, estando os particulares sujeitos à observação compulsória dos direitos fundamentais nas relações que estabelecerem entre si. Os direitos fundamentais serviriam, por esta concepção, como autênticos direitos *ex constitucione,* tornando-se desnecessário o socorro às cláusulas gerais, tidas como “portas de entrada” dos direitos fundamentais no direito privado. Mas não defende essa teoria que qualquer direito fundamental tenha essa pretendida eficácia, senão aqueles que admitam tal invocação.

14. As duas principais críticas ao entendimento de eficácia direta dizem respeito à preservação da autonomia privada e à perda conceitual de diferenciação do direito privado, se as normas de direitos fundamentais são aplicadas diretamente em suas relações, comprometendo-se a certeza jurídica. Mas sob o prisma dos defensores dessa teoria, ambas as críticas são facilmente superadas. A própria

autonomia privada é um direito constitucional e, portanto, goza de eficácia entre terceiros. Ademais, sempre haverá restrições à competência do direito privado e a eficácia defendida torna mais apurada essa intervenção. Quanto à perda conceitual do direito privado, o ataque ignora o fato de que o direito privado haverá de apresentar, dentre as soluções possíveis, ao menos uma que seja congruente com os direitos fundamentais.

15. A teoria da eficácia indireta é a mais aceita nos países em que a doutrina sobre a matéria está mais desenvolvida. Por ela, enquanto o Estado deve observância obrigatória a tais direitos, os particulares poderiam afastar sua eficácia, por meio de cláusula expressa a respeito. Essa possibilidade de afastamento, contudo, é viabilizada pelo sopesamento a ser efetuado, primeiramente, pelo legislador, mas secundado pelo Judiciário, pois se fosse sempre possível afastar a eficácia dos direitos fundamentais estaríamos diante de uma doutrina negatória e não de eficácia indireta.

17. Frente a essa teoria, a crítica mais contundente é a criação de um sistema totalitário dos direitos fundamentais, com a Constituição devendo servir de fundamento a todo o direito e estando qualquer relação jurídica, ao menos em gérmen, regulada pela Constituição. Nada obstante, também critica-se o fato de qualquer demanda poder ser levada ao Tribunal Constitucional, o que Canaris denominou de super-revisão. Por fim, diz-se serem insuficientes as cláusulas gerais para efetiva eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

18. As últimas conclusões da doutrina alemã sobre o tema, resumidas e ordenadas por Canaris, apontam que o Legislativo e o Judiciário estão sempre atrelados diretamente ao conteúdo dos direitos fundamentais. Também se propõe o abandono do termo “efeitos irradiantes”, por sua imprecisão. Em seu lugar devem viger as funções normais daquela classe de direitos, ou seja, pelo imperativo de tutela e proibição de intervenção. Já o particular está adstrito ao conteúdo dos direitos fundamentais apenas de forma mediata. Em casos muito raros, poderá haver uma eficácia direta e, ainda aí, o conteúdo dos direitos fundamentais será menos rigoroso do que aquele estabelecido entre o indivíduo e o Estado.

19. O Estado é o sujeito passivo dos direitos fundamentais, mas permanece com o dever de proteger um cidadão contra outro cidadão quando haja lesão a um

direito fundamental do particular. A essa proteção obrigatória deu-se o nome de imperativo de tutela. Além disso, a Constituição, ao garantir que ocorra a defesa do particular, fixa para o Estado um mínimo de proteção, o que foi chamado proibição de insuficiência. Acima de tudo, se houver intervenção estatal nas relações entre privados - que de início são livres – será necessária justificar essa tal intervenção. Por fim, a proibição de insuficiência não é coincidente com o dever de proteção. Primeiramente, constata-se se há mesmo um dever de proteção em determinada matéria e só depois verifica-se se a proteção oferecida está abaixo do mínimo esperado jurídico-constitucionalmente. De toda sorte, a proteção deverá ocorrer por meio do direito privado.

20. Diversamente das conclusões de Canaris e diante da pertinência das críticas a cada uma das teorias apresentadas, Alexy chegou à conclusão de que, no atual estágio do debate, não será possível defender inteira ou exclusivamente a nenhuma dessas ideias. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa. A proposta de Alexy é substituir o conceito dos direitos fundamentais simplesmente como uma ordem objetiva de valores por uma teoria dos princípios, ou seja, substituir-se o conceito de valor pelo conceito de princípio.

21. Nesse prisma, abstraindo-se o caráter subjetivo dos direitos fundamentais, se *a* tem, diante do Estado (*e*), um direito a *P* (*RaeP*), então *e* tem, diante de *a,* um dever em relação a *P.* Abstraindo-se o caráter subjetivo, resta uma obrigação de *e* em relação a *P* (*OeP).* Somada essa abstração com a do destinatário do direito e a das peculiaridades do objeto (tripla abstração), os princípios têm a vantagem de serem muito flexíveis, mas apresentam um aspecto de extrema indeterminação.

22. A aceitação dos princípios como ordem objetiva de valores é incompleta, podendo ser usada para os mais diversos fins e, de tal sorte, diz muito pouco. Mais relevante é a forma como a influência deve ocorrer. Alexy propõe um sistema em três níveis, nos quais não há uma relação de graus, senão de intermediação. O primeiro nível corresponde ao dever estatal, com as normas fundamentais valendo como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todo o sistema legal - este primeiro nível corresponde à teoria da eficácia indireta. No segundo nível, há

um direito do cidadão contra o Estado naquilo que for relevante na eficácia frente a outro particular. Logo, os direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos do cidadão. Só assim, segundo Alexy, é possível entender como um Tribunal pode violar direito do cidadão por meio de um julgado. Este nível, entretanto, é pertinente aos direitos de defesa, mas não apresenta solução racional quando o titular do direito fundamental se insurja contra permissões ou autorizações. O terceiro e último nível do modelo afirma que há direitos entre cidadão que existem por conta da ordem objetiva de valores fundamentais, mas que não existiriam na ausência desses valores. Dai que um efeito indireto acaba por gerar efeito direto.

23. Jamais se poderá falar em desprezo às normas privadas, porque não há apenas uma interpretação possível para referidas normas que seja compatível com as normas fundamentais. Na jurisdição privada, o juízo que pretenda desconsiderar tais normas e efetuar o julgamento calcado exclusivamente no texto constitucional, contrariando a legislação ordinária a que está vinculado *prima facie*, assumirá o ônus argumentativo.

24. Com propósito sistematizador de molde a utilizar o desenvolvimento doutrinário sobre o tema, foram propostos quatro parâmetros para eficácia das normas fundamentais no direito privado. Pela primeira diretriz, a eficácia ocorrerá por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado e não com base na própria norma constitucional - *ex constitutione*. Na segunda diretriz, considera-se que a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada a uma mediação concretizadora prioritária do legislador de direito privado; num segundo momento, a mediação pode ocorrer pelo juiz e pelos tribunais. Pela terceira diretriz, cabe ao legislador a concretização dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações especificadas que delimitem o conteúdo, as condições e os pressupostos de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares, tudo a fim de evitar uma demasiada discricionariedade do Judiciário. A última diretriz resguarda a tarefa do julgador, ante o caso concreto, e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme os direitos fundamentais), principalmente naqueles textos que contém cláusulas gerais.

25. O maior mérito do sistema de precedências é preservar a autonomia privada; garantir a identidade e função do direito privado; assegurar maior segurança jurídica, pela maior precisão das normas de direito privado; e evitar a chamada “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico.

26. O parágrafo único do art. 1.085 do CC traz caso expresso de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares por ato do legislador, ao exigir o devido processo legal para exclusão de sócio minoritário. Cuida-se de caso de eficácia mediata diante da intervenção do legislador privado. Tal conduta prestigia o princípio constitucional da ampla defesa e, por isso mesmo, merece prevalecer.

27. Uma disposição não isonômica entre os sócios no sentido de possibilitar a exclusão de apenas um ou alguns deles não fere o texto constitucional, mesmo silente a norma privada a tal respeito. A doutrina prestigia a possibilidade de disposições não isonômicas entre os sócios, tomando como plenamente válidas cláusulas desse naipe, posto que se encontram dentro da autonomia de vontade dos contratantes. Utilizando o sistema de precedências, tem-se uma relação contratual de particulares, em condições de igualdade fática, vigendo uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

28. Outro caso, também sem previsão legal expressa, é o uso de prova ilícita em desfavor do sócio. A conclusão é no sentido de não ser possível que os sócios se valham de prova ilícita para efetivarem a exclusão por evidente ofensa ao conteúdo do inc. LVI, art. 5º da Constituição Federal, sobretudo pelo desprezo à intimidade da pessoa como também a liberdade da pessoa contra atos arbitrários e maliciosos.

29. O entendimento foi firmado com base na segunda diretriz do sistema de sopesamento, defendendo-se a desnecessidade da normatização pelo legislador, por se cuidar de garantia fundamental do sócio não ter contra si o uso de prova ilícita. Pela evidência do desrespeito à garantia elementar, o papel secundário do julgador pode ser exercido diante da omissão legislativa.

30. A vinculação de sócio superveniente à cláusula compromissória inserida no contrato ou estatuto social é válida e se dá no exercício da autonomia privada. O sócio pode dispor sobre o direito fundamental à jurisdição frente a direitos

patrimoniais disponíveis, pois tem o poder de dispor até do próprio direito. Quem adquire quotas ou ações de sociedade empresária, tornando-se sócio, o faz sabedor dos direitos e obrigações decorrentes deste ato, com concordância à vinculação da cláusula compromissória no momento em que adquire as quotas ou as ações.

31. Referida vinculação se dá pela reversibilidade da precedência *prima facie* do direito fundamental à jurisdição estatal diante da autonomia privada, passando esta última a preferir àquele, com feições constitucionalmente legítimas de mitigação do direito fundamental à jurisdição estatal. A permissão de que a cláusula compromissória seja inserida fora do corpo do texto, em apartado, é outro elemento favorável à admissibilidade. Ademais, um menor que, atendidas as circunstâncias, ingresse na sociedade não poderá estar sujeito à arbitragem, mas isso não por sua condição de sócio superveniente e sim por sua incapacidade, como ocorreria em qualquer outra situação.

32. O acordo de acionistas tem natureza jurídica de contrato e, nas matérias elencadas no art. 118 da Lei das S/A, admite a autotutela se não for observado seu conteúdo, quando tenha sido registrado nos livros da sociedade. Pelo parágrafo oitavo do mesmo artigo, o presidente da assembleia deve ignorar o voto do acionista sufragado em desrespeito ao conteúdo. O parágrafo nono, por sua vez, faculta ao acionista contratante e prejudicado pelo acionista ausente à assembleia ou omisso na votação, o direito de votar em nome deste acionista, o que caracteriza uma espécie legitimidade substitutiva.

33. Não merece trânsito o entendimento de que a norma fere a independência do órgão da companhia e a autonomia dos administradores, inclusive por ofensa às normas dos arts. 139 e 145 da Lei das S/A, violando o devido processo legal e o direito de propriedade (CF, art. 5º, incisos XXII e LIV). A doutrina do ramo do direito em que inserida a matéria não toma o novo caráter do acordo de acionista como inconstitucional. Entende-se que a vontade do acionista já foi manifestada validamente, mas antes do dia da assembleia. Trata-se de mais um meio de autotutela expressamente previsto em lei, como existem tantos outros. Ademais, o próprio acordo de acionista também deve observar o interesse social, não se havendo falar em ofensa à independência do administrador. Tampouco fica

afasta intervenção do Judiciário (se provocado obviamente) se existir abuso dos controladores do acordo de acionistas.

34. A hipótese, sob o prisma dos critérios de sopesamento, tem a mesma conclusão da doutrina especializada, pois a diretriz estabelecida pelo legislador é claríssima. Como o primordial papel de concretude dos direitos fundamentais cabe ao legislador, só haveria espaço para inovação judicial se existisse flagrante ofensa à garantia ou ao direito fundamental, o que não se observa *in casu,* inclusive por não haver espaço para as chamadas “portas de entrada” daquela eficácia, cuidando-se de texto claro, objetivo e direto.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** São Paulo: Saraiva, 1945.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 25 fev. 2012.

_____.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Fabiana Ribeiro; LILLA, Fábio de Campos. A nova discussão a respeito dos princípios constitucionais. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 32, n. 117. p. 76-82, out. 2012.

BERARDO. Euclides Celso. **Deveres fundamentais:** deveres e obrigações constitucionais**.** 2003 Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua.** 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1936. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Direito Público**, Brasília, DF : Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 170-174, out./dez. 2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 14 fev. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça:** jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 26 fev. 2013.

BRASÍLIA. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.infra.apresentacao>.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.; FURTADO, Paulo. **Lei da arbitragem comentada.** São Paulo: Saraiva, 1998.

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 6. ed. São Paulo: RT, 1991. t.1.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Tradução de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. 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.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução de Ingo Wolfgnag Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil:** parte especial: do direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas:** homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil:** Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 80. p. 66-67, out./dez. 1990.

_____.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DE SANCHIS, Prieto. **Estúdios sobre derechos fundamentales.** Madrid: Debate, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Fábio Marques. **Resolução da sociedade limitada em relação a sócios minoritários:** regramento no Código Civil de 2002. 2008, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária:** financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; VIANA, Rui Geraldo Camargo (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de introdução ao código civil comentada:** arts. 1 – 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios e regras em direito constitucional: contribuição para uma polêmica doutrinária. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BAETA, Mariana Barboza (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo:** homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). **Sociedades anônimas.** São Paulo: Saraiva, 2011. (GV*law*).

FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1986.

FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro:** da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2009.

_____. Prefácio. In: DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária:** financiamento e responsabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesse nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor:** código comentado e jurisprudência. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HENTZ, André Soares. **Ética nas relações contratuais.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2006.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002**: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei n. 10406, de 10.1.2002. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

_____.; DINIZ, Gustavo Saad. **Sociedades dependentes de autorização.** Novo regramento do Código Civil de 2002. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição** (*Die normative Kraf der Verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSELINK, Martijn W. The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law. **Europa e Diritto Privato,** Milano, n. 1, p 1-18, 2003.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MADEU, Diógenes. **Ética geral e jurídica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. **Palestra proferida na Universidade de Wroclaw.** Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf> Acesso em: 21 fev. 2013.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de arbitragem:** comentários à Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.** Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 1982.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Defesa do consumidor na América Latina**: atlas geopolítico. Brasília, DF: 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado:** parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** parte geral. 3. ed. São Paulo: Forense, 1962.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem:** comentários à Lei 9.307, de 23-9-96. São Paulo: LED, 1997.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Direitos e deveres dos acionistas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins, (Org.). **Direito societário:** sociedades anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** consulta: jurisprudência. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>. Acesso em 21 fev. 2013.

ROCHA, João Luiz Coelho da. A minoria social. Relatividade e alcance dos efeitos de seus direitos. **Revista de Direito Mercantil:** Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 35, n. 102, p. 38-45, abr./jun. 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário.** São Paulo: LTr, 2001.

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:** consulta de processos: jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 28 fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). **A Constituição concretizada:** construindo pontes com o público e com o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro In*:* MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado:** uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

SCHIMITT, Carl. **O guardião da constituição***.* Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira Silva. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In*:* MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado:** uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **A constitucionalização do direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A suprema corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade. **Boletim Científico,** Brasília-DF, n. 28/29, p. 173-190, jul./dez. 2008.

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

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

STOCCO, Rui. Palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004. In: Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, 1, 2004, Brasília-DF. Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. Brasília-DF, 2004. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Direito subjetivo. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro. n. 7, p. 69-80. jul./set. 2007

_____. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral do Direito Civil,** Rio de Janeiro, ano 9, v. 30. p. 69-80. jul./set., 2008.

_____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 1.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares:** análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1997.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorias y la pratica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Los derechos funamentales en la frontera entre lo publico y lo privado:** la nocion de State Action em La jurisprudência norteamericana. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

UNITED STATES OF AMERICAN. **Supreme Court Center**. Disponível em: http://supreme.justia.com. Acesso em: 21 fev. 2013.

VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: comentários ao RE 201.819. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. (Org.). **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2004.

_____. **A estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **A arbitragem no direito brasileiro.** São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.