



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

RAFAEL DE SOUZA BORELLI

**A INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS
RELAÇÕES PRIVADAS:
ESTUDO À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA E DA EFICÁCIA
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Londrina
2013

RAFAEL DE SOUZA BORELLI

**A INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS
RELAÇÕES PRIVADAS:
ESTUDO À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA E DA EFICÁCIA
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito Negocial da Universidade Estadual de
Londrina, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer
Soares

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

B731i Borelli, Rafael de Souza.

A incidência do devido processo legal nas relações privadas : estudo à luz do acesso à justiça e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais / Rafael de Souza Borelli. – Londrina, 2013. 158 f.

Orientador: Marcos Antônio Striquer Soares.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direitos fundamentais – Teses. 2. Acesso à justiça – Teses. 3. Devido processo legal – Teses. 4. Direito constitucional – Teses. I. Soares, Marcos Antônio Striquer. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 342.7

RAFAEL DE SOUZA BORELLI

**A INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES
PRIVADAS:**

ESTUDO À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA E DA EFICÁCIA
HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito Negocial da Universidade Estadual de
Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Giovane Henrique Bressan Schiavon
PUC – Londrina - PR

Londrina, 30 de julho de 2013.

Eu estava regressando a Montevideú, depois de uma viagem. Não lembro de onde vinha, mas sim lembro que no avião tinha lido “El zorro de arriba y el zorro de abajo”, o romance final de José María Arguedas. Arguedas tinha começado a escrever esse adeus à vida no dia em que decidiu se matar, e o romance era seu longo e desesperado testamento. Eu li o livro e acreditei no livro, a partir da primeira página: embora não conhecesse aquele homem, acreditei nele como se fosse meu sempre amigo.

Em El zorro, Arguedas tinha dedicado a Onetti o mais alto elogio que um escritor pode oferecer a outro escritor: tinha escrito que estava em Santiago do Chile, mas que na realidade queria estar em Montevideú, para encontrar Onetti e apertar a mão com a qual escreve.

Na casa de Onetti, comentei com ele. Onetti não sabia. O romance, recém publicado, ainda não tinha chegado a Montevideú. Comentei com ele, e Onetti ficou calado. Fazia pouco tempo, muito pouco, que Arguedas tinha arrebitado a cabeça com um tiro.

Ficamos os dois muito tempo, minutos ou anos, em silêncio. Depois eu disse algo, perguntei algo, e Onetti não respondeu. Então ergui os olhos e vi aquele talho de umidade que atravessava a sua cara.

**Eduardo Galeano,
O livro dos Abraços.**

Querida Lazir, amada avó,
Entristeço ao pensar que você
não verá de perto a conquista
deste mestrado. Mesmo assim,
sei que estará observando
atentamente de um lugar muito
melhor, em ótima companhia.
Dedico esta vitória a você, que
sempre deu o exemplo de
caráter, de coragem... de amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço minha mãe, um exemplo de trabalho e dedicação nas coisas em que acredita. Mesmo em face de todas as dificuldades ela perseverou. Uma grande pessoa, amorosa. Também grande educadora, agora Mestre, ainda realizará muitas coisas. Obrigado por tudo, mãe. Agradeço meu pai, sempre presente, sempre com o celular TIM, com o copo tilintando... um homem que se reinventou depois dos cinquenta, tarefa nada simples. Além de um pai, um exemplo de retidão, um amigo. Agradeço minha avó Clides e meu avô José Vicente, sempre com boas palavras, incentivos... o “cafezinho da tarde” sagrado... meus grandes fãs, que só me deram amor, carinho e muita torcida. Agradeço minha tia Smara, tão carinhosa, sempre se esforçando para ajudar, a qualquer momento. Ela, de tantas viagens, tantas lembranças, tantas conversas (somente boas).

Agradeço à Natália Jodas, muito mais que uma namorada. Já são cinco anos juntos, muitas dificuldades, mas, ultimamente... muitas vitórias (para ambos). A real pesquisadora no casal - dedicadíssima, perfeccionista - e para os poucos que conseguem se aproximar é carinhosa, engraçada e linda! Agradeço também a ótima revisão que fez do trabalho

Agradeço à UEL, desde 2005 minha segunda morada... Infelizmente nos separamos... porém, sei que os anos em que convivi aqui, foram os melhores de minha vida. Espero que consiga retribuir à UEL 10% do que ela me proporcionou.

Agradeço aos meus grandes amigos (sem ordem de importância): Rafael “Magrelo”, Catherine “Tita”, Felipe “Procurador”, Vítor José (!), Mariana Chagas, Juliana “Jam”, João Carlos, Luana, “Rodrigão”, Daniel Afonso, Felipe Andrade, Arthur “Mogi”, Nathércia, Willis, Leonardo Castelli “Léo”, Luci, Lucas “Zé”, Ricardo “Piá”, Mateus “Tchuco”, Durval “Bandana”, Felipe “Coxinha”, Gerson, entre tantos outros.

Agradeço à Associação Atlética Sete de Março, de tantas glórias, que me ensinou sobre esporte, amizade, vitórias suadas, derrotas amargas... Agradeço ao Scaff, Tchesco, Rudá e Cesinha, grandes parceiros na jornada da A. A. A. S. M.

Agradeço aos novos amigos no Mestrado, um local onde nunca imaginei possível fazer novas amizades. Ainda bem que estava errado! Espero encontrar muito ainda Nathália Mariáh, Fernanda Raquel, Edvânia, Mayna e Lívia.

Agradeço ao Chico e à Natália, sempre muito prestativos na Secretaria do Mestrado. Agradeço aos servidores da Biblioteca e aos demais servidores da UEL. Agradeço aos professores do Mestrado, em especial ao meu orientador Marcos Striquer, professor de cultura ímpar, sempre ajudando, com boas palavras, sugestões de leitura, um poço de tranquilidade... Agradeço também ao professor Baleotti, com suas histórias de Assis, suas dicas e reflexões e sua cultura.

Agradeço a Lou Reed, David Bowie, Janis Joplin, Page e Plant, Jagger e Richards, Kiedis e Flea, Gallagher e Gallagher, Vedder e Gossard, Camelo e Amarante e muitos outros, por me ajudarem a superar os momentos difíceis com alguns acordes. Agradeço a Dostoievski, Hemingway, Garcia Márquez, Galeano, Conan Doyle, Verne, Tolkien, John Byrne, Jim Lee, Chris Claremont e Frank Miller por proporcionarem momentos de reflexão e aprendizado total e absolutamente extrajurídicos.

Agradeço ao Palmeiras, eterna fonte de riso, choro, incríveis alegrias e inomináveis tristezas. Agradeço “São” Marcos, Rivaldo, Djalminha, Roberto Carlos, Júnior, Alex, Zinho, Flávio Conceição, Evair, Antônio Carlos, Cléber “Clebão”, Darci “Coice de Mula”, Arce, Galeano, César Sampaio, Valdivia, Marcos Assunção e todos os outros grandes craques aos quais não tive a honra de assistir.

BORELLI, Rafael de Souza. **A incidência do devido processo legal nas relações privadas**: estudo à luz do acesso à justiça e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2013. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

RESUMO

O estudo dos direitos fundamentais estimulou as discussões jurídicas após o término da 2ª Guerra Mundial, estimulado pelas decisões da Corte Constitucional alemã. O que são e onde estão localizados os direitos fundamentais são duas das perguntas que impulsionaram a pesquisa jurídica desde então. Neste diapasão, o trabalho realizado por Robert Alexy foi de grande importância, principalmente a teoria dos princípios e a noção de direitos fundamentais atribuídos. Prosseguindo, um dos temas mais discutidos na Alemanha foi o da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com ênfase nas teorias direta (imediate) e indireta (mediata). No Brasil, o debate acabou chegando tardiamente, na virada do século apenas. Para solucionar a contenda, é necessário que se estabeleça a fundamentação jurídico-positiva da eficácia horizontal. Entende-se que das disposições constitucionais acerca da dignidade da pessoa humana, da aplicação imediata dos direitos fundamentais e da supremacia da constituição erige-se que os direitos fundamentais também se aplicam nas relações privadas. Nesta linha, discute-se aqui o grau de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com a adoção dos seguintes parâmetros: i) existindo prévia mediação legislativa por regras, a solução prioritária será por subsunção; ii) existindo prévia mediação legislativa através de cláusulas gerais e/ou princípios, a solução prioritária será por ponderação; iii) inexistindo mediação legislativa, devem ser utilizados três subcritérios: a) em relações eminentemente econômico-patrimoniais, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser evitada, *prima facie*; b) em relações essenciais, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser fomentada, *prima facie*; c) em relação jurídica com eminente desigualdade fática a aplicação horizontal deverá ser fomentada, *prima facie*; d) em relação jurídica sinalagmática a aplicação horizontal deverá ser evitada, *prima facie*; e) em relação jurídica dominada pela autenticidade de vontades, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser evitada, *prima facie*. Prosseguindo, a violação do direito fundamental acesso à justiça, um dos mais importantes direitos fundamentais, está intimamente ligada à questão da violação de direitos fundamentais por entes privados. De outro lado, o direito fundamental ao devido processo legal, utilizado como recorte, é visto pela doutrina como tendo dois principais aspectos: material e processual. Com a utilização dos conceitos de Humberto Ávila, afasta-se aqui a aplicação do aspecto material, visto que trata-se de mero apelo à razoabilidade. Com isso, analisa-se de maneira detida o instituto com suas derivações, como a razoável duração do processo, o juiz natural, dentre outras. Estabelecidas estas premissas, é feita uma análise de dois casos: o caso das Diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras e o caso União Brasileira de Compositores. Com tudo isso, justifica-se a pesquisa por tratar-se de tema ainda absolutamente incipiente na doutrina brasileira, a merecer estudo científico de fôlego. A metodologia utilizada foi a dedutiva, com análise dogmática de dois casos após a construção de parâmetros dogmáticos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Acesso à justiça. Devido processo legal.

BORELLI, Rafael de Souza. **Due process of Law in private relations: a study in light of Access to justice and the horizontal effect of constitutional rights.** 2013. 158 p. Dissertation (Master's degree in Law Negotiation) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

ABSTRACT

The constitutional rights were in the Center of Law research ever since the end of World War II, in large part throttled by the discussion in the Supreme Court of Germany. What and where is the location of constitutional rights have been the two most prominent questions in law research ever since. In this light, Robert Alexy's work is of the utmost importance, mainly the idea of the attribution of constitutional rights. One of the most discussed topics in Germany was the horizontal effect of constitutional rights, amidst which there were two stronger theories: direct and indirect. In Brazil, the discussion arrived at the start of this century. In this point, before we go further, it is necessary that a foundation be laid upon the theories of horizontal effect can be constructed. The basis for the horizontal effect lies in the constitutional clauses about human dignity, about immediate application of constitutional rights and the Constitution's supremacy (basis for judicial review). Hence, the degree by which constitutional rights act horizontally must be viewed by the following parameters: i) in the existence of rules previously created by the Legislative branch, then the priority solution is substantiation (blindly applying the rule); ii) in the existence of general clauses created by the Legislative branch, then the priority solution is balancing; iii) in the non existence of rules or general clauses, three new criteria must be met: a) in economical relations, the horizontal effect must be avoided; b) in non economical relations, the horizontal effect must be fomented; c) in relations guided by inequality, the horizontal effect must be fomented, *prima facie*; d) in somewhat equal private relations, the horizontal effect must be avoid, *prima facie*; e) in relations dominated by authenticity, the horizontal effect must be avoided, *prima facie*. After this was established, access to justice has also been seen as one of the most important constitutional right, and its misapplication is intimately connected to the matter of the violation of constitutional rights by private actors. In the other hand, the constitutional right to the due process is viewed by law doctrine in two aspects: substantive and procedural. With the use of Ávila's concepts about due process, we avoided substantive due process, instead focusing on procedural due process. By doing this, it is possible to analyze procedural due process and its derivatives, like reasonable duration of the process, among others. After establishing these premises, we studied two cases: one man, one vote in Sociedade Esportiva Palmeiras and the case of União Brasileira de Compositores. After all this, this research is justified as this theme is yet mostly untapped in Brazil. The methodology used was the deduction-based, with a dogmatic analysis of two cases.

Keywords: Constitutional rights. Horizontal effect. Access to justice. Due process of law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CD	Conselho Deliberativo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONMEBOL	Confederación Sudamericana de Fútbol
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
FGV	Fundação Getúlio Vargas
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PUC/RJ	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
PUC/SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SEP	Sociedade Esportiva Palmeiras
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UBC	União Brasileira de Compositores
UCLA	University of California, Los Angeles
UEFA	United European Football Associations
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
USC	University of South California
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.1 NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL E NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDAS	17
1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIMENSÕES/GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO	27
1.3.1 A Dicotomia Regras X Princípios	28
1.3.2 A Visão de DWORKIN	29
1.3.3 A Teoria de Robert Alexy	30
1.3.4 Princípios <i>Versus</i> Valores	32
1.3.5 Conflito entre Regras	35
1.3.6 Colisão entre Princípios	36
1.3.6.1 Proporcionalidade e razoabilidade	37
1.3.7 Objeções ao Conceito de Princípios como Mandamentos de Otimização	39
1.3.8 Alguns Aspectos da Argumentação Jurídica de Robert Alexy	40
1.3.8.1 Alguns aspectos da abordagem Alexyana acerca da relação entre direito e moral	41
2 APLICABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	47
2.1 SUPREMACIA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	47
2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	49
2.3 APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	50
2.4 AS TEORIAS DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASILEIRO	51
2.4.1 A Doutrina da “State Action” nos EUA	52
2.4.2 A Teoria da Eficácia Mediata/Indireta	60
2.4.3 A Teoria da Eficácia Imediata/Direta	63
2.4.4 A Teoria da Imputação Estatal/Convergência Estatista	66

2.4.5	A Teoria dos Deveres de Proteção de Robert Alexy	67
2.4.6	A Posição da Jurisprudência Brasileira.....	67
2.5	ANÁLISE DA DOUTRINA BRASILEIRA	69
2.6	PARÂMETROS PARA A INCIDÊNCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	76
3	ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL	78
3.1	ACESSO À JUSTIÇA.....	78
3.2	BARREIRAS AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA	81
3.2.1	Dificuldades Financeiras.....	81
3.2.2	Pequenas Causas.....	81
3.2.3	Tempo Processual.....	82
3.2.4	Possibilidades das Partes.....	82
3.2.5	Litigantes Eventuais x Litigantes Habituais.....	83
3.2.6	Interesses Difusos	83
3.3	ALGUMAS ALTERNATIVAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA ADOTADAS NO BRASIL.....	84
3.3.1	Assistência Judiciária.....	84
3.3.2	Defensoria Pública.....	85
3.3.3	Microsistema de Processos Coletivos.....	86
3.3.4	Emenda 45/2004	86
3.4	AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR ATORES PRIVADOS E O PROBLEMA DE ACESSO À JUSTIÇA	87
3.4.1	O Caso do Amianto.....	88
3.4.2	O Caso das Revistas Íntimas em Empresas.....	89
3.5	EFICÁCIA HORIZONTAL E ACESSO À JUSTIÇA.....	90
3.6	DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	91
3.6.1	Origem do Devido Processo Legal	91
3.7	ASPECTO MATERIAL OU SUBSTANCIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	92
3.7.1	Aspecto Material e sua Aplicação no Brasil	93
3.8	ASPECTO PROCESSUAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	96
4	INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESO LEGAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS – SOLUÇÕES E ESTUDO DE CASOS	99
4.1	O CASO DA REFORMA ESTATUTÁRIA NA SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS	99

4.2	O CASO UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES	103
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
	REFERÊNCIAS.....	114
	ANEXOS	124
	ANEXO A – ESTATUTO DA SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS	125

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva estudar, de maneira separada, porém interrelacionada, três eixos temáticos principais: os direitos fundamentais e sua incidência nas relações entre particulares, o acesso à justiça e o devido processo legal.

São temas absolutamente atuais. No Brasil, as discussões acerca da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas datam do início deste século e ainda estão longe de terem chegado a um resultado satisfatório. Na área existem algumas obras de referência, contudo, o debate ainda não se massificou e permanece preso a alguns dogmas que serão analisados nesta dissertação.

No que diz respeito ao acesso à justiça, o seu exame ganhou fôlego com o estudo de Cappelletti e Garth na década de 1980. Entretanto, percebe-se que no Brasil muitas vezes a análise do instituto fica presa às balizas criadas por estes autores, que, apesar de muito bem delineadas, acabam deixando a desejar por dizerem respeito a outro momento histórico. Sabendo disso, aborda-se aqui o acesso à justiça por outro prisma, intimamente relacionado com o primeiro eixo temático, qual seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais: os problemas do acesso à justiça ligados a violações de direitos fundamentais por atores privados.

Prosseguindo, passa-se ao terceiro eixo temático: o devido processo legal. O verniz de originalidade do estudo aqui realizado se deriva da ideia de inexistência/desnecessidade de estudo do devido processo legal em sua perspectiva material (ou substancial). Como sustenta Ávila, o devido processo legal material é um apelo à razoabilidade, a qual seria a terceira das sub-regras da proporcionalidade proposta por Alexy. A proporcionalidade, por seu lado, torna-se intrínseca à própria ideia de que os direitos fundamentais existem em estado de natural colisão, ideia que é adotada neste trabalho. Esta é uma das bases do pensamento tanto de Alexy, como de Ávila, os quais serão esmiuçados no decorrer do trabalho.

De modo a unir as ideias previamente apresentadas, ao final deste estudo realiza-se a análise de dois casos: o caso das eleições diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras e o caso União Brasileira de Compositores. Estas situações ilustram os três eixos temáticos: violação do direito fundamental ao devido processo legal por atores privados que causaram problemas de acesso à justiça.

Assim, no decorrer do trabalho surgem algumas questões relevantes, como - o que são direitos fundamentais; se existem direitos fundamentais fora do catálogo constitucional (Título II da Constituição Federal); se os direitos fundamentais aplicam-se nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e de que forma; de que maneira o acesso à justiça relaciona-se com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; quais as facetas do devido processo legal, entre outras.

Para responder estas indagações e estudar os assuntos acima mencionados de maneira detida, dividiu-se esta dissertação em 04 (quatro) capítulos, com base principalmente no pensamento de Robert Alexy.

No primeiro, introduzimos o tema dos direitos fundamentais, da teoria dos princípios e da ideia dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, intenta-se uma possível fundamentação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, por meio de estudo da supremacia da constituição, da dignidade da pessoa humana e da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Ainda neste capítulo aborda-se a origem das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as teorias do direito comparado que buscam explicá-la, além de sua repercussão na doutrina nacional, e, por fim, a fixação da posição do autor deste trabalho.

No terceiro capítulo estuda-se o conceito de acesso à justiça, os obstáculos para sua concretização, e a repercussão das violações de direitos fundamentais por atores privados. Nota-se nesta parte a íntima ligação entre o acesso à justiça e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Outrossim, trata-se do direito fundamental ao devido processo legal. Examina-se sua origem no direito inglês, sua repercussão no direito estadunidense, principalmente no que diz respeito ao chamado “aspecto material” do devido processo legal. Nessa oportunidade, afasta-se a concepção material do devido processo legal por não coadunar-se com o sistema brasileiro. Outrossim, são lançadas as bases do que se entende por devido processo legal processual/procedimental, as quais serão utilizadas no sexto capítulo.

Com o foco de conectar os capítulos anteriores, o quarto capítulo discorre acerca de dois casos concretos, o caso União Brasileira de Compositores e o caso eleições diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras. Tal exposição fatural

objetiva fazer com que os conceitos e modelos anteriormente trabalhados sejam colocados em prática, para verificação dogmática de sua correção.

Justifica-se a presente dissertação por tratar-se de assunto ainda muito incipiente na doutrina, principalmente no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual, como salientado acima, passou a ser estudada no Brasil somente poucos anos atrás. Ademais, a pesquisa também é válida por trazer tanto ao estudo do acesso à justiça como ao estudo do devido processo legal novas perspectivas, com intuito de oxigenar a investigação doutrinária destas matérias, que se encontra, há algum tempo, demasiado repetitiva.

Estabelecido o roteiro de trabalho, são importantes alguns esclarecimentos acerca da terminologia e metodologia utilizadas.

No estudo científico, a fim de evitar ambiguidades, os termos utilizados devem ser, na medida do possível, uniformes, de forma que o leitor possa compreender a ideia desenvolvida, sem que se criem empecilhos devido à ampla variedade de signos utilizados.

O problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é tratado na doutrina com uma ampla variedade de nomenclaturas: *eficácia horizontal*, *eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros*, *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, *vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, *efeito horizontal*, *aplicabilidade horizontal*, entre outros.

Em muitos trabalhos científicos, perscrutaram-se as sutis diferenças (oriundas da Teoria do Direito) entre *eficácia*, *aplicabilidade* e *vigência* das normas jurídicas. Neste ponto, as obras de José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso são referência geral, e no que diz respeito ao tema aqui em comento (aplicação dos direitos fundamentais entre particulares) Virgílio Afonso da Silva, Ricardo Nakahira, Wilson Steinmetz e Daniel Sarmiento ocuparam-se destas distinções.

Contudo, apesar das sutis diferenças entre a utilização destas terminologias, realizou-se a opção de incorporar os termos apontados acima como sinônimos. Isso por alguns motivos: exiguidade do espaço; diversidade temática (aqui também são abordados o *acesso à justiça* e o *devido processo legal*) e, em última análise, a similitude dos efeitos entre os termos¹.

¹ Aqui não se discute que, eventualmente, um ou outro termo seja mais apropriado. Contudo, essa discussão já foi realizada em outros trabalhos, e acaba sendo mais importante em outras temáticas,

No que diz respeito à metodologia, por se tratar de estudo da dogmática jurídica, o método mais adequado é o indutivo, com o estabelecimento de premissas lógicas e, conseqüentemente, o encontro de conclusões a partir destas premissas.

1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Neste capítulo inicial, buscar-se-ão algumas bases para a construção de conceitos em momento ulterior. Será abordada, inicialmente, a noção de direitos fundamentais e de direitos fundamentais atribuídos. Após, realizar-se-á uma incursão na evolução histórica dos direitos fundamentais.

Utilizar-se-á como marco teórico prioritário a teoria dos princípios de Robert Alexy, base a qual se utilizará para as demais construções e propostas traçadas pela pesquisa em comento.

1.1 NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL E NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDAS

São possíveis várias abordagens sobre os direitos fundamentais pela ciência do direito. A análise a ser formulada aqui tem como objeto principal demonstrar a vinculação dos particulares a direitos fundamentais e quais os desdobramentos desta vinculação, mais especificamente no que se refere ao acesso à justiça e ao devido processo legal.

Antes de se adentrar nestas minúcias, é de interesse o estabelecimento de algumas considerações propedêuticas e introdutórias que possibilitem, mais à frente, o aprofundamento nas questões acima delineadas.

O primeiro aspecto a ser estudado é a diferenciação entre norma e enunciado normativo. Um exemplo de enunciado normativo é: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III da Constituição Federal). Este enunciado normativo expressa uma norma que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante no âmbito da República Brasileira. Este enunciado também poderia ser redigido da seguinte maneira: “Veda-se a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes”.

Como salienta Alexy (2008a, p. 54), normas nem sempre são expressas através de enunciados em norma culta, sendo um exemplo ilustrativo disso as luzes de um semáforo. Nota-se, portanto, que, apesar dos enunciados normativos serem criados de diversas maneiras, será sempre possível extrair de dentro deles normas de conteúdo deontico (dever-ser; permissão; proibição; dever; entre outros) (ALEXY, 2008a, p. 53-56). Ou seja, mesmo que os enunciados normativos não tragam essa característica deontica, a norma que os expressa trará.

Por exemplo, o conteúdo deôntico contido no artigo 5º, III da Constituição Federal Brasileira é (principalmente) o de proibição da tortura por parte do Estado.

Traz-se outro enunciado para alumiar a questão: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, XX da Constituição Federal). Deste dispositivo normativo (enunciado) extrai-se tanto que a associação é livre (como exposto também no artigo 5º, XVII) como que a obrigatoriedade de associação é vedada. Ou seja, de um enunciado normativo é possível extrair duas (ou mais) normas. Esta ilação, apesar de prosaica, será de interesse para a continuidade do trabalho.

Estabelecida esta premissa, cabe indagar (à semelhança de Alexy, 2008a, p. 65) o que são normas de direito fundamental. Alexy buscou responder tal questão no âmbito do direito alemão, encontrando sua resposta (inicial) através da utilização do critério formal, relativo à forma de positivação (2008a, p. 68). O autor sustenta que pertenceriam à categoria de direito fundamental os dispositivos constitucionais criados pelo constituinte ou através de quórum qualificado, que tratassem de direitos individuais (capítulo I da Constituição Alemã, artigos 1 a 19), do direito de resistência (art. 20, § 4º, idem), direito à igualdade (artigo 33, idem), políticos (artigo 38, idem), direito a um juiz natural (o artigo 101, idem), garantias processuais e acesso à justiça (artigo 103, idem) e as garantias ligadas ao processo penal (artigo 104, idem). A título de exemplo, Alexy inicialmente rejeita tanto as garantias dos juízes e deputados, como as disposições acerca do Estado de Defesa como direitos fundamentais.

No âmbito brasileiro, sob a perspectiva de Alexy, seria o equivalente a entender como direitos fundamentais as normas do artigo 5º ao 17 da Constituição Federal, situadas no seu “Título II”, além das normas acerca de educação, cultura e desporto, saúde, meio ambiente e infância e juventude, dispostas em artigos situados “fora” do mencionado Título do texto constitucional.

A posição de Alexy acerca do *locus* dos direitos fundamentais deve ser lida com *grano salis*, visto que o próprio autor afirma que sua leitura tem relação com a Constituição Alemã (2008a, p. 69) e que a mesma é provisória no seu trabalho (como se verá mais à frente).

De outro viés, na doutrina brasileira, Dimoulis e Martins (2012, p. 40) apontam que direitos fundamentais:

são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Este conceito mostra vantagens e desvantagens em relação ao proposto por Alexy. Vantagem porque não se preocupa em enumerar o *locus* específico dos direitos fundamentais, atentando-se em apontar, com base no critério formal (estão na Constituição?), que todos os direitos público-subjetivos contidos na Carta Magna são direitos fundamentais. Tal parâmetro é vantajoso em relação ao de Alexy. Contudo, o conceito de Dimoulis e Martins esbarra na ideia de que os direitos fundamentais servem (apenas) para defender os titulares dos direitos fundamentais em face do Estado. Como este trabalho pretende provar que os particulares também violam direitos fundamentais, esta classificação não será adotada aqui.²

Para aclarar a matéria, interessante observar a conceituação de direitos fundamentais para o constitucionalista gaúcho Ingo Sarlet, o qual anota que

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo). (SARLET, 2010, p. 77)

A ideia de Sarlet é coerente com sua produção científica, e de amplo suporte fático aos direitos fundamentais. A concepção de posições jurídicas, oriunda de Alexy³, é, grosso modo, similar àquela de Dimoulis e Martins, isto é, de direitos fundamentais como direitos público-subjetivos. Seu conceito difere do de Dimoulis e Martins por permitir que sejam classificados como direitos fundamentais normas situadas “fora” do catálogo constitucional (“Título II”), desde que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparadas a direitos fundamentais.

Trata-se de uma saída interessante. A noção de que existem direitos fundamentais não oriundos diretamente do catálogo constitucional erigir-se-ia do

² Apesar de entenderem a existência de um ‘efeito horizontal’ dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins apontam que essa horizontalidade só existe ‘mediada’ pelo Estado, seja pelo Estado-Legislador, ou pelo Estado-juiz. Ou seja, não existiria uma violação direta dos particulares a direitos fundamentais. A respeito disso, cf. Dimoulis e Martins, 2012, p. 98-108.

³ A respeito, conferir ALEXY, 2008a, p. 193-253.

dispositivo normativo extraído do artigo 5º, § 2º do texto constitucional: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A argumentação de Sarlet mostra-se muito razoável. Cabe, no entanto, o seguinte questionamento: qual o critério para aferição dos direitos fundamentais não extraídos diretamente do catálogo? Os direitos fundamentais são apenas as normas oriundas diretamente dos enunciados normativos constitucionais?

Tomando como base a norma do art. 5º, § 2º, o critério de Sarlet e a ideia de direitos fundamentais atribuídos (de Alexy) é possível encontrar uma resposta aceitável.

Alexy nota que talvez a utilização única de seu critério formal seria uma solução demasiado estreita, a qual traria uma ‘desproteção’⁴ (ALEXY, 2008a, p. 69). Para escapar desta estreiteza, Alexy utiliza uma argumentação sutil. Ele inicia sua sustentação colacionando o seguinte dispositivo da Constituição Alemã: “[...] a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. A partir do conceito já trabalhado por nós anteriormente, deste enunciado Alexy (2008a, p. 69-70) extrai duas possíveis normas jurídicas (conteúdo deôntico): a) “É obrigatório que a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres”; b) “A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres”.

Como a grande maioria dos dispositivos (normas e/ou enunciados) de direito fundamental, os acima colacionados têm abertura tanto estrutural como semântica. Semântica em razão da indeterminação dos vocábulos *ciência*, *pesquisa* e *ensino*. Estrutural pela dificuldade em se estabelecer se esta liberdade deve ser alcançada através de uma abstenção estatal, de uma prestação estatal ou de ambas (ALEXY, 2008a, p. 70-71).⁵

Nesta altura, Alexy aponta que esta ‘abertura semântica’ pode ser enfrentada pelo estabelecimento de regras semânticas⁶ e que, no caso do enunciado acima, o Tribunal Constitucional Federal alemão já o fez ao estabelecer que “atividade científica é tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade”.

⁴ Ideia semelhante à adotada aqui..

⁵ Disto se percebe o erro daqueles que sustentam que o ato de subsunção do fato à norma (que seria característico do positivismo) trata-se de ato mecânico, despido de atividade intelectual, vez que, como visto acima, a atividade jurídica passa por constante argumentação acerca de limites e significados.

⁶ Aqui parece claro que esta tarefa deve pertencer tanto à doutrina como à jurisprudência.

Desta fixação semântica o autor extrai a seguinte norma jurídica: c) “Aquilo que por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre.”

Neste momento cabe a questão: *c* é uma norma de direito fundamental? Antes de solucionar a indagação, Alexy debruça-se sobre a abertura estrutural, apontando que o Tribunal Constitucional Federal alemão sinalizou no sentido de que a norma acerca da ciência, pesquisa e ensino implica tanto numa prestação estatal como numa abstenção estatal: d) “O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais”.; e) “Todo aquele que atua na área científica, de pesquisa e de docência [...] tem o direito à defesa contra qualquer interferência estatal no processo de obtenção e transmissão de conhecimentos científicos.” (ALEXY, 2008a, p. 71).

Repete-se aqui, portanto, o questionamento alexyano: *c*, *d* e *e* são normas de direito fundamental, mesmo não sendo estabelecidas diretamente pela Constituição? Alexy entende que sim, chamando-as de normas de direito fundamental ‘atribuídas’, criando assim duas espécies de normas de direito fundamental: as diretamente extraídas do texto constitucional e as atribuídas (2008a, p. 69-76). Contudo, o autor aponta um problema no reconhecimento das normas atribuídas como normas de direito fundamental: quais normas podem ser consideradas como atribuídas?

Para ilustrar este problema, o mesmo autor recorre a um exemplo que poderia ser levantado por uma pessoa qualquer, de forma pouco séria: “com base no artigo 13 da Constituição Alemã, deve a Administração disponibilizar a cada estudante um apartamento de dois cômodos perto da universidade” (ALEXY, 2008a, p. 73). Como fica claro, seria uma norma atribuída absurda. Todavia, fica patente que a preocupação alexyana é plausível. Como separar as normas atribuídas absurdas das razoáveis? O jusfilósofo busca a resposta através dos critérios empírico, de validade, sociológico, ético e normativo.

De plano, afasta-se a resposta do critério empírico, pois se dependeria, para a atribuição, do prévio estabelecimento da norma atribuída, seja por parte da doutrina ou da jurisprudência, o que, de fato, impediria a ‘criação’ ou o ‘reconhecimento’ de novas atribuições. O mesmo acontece com o plano de validade, visto que as normas atribuídas não podem ser retiradas diretamente do texto

constitucional. Também insuficientes são os critérios sociológico e ético, vez que apenas a validade social ou ética de uma norma não pode, *per se*, autorizar a atribuição (ALEXY, 2008a, p. 74).

Nesta linha, a solução proposta é que, para que se atribua corretamente natureza de direito fundamental a uma norma, é necessária uma argumentação fundamentada, sendo passíveis de utilização todos os critérios acima referidos.⁷

Mesmo com os problemas que isso poderia trazer, a possibilidade de atribuição dos direitos fundamentais evita a chamada ‘fossilização constitucional’ e impede que a ‘economia’ do legislador constitucional prejudique o exercício da cidadania, sendo, portanto, de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais e para o desenvolvimento das ideias do presente trabalho.

Tomemos como exemplo o enunciado normativo do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal brasileira, que possui a seguinte redação: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Deste enunciado é possível a extração das seguintes normas jurídicas: a) é garantia do acusado, em processo penal, o direito ao silêncio; b) veda-se ao Estado compelir o acusado à confissão⁸. As normas aqui extraídas são aquelas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional. Contudo, é possível a criação/visualização de normas de direito fundamental atribuídas deste dispositivo normativo, à semelhança do que já fez o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal acabou por fixar entendimento no sentido de que o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal não garante apenas o direito ao silêncio, mas também um amplo direito a não se incriminar. Transcreve-se trecho do Habeas Corpus 93.916/PA, relatado pela Ministra Carmen Lucia, o qual mostra o reconhecimento de um direito fundamental atribuído:

Não se pode presumir que a embriagues (sic) de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes.

⁷ Para mais detalhes acerca de argumentação, conferir o item 1.3.9 e ALEXY, 2001, *passim*.

⁸ Norma de teor similar está presente na Convenção Americana de Direitos Humanos no artigo 8, 2, g.

Ou seja, a norma diretamente extraída do texto constitucional concedia ao acusado o direito a um silêncio apenas verbal. Todavia, a norma de direito fundamental atribuída pela decisão do Supremo Tribunal Federal orienta-se por um sentido muito mais amplo da não-incriminação, isto é, o acusado não necessita submeter-se a exame de dosagem alcóolica e veda-se uma piora na situação do mesmo perante essa não submissão. Fica claro que do enunciado normativo constitucional isso não era diretamente extraído, sendo, portanto, construída uma norma de direito fundamental atribuída.

Portanto, atribuiu-se ao direito fundamental contido no artigo 5º, LXIII da Constituição o seguinte teor: “todo acusado criminalmente tem o direito à defesa contra qualquer ato estatal que possa implicar em prova contra si num processo criminal”.

Para que seja justificada a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, semelhantes construções teórico-dogmáticas serão feitas adiante.

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIMENSÕES/GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É notório que, historicamente, a posição dos direitos fundamentais foi sempre de defesa dos cidadãos em face do Estado. Inicialmente, os direitos fundamentais foram um produto peculiar do pensamento burguês do final do século XVIII (BONAVIDES, 2006, p. 563). Seus primeiros reflexos no Direito foram a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia (1776), a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), dentre outras.

Os direitos então reconhecidos como fundamentais eram tipicamente direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, direitos do indivíduo a que o Estado abstenha-se de certas condutas, como o direito do cidadão à integridade física, à propriedade e à liberdade. Estes direitos ficaram consagrados na doutrina como os direitos fundamentais de primeira dimensão⁹. (SARLET, 2009, p. 45-54; VIEIRA, 2006, p. 38).

⁹ De relevo assinalar que existem fundadas críticas ao termo “gerações” de direitos fundamentais, motivada pela razão desta ‘expressão’ causar uma impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual utilizou-se, aqui, da ‘expressão’ dimensões, ao invés da ‘expressão’ gerações’. A respeito desta discussão, cf. MARMELSTEIN, 2008; SARLET, 2009 e as críticas de Dimoulis e Martins abaixo descritas.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, em sua maioria, podem ser enquadrados como as chamadas liberdades públicas, consistindo nos direitos que garantem uma esfera de liberdade de atuação dos indivíduos contra ingerências estatais. Exemplos mais importantes destes direitos são a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de associação, de reunião e o direito de propriedade (SILVA, 2005b, p. 547).

Contudo, como se discorrerá mais à frente, esses direitos de primeira dimensão não incluíam somente as liberdades públicas, ainda que se dê sempre maior ênfase a elas. Outros dois aspectos fundamentais relacionados às teorias contratualistas, especialmente na versão de Rousseau, também devem ser inseridos nessa primeira dimensão: o direito à segurança e o direito à participação política (SILVA, 2005b, p. 545).

Os chamados direitos políticos foram sendo lentamente conquistados nos séculos XIX e XX e, a despeito de terem uma configuração muito distinta das liberdades públicas, também podem ser inseridos na ideia de direitos de liberdade. (primeira dimensão). Além disso, adveio justamente de um exercício maior dos direitos políticos a pressão por outros direitos que superassem a ideia das meras liberdades negativas, como será visto abaixo. (SILVA, 2005b, p. 544).

De maneira paralela a isto, a Revolução Industrial trouxe mudanças nos meios de produção, na circulação de riquezas e no meio social. Na esteira destas mudanças, os cidadãos, utilizando-se dos direitos políticos acima mencionados, lentamente batalharam por direitos prestacionais, já que apenas a existência dos direitos de defesa dos particulares (liberdades públicas) contra o Estado não garantia a eles uma existência sadia (SILVA, 2003d, p. 159-160).

Originaram-se, neste embate entre trabalhadores e Estado, novos direitos (direitos econômicos, sociais, e culturais) que são considerados como a segunda dimensão dos direitos fundamentais. Eles emergem não só em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas (situação iniciada no século XIX), mas, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais e socialistas, os quais pugnavam que as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto. Ou seja, a mera garantia das liberdades públicas não possibilitava aos cidadãos os meios com que todos pudessem exercê-las. (SILVA, 2005b, p. 549).

Por isto, a nota distintiva desses novos direitos fundamentais (direitos de segunda dimensão) foi a sua dimensão positiva, a garantia de uma atividade estatal. Exemplos dos direitos que passaram a ser positivados são os direitos à educação, saúde, trabalho, moradia, alimentação, cultura, previdência e assistência sociais, entre outros. Apesar de estes direitos terem sido positivados em meados do século XIX, foi apenas no século XX que os mesmos passaram a ter maior efetividade, principalmente no momento em que as constituições (dentre elas, a brasileira) passaram a formular o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 55-56; BONAVIDES, 2006, p. 564).

Já no último terço do século XX, derivados de novas comoções sociais originadas das evoluções tecnológicas e das cada vez mais rápidas transformações sociais, surgiram os direitos de solidariedade e fraternidade, também chamados de direitos de terceira dimensão. Tais direitos caracterizam-se por sua natureza difusa ou coletiva. A doutrina diverge em relação aos direitos consagrados nesta terceira dimensão, contudo, o direito mais lembrado é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SARLET, 2009, p. 56-58; BONAVIDES, 2006, p. 523).

O grande problema é a definição desta "terceira dimensão de direitos". É possível, neste passo, afirmar que tal definição costuma ser tão "difusa" quanto os próprios direitos. A característica comum que uniria uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio ambiente seria o fato de que todos eles, além de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as liberdades públicas e os direitos sociais, destinar-se-iam a realizar o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Assim, enquanto as liberdades públicas realizariam a *liberdade* e os direitos sociais a *igualdade*, os direitos de terceira-dimensão tenderiam a realizar a *fraternidade* (SILVA, 2005b, p. 549).

Há certas discussões no interior da doutrina constitucional acerca da existência de uma quarta e/ou quinta dimensão dos direitos fundamentais, contudo, por questões de espaço e temática, não se adentrará nesta discussão na presente pesquisa¹⁰.

¹⁰ Sobre o tema, conferir: BOBBIO, 2004. BONAVIDES, 2006, SARLET, 2009.

Como contraponto ao que foi apresentado, Dimoulis e Martins (2012, p. 20-24) apresentam algumas críticas não só ao termo “geração” (que não foi adotado neste trabalho), como à própria cronologia apresentada. Os autores sustentam que o Estado moderno nasceu justamente oferecendo aos seus ‘súditos’ segurança, tanto jurídica (princípio da legalidade, por exemplo) como física (proteção aos cidadãos). Dimoulis e Martins (2012, p. 22), portanto, salientam que as prestações estatais (exemplo: direito à segurança) antecederam-se à criação de Constituições e à proclamação de direitos fundamentais.

Estes doutrinadores (DIMOULIS E MARTINS, 2012, p. 22-23), outrossim, afirmando que os direitos sociais já constavam do rol das constituições e Declarações do século XVIII e início do XIX, citando como exemplos a Constituição Francesa de 1791 (assistência a crianças abandonadas, indigentes, gratuidade no ensino fundamental, entre outros) e a Constituição Brasileira de 1824 (socorros públicos, instrução primária gratuita, entre outros). Neste liame, os autores criticam duramente a utilização do termo “gerações”, por deixar transparecer a noção de que os direitos sociais sucederam os direitos de defesa. Além disso, apesar de concordarem com a ideia das “dimensões” dos direitos fundamentais (as dimensões dos direitos fundamentais não sucederam umas as outras, mas, sim, surgiram de maneira complementar e até muitas vezes antagônica) não utilizam este termo, uma vez que a empregam para menção à dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

Importante, ademais, mencionar que este trabalho não se alinha integralmente com a crítica de Dimoulis e Martins. A um, que ao se adotar o termo “dimensões” grande parte das críticas dos autores perde o sentido, visto que os proponentes da expressão “dimensão” não defendem uma sucessão histórica perfeitamente encadeada dos direitos fundamentais. A dois, mesmo que os direitos fundamentais tenham existido antes do advento das constituições e que os direitos sociais já existiam nas cartas liberais, a teoria das gerações tem sucesso em demonstrar que a maior aplicabilidade/justiciabilidade destes direitos derivou-se de certos momentos históricos: os direitos de defesa das Cartas liberais e a maior aplicabilidade dos direitos sociais do 2º pós-guerra.

Feito este breve interlúdio, percebe-se, seja qual for o critério ou classificação adotados, os direitos fundamentais, historicamente, vem ampliando de maneira robusta o seu rol e significado.

Prosseguindo nesse caminho e, verificando-se a progressão histórico-positiva realizada pelos direitos fundamentais, passa a ser crível a afirmação de que os direitos fundamentais, para que atinjam um grau aceitável de promoção de justiça social, não podem ser oponíveis somente perante o Estado, mas sim, também perante os outros particulares (ALEXY, 2008a, p. 528). Aliás, é de salientar que já de muito tempo a direção da sociedade não vem cabendo mais ao Estado, concentrando-se em outras forças, como as corporações e os grupos de pressão, o que, por óbvio, impõe uma nova visão acerca da eficácia dos direitos fundamentais (CASTRO, 2008, p. 133-152). Esta abordagem será devidamente realizada posteriormente.

Dito isto, analisar-se-ão quais os marcos positivos e teóricos para a fundamentação da oponibilidade perante particulares dos direitos fundamentais, pautando-se, novamente, pela teoria de Robert Alexy.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO (PRINCÍPIOS)

Antes de adentrar-se à análise da problemática apresentada, convém realizar uma breve introdução do que seja princípio para o Direito. Antes de se definir, propriamente, princípios, é importante salientar que, no presente estudo, utilizar-se-á, prioritariamente, da ideia de princípio como adotada pelo estudioso alemão Robert Alexy.

Previamente à definição de princípio concebida por Alexy, é de interesse destacar a posição de outros autores, a fim de melhor entender o porquê da escolha de tal teoria como premissa para o presente estudo.

Vezió Crisafulli foi o primeiro jurista, efetivamente, a entender os princípios como uma norma jurídica, dotada de coercitividade. O jurista italiano, citado por Bonavides, dizia, já em 1952, o seguinte:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. (apud BONAVIDES, 2008, p. 257).

Para o jurista italiano, os princípios exerciam duplo papel: normativo e interpretativo, ou seja, sua eficácia não se esvaía quando não eram diretamente aplicados, já que poderiam ser utilizados como cânones interpretativos.

Após a divulgação das ideias de Crisafulli, a noção de que os princípios eram dotados de normatividade passou a espalhar-se pelo universo jurídico, possibilitando os grandes debates atuais acerca dos princípios (apud SILVA, 2003d, p. 145).

1.3.1 A Dicotomia Regras X Princípios

Mesmo após a salutar contribuição de Crisafulli, multiplicaram-se os conceitos de princípios, sendo alguns muito similares e outros nem tanto. Neste ponto, pode-se salientar a investigação do jurista argentino Riccardo Guastini (GUASTINI, 2006; GOMES, 2010), que dividiu em seis os conceitos hegemônicos de princípio até então:

- 1) princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade¹¹;
- 2) princípios são normas altamente indeterminadas, as quais sem concretização interpretativa são inaplicáveis;
- 3) princípios são normas de caráter programático;
- 4) princípios são normas com alta posição hierárquica no ordenamento;
- 5) princípios são normas que desempenham função fundamental nos sistemas (ramos) jurídicos individualmente observados (direito processual, direito penal, direito administrativo, entre outros);¹²
- 6) princípios são normas dirigidas aos aplicadores do direito, atuando como ‘cânones’ interpretativos;¹³

Estes são os seis conceitos de princípio mais comumente utilizados, segundo a obra de Guastini. É imperioso salientar que, muitas vezes, seja na academia, seja na aplicação prática, os conceitos acabam sendo homogeneizados, acarretando o que foi chamado por Virgílio Afonso da Silva de ‘sincretismo metodológico’ (2005, *passim*).

¹¹ Striquer Soares (2005) tem posição similar.

¹² Este conceito parece similar ao que definem Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 56-59) como princípios gerais.

¹³ Esta definição assemelha-se à de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 545).

Feito este interlúdio, passa-se a estudar a visão do jurista estadunidense Ronald Dworkin sobre o tema, sendo sua contribuição relevante para aprofundar o exame da teoria dos princípios e das regras de Robert Alexy, debruçada nas linhas sequenciais.

1.3.2 A Visão de Dworkin

Com a difusão do conceito de princípios como normas, houve uma espécie de “Virada de Copérnico” no âmbito da Teoria do Direito. Esta “Virada” foi capitaneada pelas ideias do americano, professor da Universidade de Oxford, Ronald Dworkin. O jurista estadunidense criou a dicotomia regras X princípios para demonstrar que um sistema “puro” de regras seria incapaz de resolver os chamados “casos difíceis”. Dworkin, buscando rebater as teorias de Hart, seu antecessor na cadeira de Teoria do Direito em Oxford, apontou que regras e princípios eram espécies do gênero normas jurídica, diferenciando-as ao apontar que as regras seriam aplicadas de forma tudo ou nada (*all or nothing*), enquanto os princípios deveriam ser conjugados com outros fundamentos, derivados de outros princípios. Para Dworkin, os princípios deveriam ser analisados sob a ótica de seu peso relativo, dentro de cada caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 36; p. 42).

Melhor explicando, no caso de incidência da hipótese fática disposta numa regra, aquela regra deverá ser aplicada. Se não incidir a hipótese, a regra permanece ‘inerte’. Um exemplo singelo de regra e sua vocação ‘tudo ou nada’: “O atraso à sala de aula acarretará a perda de meio ponto na média final”. No caso de atraso, a sanção deverá ser aplicada inteiramente, sendo que, na não incidência, a regra não é aplicada.

A sutileza argumentativa de Dworkin erige-se na impossibilidade de modulação dos efeitos e contradições das regras. Quando há uma regra expressa, não há possibilidade de elasticização da disposição (o professor não poderia, no caso de um atraso ínfimo, aplicar sanção de um décimo na média final) (DWORKIN, 2002, p. 40).

O termo “tudo ou nada” também tem relação com regras conflitantes entre si. Um exemplo é a regra constitucional pátria de irretroatividade da lei penal, a qual prevê, excepcionalmente, a retroatividade de lei penal benéfica ao réu. A própria regra já prevê uma exceção à sua aplicação, que, neste caso, será a

aplicação completa da regra excepcional. Neste esteio, a verificação da aplicabilidade ou não de uma regra depende de uma análise de validade, em outras palavras, se há cláusula de exceção que obrigue à sua não aplicação, seja pelo lado temporal (lei posterior derroga lei anterior) ou pelo lado da especialidade (lei especial derroga lei geral).

No que tange aos princípios, Dworkin visualiza a dimensão do peso: tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, metaforicamente, aquele que tiver maior peso. É relevante observar que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico, ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se. Diferentemente do que foi exposto acerca das regras dworkinianas, os princípios não são expulsos do ordenamento por outros princípios (SILVA, 2003b).

Verifica-se, portanto, que se chegava então, em meados dos anos 1970, a uma sistematização do que seriam princípios. A seguir observar-se-á a contribuição de Robert Alexy às bases criadas por Dworkin.

1.3.3 A Teoria de Robert Alexy

A teoria de Robert Alexy, à primeira vista, pode parecer similar a de Dworkin, tendo em vista que também aponta a existência, dentro dos ordenamentos jurídicos, de um complexo normativo composto de regras e princípios, sendo as normas o gênero do qual aqueles (regras e princípios) são espécies.

Contudo, a famosa lição de Alexy dispõe que os princípios são *mandamentos de otimização do ordenamento jurídico, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas*. Esta lição pode parecer genérica, mas é deveras científica. Para Alexy as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Em outras palavras, para o jurista germânico sempre que, no caso concreto, após o devido sopesamento, um princípio der precedência a outro, criar-se-á uma regra para aquele caso individual (ALEXY, 2008a, p. 99).

Aprofunda-se: para Alexy as regras estabelecem deveres definitivos (à semelhança do 'tudo ou nada' de Dworkin), e os princípios estabelecem deveres

prima facie. No âmbito dos princípios é que se erige a diferença entre o pensamento do autor alemão e do estadunidense.

No caso de Dworkin, o conflito entre princípios (apesar de não ocasionar a derrogação do princípio ‘perdedor’) significa que um deles não será aplicado ao caso concreto. Já para Robert Alexy, o conflito entre princípios pode significar a aplicação parcial de cada princípio ou também na aplicação total de um dos princípios, com toda a argumentação pautada pela aplicação da regra da proporcionalidade (BUSTAMANTE, 2010)¹⁴.

Além disso, uma diferença fundamental encontra-se na ideia de que para Dworkin os princípios devem ser utilizados somente na solução dos casos difíceis, o que não é seguido por Alexy.

Em relação aos enunciados normativos de direitos fundamentais, estes podem ser expressos tanto por meio de regras, como por meio de princípios (daí advém seu duplo caráter) (ALEXY, 2008a, p. 14). Isso não impede, contudo, que certos enunciados tenham a natureza tanto de *princípios como de regras*.

Tome-se como exemplo o enunciado contido no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Devido à natureza peremptória do comando, percebe-se que o enunciado deveria expressar uma regra, vedando qualquer bloqueio estatal à liberdade de expressão. Contudo, um entendimento de que o enunciado acima é uma regra levanta a hipótese de que sua aplicação deveria ser do modo ‘tudo ou nada’, o que traz a lume a possibilidade de um direito absoluto.

Alexy (2008a, p. 142) soluciona o problema da seguinte maneira:

se isso fosse compreendido como uma regra completa, estar-se-ia diante de um direito irrestringível, o que não pode ser correto, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes têm preferência sobre o princípio da liberdade artística [ou de expressão],

Isso mostra o seguinte: algumas disposições de direito fundamental operam como regras (apesar da maioria operar como princípio), ou seja, através de subsunção e sem a necessidade de ponderação. Contudo, a sua cláusula de

¹⁴ Para mais detalhes acerca da aplicação da regra da proporcionalidade, conferir: SILVA, 2002; BORELLI, 2011. Já no que diz respeito à honestidade de argumentação presente na aplicação da regra da proporcionalidade alexyana (a qual tem relação com a primeira fase do pensamento habermasiano) conferir: ALEXY, 2001.

exceção é implícita e autoriza seu afastamento através da aplicação da máxima da proporcionalidade.

Desta maneira, a norma contida no artigo 5º, inciso IX deve ser entendida como a seguinte: “é vedado qualquer bloqueio estatal à liberdade de expressão do pensamento, se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios constitucionais colidentes, os quais, nas circunstâncias daquele caso concreto, têm primazia em face da liberdade de expressão”.

Premissa similar a esta foi desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), sendo a tese vencedora a de que a liberdade de expressão não é absoluta, tendo como limites outros princípios constitucionais, como o da vedação à discriminação e a dignidade da pessoa humana.

O professor da Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1160-1161), aponta alguns critérios para distinguir as regras dos princípios:

i) *grau de abstração*: os princípios têm um alto grau de abstração, diferentemente das regras;

ii) *grau de determinabilidade*: regras aplicam-se diretamente, ‘sozinhas’; princípios necessitam de mediação do legislador ou do juiz;

iii) *caráter de fundamentalidade*: os princípios têm natureza estruturante e/ou fundamental no ordenamento jurídico.¹⁵

iv) *conteúdo de informação*: nas regras é menor, aplicam-se a determinado fato, enquanto nos princípios referem-se a valores¹⁶;

Apesar de úteis, os critérios de Canotilho mostram-se imperfeitos quando utilizada a teoria de Alexy como substrato, como se verá abaixo.

1.3.4 Princípios *Versus* Valores

Muito se discute acerca das conexões e similitudes entre princípios (jurídicos) e valores. Neste tópico buscar-se-á diferenciá-los.

¹⁵ Este critério foge dos parâmetros estabelecidos por Alexy.

¹⁶ Idem.

O aparecimento da ideia da Constituição como ordem de valores iniciou-se com a Constituição alemã de Weimar, a qual se marcou por realizar compromissos sociais em torno de valores básicos (GUERRA FILHO, 2001, p 117).

A teoria da ordem de valores foi iniciada por Smend, mas severamente criticada por Carl Schmitt. Este último aponta a Constituição como a decisão política que catalisa a união e o esforço comum de uma sociedade (GUERRA FILHO, 2001, p. 118). Com o advento do nazismo, a doutrina alemã acabou realizando um retorno ao chamado jusnaturalismo, o qual foi criticado por Schmitt, que salientou a 'tirania dos valores', preocupando-se com a prevalência de subjetivismos valorativos a dominarem as decisões judiciais.

A Corte Constitucional alemã, contudo, acabou por seguir a tese da ordem de valores. Um dos grandes impulsionadores desta nova concepção foi Günther Dürig, o qual apontou a dignidade da pessoa humana como a base do sistema objetivo de valores (GUERRA FILHO, 2001, p. 120). Não só Carl Schmitt, como também Ernst Forsthoff mostrou-se crítico à ordem de valores, chamando-a de "palavreado inócuo" e "supremacia intocável da judicatura em desfavor do legislador".

Segundo Willis Santiago Guerra Filho, as duas posturas (favorável e contra a ordem de valores) exprimem uma opção ideológica por um Estado Liberal ou por um Estado Social do intérprete. Para o autor (GUERRA FILHO, 2001, p. 121), busca-se na modernidade superar a dicotomia ideológica através do 'pragmatismo', ou seja: a disposição em resolver questões teóricas levando-se em conta não só resultados práticos, mas também o modo como tais questões foram resolvidas por aqueles que precisam definir-se para atuarem concretamente (que é o caso dos tribunais).

Guerra Filho, no que diz respeito às normas-regras, visualiza a existência de um preceito primário e um secundário: o primário é a descrição da hipótese-fática e o secundário é a consequência jurídica (proibição; permissão; entre outros). Entretanto, o autor analisa as "normas-princípio" como a prescrição de um valor, salientando que essa distinção foi criada principalmente para solucionar os "hard-cases". Guerra Filho acredita que princípios têm maior abstração que as regras, já que não se reportam a nenhuma situação fática. Além disso, opina que a ordem jurídica possui patamares, sendo que no mais baixo ficariam as regras, enquanto no mais alto estariam os princípios (2001, p. 127-129).

Mostra-se problemática em alguns pontos a ideia de Guerra Filho em relação aos princípios. Sua concepção parece lembrar a famosa definição de Luis Prieto Sanchís (2003, p. 117), acerca do neoconstitucionalismo:

más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica.¹⁷

Como aponta Sarmiento (2009), tal definição não se concilia com exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade, que são alicerces de do bom constitucionalismo. Se os princípios estão em um patamar superior às regras (porque denotam valores), as regras jurídicas não têm qualquer importância, sendo sempre afastadas em favor dos princípios. Não parece ser esse o objetivo de Alexy, ou de qualquer teoria dos princípios. Mais, não parece ser também esta uma solução pluralista, republicana, que também proteja o trabalho do legislador.

Neste sentido, importa salientar que, para Alexy, princípio não é sinônimo de valor, apesar de estarem intimamente relacionados. A intimidade tem duas causas: valores e princípios podem sofrer relação de colisão e sopesamento. Além disso, o autor pontua que, no âmbito do Tribunal Constitucional Alemão, as palavras princípios e valores podem ser trocadas entre si, sem perda de conteúdo (2008a, p. 144).

No entanto, percebe-se uma grande diferença: princípios têm relação com a *deontologia*, enquanto valores têm relação com a *axiologia* (ALEXY, 2008a, p. 145). Como já tratado aqui, os conceitos deontológicos estão ligados a deveres, proibições, permissões, e outros deveres (ligação forte com a Ciência do Direito). De outro lado, os conceitos axiológicos estão conectados ao que é bom, corajoso, belo, dentre outras características qualitativas (ligação fraca com a Ciência do Direito).

¹⁷ Tradução livre: “Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipotência da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao contrário de espaços vagos em favor das opções legislativas ou regulamentares; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendencialmente contrários, ao invés de homogeneização ideológica.”

Este pequeno e crucial ponto separa os princípios dos valores. Utilizando a fórmula alexyana, no modelo de valores uma determinada coisa é, *prima facie*, melhor; enquanto no modelo de princípios, uma determinada coisa é, *prima facie*, devida (ALEXY, 2008a, p. 153).

Tendo em vista que a estrutura da Ciência do Direito é baseada, principalmente, na dicotomia lícito/ilícito, é muito simples perceber que os valores mostram-se menos adequados às relações jurídicas, enquanto os princípios mostram-se muito mais. Não se está aqui afastando, de maneira completa, a relação entre princípios e valores, e sim demonstrando que os mesmos não são sinônimos. Pode-se tomar emprestada uma expressão de Daniel Sarmiento (2009, p. 121): a relação entre Direito e Moral tornou-se uma relação porosa. Parece ser esta a solução aqui adotada: a relação entre princípios e valores é porosa, mas não sinônima.

Nesta linha, é razoável afirmar que princípios não são sinônimos de valores pelo fato de possuírem características diferentes. Contudo, também são intimamente relacionados, tendo em vista que, muitas vezes, de maneira imperfeita, positivam características morais da sociedade, motivo pelo qual sua utilização acaba possuindo aspectos extrajurídicos¹⁸.

1.3.5 Conflito entre Regras

Como já exposto acima, as regras impõem deveres definitivos (“tudo ou nada”). Caso duas regras imponham comportamentos contraditórios, uma delas será inválida.

Quando a contradição for parcial, a solução do conflito nasce da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas. Se a contradição for total, uma delas terá de ser declarada inválida.

Outrossim, remete-se o leitor ao item 1.3.2 (acerca das ideias dworkinianas), onde o conflito entre regras foi abordado tangencialmente.

¹⁸ O tema será mais exhaustivamente trabalhado no item 1.3.8 *infra*.

1.3.6 Colisão entre Princípios

Segundo a teoria dos princípios alexyana, no caso de colisão entre princípios não se pode utilizar das mesmas soluções aplicadas nas colisões entre regras. Quando há colisão entre princípios, a solução é a criação de *relações condicionadas de precedência* (ALEXY, 2008, AP. 96-100; SILVA, 2010, p. 50).

De acordo com o conceito acima delineado de princípios (mandamentos de otimização, exigindo que algo seja realizado na maior medida do possível, dadas as condições fáticas e jurídicas existentes), nota-se, de plano, que as condições quase nunca são ideais. Princípios geralmente possuem mandamentos contraditórios, como, por exemplo, a liberdade de expressão e a privacidade. A chave do conceito de princípio é que não há derrogação do princípio que for afastado no sopesamento e tampouco há a introdução de cláusula de exceção, haja vista que em muitos outros casos o princípio A poderá ser afastado pelo B.

A solução correta nasce da análise do caso concreto e do estabelecimento das relações condicionadas de precedência.

Alexy explica este estabelecimento com conceitos de lógica aristotélica: “(P1 P P2)C”. Ou seja: no caso de colisão entre princípios P1 e P2 – o princípio P1 prevalece sobre P2, mas apenas nas condições C. Disso extrai-se que nas condições C1, o princípio P2 pode prevalecer sobre P1. Assim, não há ordem hierarquizada de valores ou princípios, a relação de precedência dependerá do caso concreto (ALEXY, 2008a, p. 97-98).

A não hierarquia dos valores e o fato de que a mudança das condições fáticas e jurídicas muda a solução do conflito podem ser exemplificados nas decisões do TCF acerca dos Casos Lüth e Blinkfüer.

No caso Lüth, o cidadão alemão Erich Lüth (crítico de cinema), no início da década de 50, realizou manifestações favoráveis a um boicote do filme “Unsterbliche Geliebte” (A Amante Imortal), dirigido por Veit Harlan, célebre por ter sido responsável por cinematografia antissemita no regime nazista. Em razão deste conclamo ao boicote, Harlan e seus parceiros comerciais ajuizaram ação cominatória contra Lüth, embasados num dispositivo do Código Civil Alemão (§ 826 BGB), que dispõe que todo aquele que por ação imoral causar dano a outrem estará obrigado a não fazer (no caso, não boicotar), sob pena de sanção pecuniária. O Tribunal Estadual de Hamburgo decidiu favoravelmente a Harlan, o que levou Lüth a

ajuizar reclamação perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão (MARTINS, 2005, p. 381).

Na decisão Lüth, o Tribunal Constitucional lançou as bases dogmáticas gerais dos direitos fundamentais na Alemanha, com a cunhagem das expressões “ordem objetiva de valores”, “efeito irradiante”, da “ponderação”, da “eficácia perante terceiros”. Em relação específica ao caso, a Corte Constitucional entendeu que o Tribunal Inferior ignorara a influência que o direito fundamental à liberdade de expressão exercia na disposição acerca de bons costumes prevista no Código Civil, anulando a decisão do Tribunal Inferior por proteção insuficiente à liberdade de expressão (ALEXY, 2008a, p. 535; MARTINS, 2005, p. 393-394).

O caso Blinkfuer também dizia respeito à liberdade de expressão, contudo, a decisão do TCF mostrou-se diametralmente oposta a Lüth. No caso, um pequeno periódico chamado Blinkfuer estava sendo boicotado por dois grandes conglomerados editoriais (*Axel Springer* e *Die Welt*). O boicote estava sendo motivado porque a Blinkfuer publicava a programação das TVs e Rádios da Alemanha Oriental e os conglomerados entendiam que a publicação da programação estaria favorecendo a “propaganda injuriosa” do governo da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental, com governo socialista) contra os alemães ocidentais (MARTINS, 2005, p. 400-401). Estava-se no auge da guerra fria (1969).

Neste caso, ao contrário do que fora decidido em Lüth, os detentores do poder econômico é que estavam realizando o boicote, portanto o TCF entendeu que este boicote não era protegido pelo direito fundamental da liberdade de expressão e violava o direito fundamental à liberdade de imprensa (MARTINS, 2005, p. 400-401).

Como se percebe destes dois julgados, a natureza dos princípios leva à conclusão que decisões acerca de colisões podem variar, dependendo do caso concreto, tal como postulado por Robert Alexy.

1.3.6.1 Proporcionalidade e razoabilidade

Delineada como se dá a solução das colisões entre princípios (ponderação), é relevante mencionar uma das ferramentas utilizadas na ponderação, qual seja, a máxima da proporcionalidade e sua não identificação com a razoabilidade.

Antes de explicitar como se dá seu uso, é de interesse assinalar a não identificação entre *razoabilidade* e *proporcionalidade*, apesar do que sustentam alguns¹⁹. Como salienta Alexy, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, em suas três facetas: *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade em sentido estrito*. A *proporcionalidade em sentido estrito* decorre da exigência de sopesamento nas colisões. A *necessidade* da exigência de que o objeto de um princípio seja realizado apenas da maneira menos onerosa/gravosa ao indivíduo. A *adequação* decorre da ideia de que se a adoção de um princípio não significa a rejeição do outro (ALEXY, 2008a, p. 117-120). Esta ideia é adotada também por Bergmann Ávila (2008, p. 52), o qual sustenta que a existência de princípios positivados exige que os mesmo sejam promovidos adequadamente.

Ademais, como explicado por Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29), a razoabilidade difere da proporcionalidade em dois aspectos fundamentais: a origem e a estrutura. Na origem, porque grande parte dos estudiosos associa a razoabilidade com o devido processo legal em aspecto material da jurisprudência da Suprema Corte estadunidense; enquanto a proporcionalidade teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (2002, p. 30-31).

No que diz respeito à estrutura, a razoabilidade não tem subdivisões, enquanto a proporcionalidade subdivide-se em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é um teste pelo qual o ato estatal restritivo de direitos fundamentais deve mostrar ser capaz de fazer com que seu objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado (SILVA, 2002, p. 36). Já o teste da necessidade somente será ultrapassado pelo ato estatal caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, da mesma maneira, com outro ato estatal (SILVA, 2002, p. 38). Caso a medida ultrapasse os dois primeiros testes, ainda é necessário que se mostre *proporcional em sentido estrito*, ou seja, sopesasse a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido *versus* a importância da realização do direito fundamental colidente.

Visto isso, nota-se como razoabilidade e proporcionalidade não são, de maneira alguma, sinônimas. Ademais, acerca da ligação entre a razoabilidade e o devido processo legal em seu aspecto material, conferir item 3.7, *infra*.

¹⁹ Exemplifica-se aqui Barroso (1999) e Barros (2003).

1.3.8 Objeções ao Conceito de Princípios como Mandamentos de Otimização

Habermas (2003, p. 298-299) realizou poderosa crítica à noção da supremacia da jurisdição constitucional e da consequente oponibilidade de direitos fundamentais constitucionais perante o legislador. A principal crítica habermasiana liga-se à chamada *jurisprudência dos valores*, realizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cujo principal alvo é o sopesamento e ponderação entre valores. Aqui, como já abordado anteriormente, salienta-se que no âmbito das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, o qual inspirou a teoria de Alexy, o termo “valores” pode ser substituído por “princípios”, motivo pelo qual a crítica de Habermas deve ser respondida.

Adentrando mais profundamente na crítica, Habermas estabelece que o uso de princípios (ou valores) tem como consequência a perda do caráter deontológico das normas jurídicas de direito fundamental, trazendo para o debate um aspecto teleológico, atípico do Direito. Assim, o Direito perderia sua característica binária (lícito/ilícito), implicando numa racionalidade não-jurídica, uma codificação gradual, baseada em relações de precedência. Segundo o autor, a existência de princípios que não vinculam absolutamente (determinações *prima facie*), tornar-se-ia o próprio sistema jurídico incoerente, pois não poderia (ou deveria) aceitar deveres contraditórios (HABERMAS, 2003, p. 316).

Além disso, para aplicação dos princípios/valores é necessário o sopesamento, o qual traria perigo para os próprios direitos fundamentais, tendo em vista que a atenção ao caso concreto levaria (muitas vezes) a sacrifícios de direitos individuais em prol de coletivos. De outro lado, a utilização do sopesamento mostrar-se-ia como procedimento irracional, arbitrário e irrefletivo²⁰ (CADEMARTORI, 2006, p. 140).

Nesta linha, é possível responder à crítica habermasiana aos princípios/valores, uma vez que os mesmos são utilizados como base do presente trabalho.

Em primeiro lugar, ao mencionar a “codificação gradual” estabelecida pelos princípios, Habermas parece não entender a teoria dos princípios. Isso porque, em nenhum momento a teoria dos princípios postula o que

²⁰ As críticas de Klaus Gunther à teoria alexyana são bem explicadas em MARTINS E CADEMARTORI, 2007.

muitos chamam de “ordem hierarquizada de valores”. Como visto acima, não existem princípios absolutos, e em geral, sua aplicação/não aplicação depende do caso concreto (SILVA E VEIGA, 2008, p. 217-218).

Em segundo lugar, a possibilidade de sacrifício de direitos individuais em prol de direitos coletivos foi prevista por Alexy, com este defendendo que os direitos individuais possuem uma prevalência *prima facie*, em relação aos direitos coletivos (SILVA E VEIGA, 2008, p. 219).

Em terceiro lugar, sobre a incoerência do ordenamento jurídico, isto já foi abordado no tópico 1.3.5, ao notar-se que a crítica de Habermas deixa de observar a diferença estrutural entre valores e princípios (*axiologia versus deontologia*, respectivamente).

Em quarto lugar, sobre o sopesamento ser arbitrário e irracional, Alexy (2008a, p. 165) responde que é possível, realmente, a existência de um sopesamento decisionista. Todavia, a este modelo ele contrapõe outro fundamentado, embasado na ideia de argumentação jurídica, tendo como essência a integração do discurso jurídico com o discurso prático geral, partindo de que a prática constitui-se no agir humano e a busca da orientação no sistema normativo²¹.

Neste diapasão, é possível afirmar que, por estarmos atuando no campo da razão prática, é difícil a sustentação de um modelo não arbitrário, como lembrado por Cademartori (2006, p. 140). Entretanto, entende-se que o modelo proposto por Robert Alexy, por exigir alto grau de argumentação e raciocínio, além de uma correta fundamentação, permite uma clara diminuição no grau de arbitrariedade, além de abrir a argumentação utilizada à crítica pública, o que, obviamente, traz maiores chances de diminuir a arbitrariedade. O problema da arbitrariedade do modelo de princípios, o papel da argumentação jurídica e alguns aspectos da relação entre direito e moral serão abordados a seguir.

1.3.9 Alguns Aspectos da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

Robert Alexy, utilizando-se das bases da ética discursiva habermasiana (ATIENZA, 2003, p. 163), buscou realizar duas coisas: criar uma

²¹ Sobre isso, conferir o item 1.3.9.

teoria da argumentação racional e, posteriormente, criar uma teoria da argumentação jurídica.

As regras da argumentação racional (regras do discurso prático geral) são as regras fundamentais de validade para qualquer comunicação linguística que trate de verdade e/ou correção (ATIENZA, 2003, p. 166). Ele divide as regras do discurso racional em *regras fundamentais*²², *regras de razão*²³, *regras sobre carga argumentativa*²⁴, *regras de fundamentação*²⁵ e *regras de transição*²⁶.

²² As regras fundamentais:

- 1.1) Nenhum falante pode se contradizer;
- 1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que crê;
- 1.3) Todo falante que aplicar um predicado *F* a um objeto *a*, tem que estar preparado para aplicar *F* a todo outro objeto que seja igual em todos os seus aspectos relevantes;
- 1.3.1) Todo falante só pode afirmar juízos de valor ou de dever, caso esteja disposto a afirmar o mesmo em todas as situações iguais;
- 1.4) Falantes distintos não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

²³ O segundo grupo estabelecido por Alexy são as regras de razão, as quais criam as condições mais importantes do discurso racional. Como salienta Atienza (2003, p. 166-167), elas definem um ideal, do qual se deve aproximar através da prática. As regras são (ALEXY, 2001, p. 294):

- 2) Todo falante, quando solicitado, deve fundamentar suas afirmações, salvo quando apresentar razões que justifiquem uma recusa;
- 2.1) Todo aquele que pode falar, pode participar do discurso;
- 2.2) a) Qualquer um pode problematizar qualquer asserção; b) Todos podem introduzir asserções no discurso; c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;
- 2.3) Não se pode impedir nenhum falante de exercer os direitos mencionados em 2 e 3.

²⁴ De maneira arguta, Alexy notou que a utilização das regras de razão 2.1 e 2.2 poderia bloquear qualquer tentativa razoável de argumentação (apud ATIENZA, 2003, p. 167). Portanto, era necessário inserir novas regras: agora sobre a carga argumentativa, para facilitar a argumentação e impedir bloqueios indevidos. Elas são (ALEXY, 2001, p. 294):

- 3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de forma diferenciada em relação a uma pessoa *B*, está obrigado a justificar isso.
- 3.2) Quem atacar um argumento, ou uma norma que não está sendo discutida, deve justificar;
- 3.3) Quem tenha apresentado um argumento, só está obrigado a apresentar mais argumentos no caso de contra-argumentos;
- 3.4) Aquele que introduz no discurso, uma afirmação acerca de suas opiniões, desejos ou necessidades, que não tenha relação com um argumento anterior, deve justificar o porquê desta introdução;

²⁵ Mesmo com todo o regramento acima colacionado, Alexy (2001, p. 295) ainda vislumbrava amplo espaço para indeterminação, sendo necessário introduzir as regras de fundamentação:

- 5.1.1) Quem fizer uma afirmação/proposição normativa que pressupõe uma regra para satisfação dos interesses de outrem, deve estar preparado a aceitar as conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas outras pessoas;
- 5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos;
- 5.1.3) Toda regra deve ser clara e poder ser ensinada de forma aberta e geral;
- 5.2.1) As regras morais, as quais servem como base concepções morais dos falantes, devem ser capazes de superar a prova da sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não ultrapassa este teste se: a) originalmente fosse justificada, contudo tenha perdido, desde então, a justificação; b) originalmente não era justificada racionalmente e nem o é atualmente;
- 5.2.2) As regras morais, que servem de bases para as concepções morais do falante, devem ser capazes de superar a prova *histórico-individual*. Uma regra moral não ultrapassa este teste se se estabeleceu apenas sobre a base de condições de socialização não justificáveis;
- 5.3) É preciso respeitar os limites de possibilidade de realização dados de fato;

Atienza, buscando explicar Alexy, afirma que para este último o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso porque: no discurso jurídico discutem-se questões práticas; no discurso jurídico existe uma pretensão de correção²⁷; o discurso jurídico é realizado dentro de determinadas condições. Ou seja, na argumentação jurídica não se pretende “provar” que determinado argumento é mais racional, e sim que ele pode ser fundamentado racionalmente sob a moldura do ordenamento jurídico vigente. Desta forma, o discurso jurídico atém-se às normas do discurso racional, *mais* às regras específicas do discurso jurídico, como a sujeição à lei, aos precedentes e à dogmática (ATIENZA, 2003, p. 172).

De acordo com Alexy (2001, p. 296), a argumentação jurídica deve atuar embasada ao menos a uma norma universal, como justificação de um julgamento, podendo ser combinada com outras afirmações. Os meios tradicionais de interpretação jurídica são admitidos com preferência para os semânticos e históricos. Os demais cânones de interpretação somente podem superar estes anteriores caso utilizem ampla carga argumentativa (ALEXY, 2001, p. 298).

A argumentação dogmática (utilizada no presente trabalho) possui, portanto, as seguintes regras (ALEXY, 2001, p. 298):

1) Caso seja posto em dúvida, todo enunciado dogmático deve ser fundamentado mediante o emprego de, pelo menos, um argumento prático de tipo geral;

2) Todo enunciado dogmático deve poder ser bem sucedido numa comprovação sistemática, tanto no sentido estrito, quando no sentido amplo;

3) Se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados;

Desta forma, nota-se que a teoria da argumentação alexyana serve para assegurar a racionalidade da aplicação do direito ao criar um método

²⁶ As regras de transição foram criadas, na eventualidade de que no discurso racional podem surgir problemas lingüísticos, ou sobre fatos, ou relativos ao próprio discurso. As regras de transição são descritas da seguinte maneira por Alexy (2001, p. 296):

6.1) É possível a cada falante, em qualquer momento, fazer a transição para o discurso empírico;

6.2) É possível a cada falante, em qualquer momento, fazer a transição para um discurso de análise da linguagem;

6.3) É possível a cada falante, em qualquer momento, fazer a transição para um discurso de teoria do discurso;

²⁷ A pretensão de correção será trabalhada no número 1.3.10, *infra*.

objetivamente verificável de argumentação no campo jurídico, diminuindo, sobremaneira, a possibilidade de decisões irrefletidas e/ou arbitrárias.

Contudo, as exigências da argumentação jurídica (e da teoria dos princípios) têm um caráter ideal, excluindo, obviamente, a produção de certeza absoluta em cada questão. De toda forma, a razão prática não faz parte das coisas que só podem ser realizadas perfeitamente, ou não. Ela pode ser realizada na maior medida possível, e essa aproximação traz juntamente uma correção aproximada. (ALEXY, 2010, p. 173-175).

Não é irrazoável afirmar que, em se tratando de razão prática, é muito difícil criar mais métodos de diminuição da arbitrariedade do que Alexy.

1.3.10 Alguns Aspectos da Abordagem Alexyana Acerca da Relação entre Direito e Moral

Para solucionar as críticas acima apresentadas ao conceito de princípios de Robert Alexy, são possíveis duas abordagens: a da conexão entre direito e moral (em maior grau) e a da teoria da argumentação jurídica (em menor grau). Aqui, longe de se buscar trazer todas as respostas para um dos grandes problemas de pesquisa do Direito (“qual a relação entre direito e moral?”), busca-se, de maneira instrumental, colacionar algumas das ideias de Robert Alexy acerca do tema, com fulcro de defender a teoria dos direitos fundamentais como utilizada nesta pesquisa.

Prosseguindo, em diversos artigos e livros, Alexy estudou a relação entre direito e moral sob os mais diversos aspectos. Nessas linhas, traremos principalmente a ideia da conexão necessária entre direito e moral.

É importante trazer um dos respaldos de Alexy²⁸ (2009, p. 48-92) entre o direito e a moral. O autor alemão (2009, p. 31), utilizando um de seus diversos critérios ilustrativos, entende como possíveis dois tipos diferentes de conexão entre o direito e a moral: a conexão *classificadora* e a conexão *qualificadora*. A primeira existe quando uma determinada norma ou um determinado sistema de normas não passam por um critério moral, sendo, portanto, classificados como sistemas não-jurídicos. De outro lado, a conexão é *qualificadora* quando

²⁸ Para mais detalhes e a resposta às críticas, conferir Alexy (2001; 2000) e Patterson (2012).

normas ou sistemas de normas não satisfazem critérios morais, sendo qualificados, portanto, como juridicamente imperfeitos.

Alexy (2009, p. 33) prossegue salientando que, no tratamento acerca do positivismo jurídico, estuda-se a existência de uma conexão *classificadora* entre direito e moral. Ou seja, questiona-se se a existência de uma norma imoral elimina o caráter jurídico desta norma ou até do próprio sistema. Aqueles que buscam responder “sim” a esta pergunta apoiam-se no chamado *argumento da injustiça*, que será abordado mais à frente, em conjunto com a concepção discordante de Alexy em relação à conexão *classificadora* entre direito e moral.

A ideia de Alexy embasa-se na *pretensão de correção*, a qual se sustenta sob três bases: a da correção, a da injustiça e dos princípios.

No que se refere à primeira base, Alexy (2009, p. 43-44) visualiza que dentro de cada sistema jurídico existe, ínsita, uma pretensão de correção. Ou seja, sistemas de normas que não contenham uma pretensão à correção explícita ou implícita não poderiam ser considerados jurídicos. Ele utiliza um exemplo hipotético:

[...] trata-se do primeiro artigo de uma nova constituição do Estado X, onde uma minoria oprime uma maioria. A minoria gostaria de gozar mais amplamente das vantagens da opressão da maioria, mas também gostaria de ser honesta. Sua assembleia constituinte vota, portanto, como primeiro artigo da constituição a seguinte norma:

(1) X é uma república soberana, federal e injusta.

Este artigo da constituição tem um defeito. A questão é saber onde ele se encontra. (ALEXY, 2009, p. 44)

Alexy (2009, p. 45-46) defende, neste ponto, a existência de uma imperfeição moral na Constituição deste Estado X, uma vez que no interior de uma legislação constitucional deve existir *necessariamente* uma pretensão à correção. Portanto, ficaria demonstrada uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral.

Contudo, o mesmo autor (47-48) cita duas objeções que poderiam ser feitas a esta tese: i) o não cumprimento da pretensão à correção fundamentaria, no máximo, a existência de uma conexão *qualificadora* e não de uma *classificadora*; ii) a pretensão à correção tem um conteúdo trivial, sem implicações morais. A essas objeções, o autor utiliza dois argumentos, respectivamente, o da injustiça e o dos princípios (segunda e terceira base de seu argumento geral, da conexão necessária entre direito e moral).

De acordo com Alexy, o mais famoso dos argumentos de injustiça é de Radbruch (apud ALEXY, 2009, p. 34):

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deve ceder lugar à justiça.

Este argumento da injustiça foi atacado por Hart. Uma das sustentações de Hart é a segurança jurídica, tendo em vista que a aplicação do argumento da injustiça levaria a uma perda da qualidade jurídica, levando, ultimamente, a uma anarquia. Todavia, é possível refutar este argumento, ao observarmos que ele deixa de notar que a tese da injustiça só tem aplicação nos *casos de injustiça extrema*, e não em todos os casos. Como bem salienta Alexy, a aplicação apenas em casos de injustiça extrema, de fato, leva a uma perda mínima de segurança jurídica. Contudo, deve ser considerado que não há princípios absolutos (para Alexy), motivo pelo qual a troca de um mínimo de segurança jurídica por maiores doses de justiça parece deveras aceitável (ALEXY, 2009, p. 62-64).

De outro viés, o argumento da efetividade pauta-se na noção de que seria uma ingenuidade acreditar que uma definição não positivista do direito²⁹ poderia ter algum efeito contra a injustiça legal. Nesta linha, os que se pautam no raciocínio da efetividade (positivistas) teriam uma postura crítica perante o direito, enquanto que os não positivistas correriam o risco de realizar uma identificação de normas jurídicas com exigências morais, de forma acrítica (ALEXY, 2009, p. 57).

Alexy (2009, p. 59) defende-se dizendo que o problema da legitimação acrítica só acometeria os não positivistas que sustentam uma vinculação forte entre direito e moral (o que não é o caso dos defensores do argumento da injustiça radbruchiano). Para estes, normas imorais e injustas também são direito, desde que não sejam extremas.

Por último, o fundamento dos princípios, de suma importância para que este trabalho científico complemente sua sustentação teórica.

²⁹ Não positivista seria aqui qualquer entendimento de conexão entre Direito e Moral.

Alexy inicia seu raciocínio apontando que nos atuais sistemas jurídicos é nítida a existência de princípios³⁰. Contudo, aos críticos seria possível sustentar que os princípios não são de conteúdo moral e sim direito positivo, simplesmente. (ALEXY, 2009, p. 90-91).

No entanto, o mesmo autor (2009, p. 91-92) advoga a ideia de uma conexão necessária *fraca* entre direito e moral, isto é, existe a conexão necessária entre o direito e uma moral *qualquer* fundamental e não uma moral correta (esta seria a versão *forte*). Da mera presença de princípios no sistema jurídico já se extrai a conexão necessária *fraca* entre direito e moral.

Alexy refuta a concepção de uma *moral correta conteudística*, lembrando, inclusive, o exemplo da moral nazista (como uma moral conteudística) como um dos perigos da defesa de uma conexão necessária entre o direito e uma moral correta (ou específica). Ele sustenta que existe sim a conexão entre o direito e a *ideia de uma moral correta fundamentada*. A noção de moral correta fundamentada relaciona-se com um ideal regulativo, um ponto a ser ambicionado, uma dimensão ideal vinculada ao direito (ALEXY, 2009, p. 96-97).

Nessa linha, como salienta Thomas Bustamante (2010, p. 612-616), ao explicar Alexy, *os princípios acabam constituindo uma institucionalização imperfeita da moral*, já que estabelecem um fim a ser buscado, embora na máxima medida possível. Esta conexão entre o discurso jurídico e o discurso moral acontece porque o conteúdo desses princípios é determinado por uma argumentação construtivista que segue pautas morais.

Isto delineado, a partir da base teórica delineada nos estudos de Robert Alexy, discorre-se, nas linhas seguintes, sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de modo a sustentar sua existência no âmbito brasileiro e examinar o seu modo de aplicação.

³⁰ Tal afirmação parece difícil de refutar com o caso brasileiro e alemão sendo emblemáticos neste sentido.

2 APLICABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, grosso modo, é a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ela difere da eficácia vertical, que é a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particular e Estado (STEINMETZ, 2004, p. 21). Esta concepção causa transtornos à doutrina por não ser, na maioria dos ordenamentos, prevista constitucional ou legalmente.

Além disso, mesmo nos locais em que se admite sua presença, o *modo* de aplicação ainda atormenta os intérpretes. Neste capítulo, buscar-se-ão alguns embasamentos.

Na Constituição da República Federativa do Brasil não há, de maneira explícita, menção expressa à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, diferentemente de outras Cartas Constitucionais. Destas, pode-se citar a portuguesa (artigo 18), a russa (artigo 17) e a suíça (artigo 35). Porém, mesmo nestes países em que há previsão explícita da eficácia horizontal, ainda existem dúvidas sobre o alcance desta eficácia (ANDRADE, 2003, p. 223-244).

No Estado brasileiro, por não haver esta previsão de forma expressa, é preciso que se interprete se dentro de nossa Constituição é possível inferir acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, utilizando-se, prioritariamente, a ideia de direitos fundamentais atribuídos.

De vários dispositivos e construções teóricas é possível extrair a validade da aplicação dos direitos fundamentais ante os particulares. Ela será comprovada nos três tópicos subsequentes.

2.1 SUPREMACIA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Em nossa Carta Política, o princípio da supremacia da Constituição emana da noção de que a Constituição está no vértice do sistema jurídico nacional, conferindo validade ao mesmo, legitimando os poderes políticos na medida em que ela os reconhece e lhes atribui competências (SILVA, 2003, p. 45; DIREITO, 1997).

A supremacia da Constituição deriva, outrossim, do entendimento de que a Constituição Brasileira é rígida, vez que isso autoriza o controle de constitucionalidade como entendido no Brasil.

A conseqüência prática de uma supremacia da constituição está vinculada diretamente à obrigatória obediência das leis ordinárias às prescrições constitucionais. É inconstitucional, portanto, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis com a Constituição (DIREITO, 1997).

A ideia de supremacia da constituição também deve estar ligada ao conceito de Constituição: constituição como moldura ou constituição como fundamento. Esta discussão ainda é fortemente travada na Alemanha por autores como Böckenförde, Hain, Isensee, Alexy, entre outros.

Na constituição-moldura, a constituição não restringe a competência legislativa do legislador, apenas exige que o mesmo respeite as previsões procedimentais constitucionais (ALEXY, 2008a, p. 580). O contraponto seria uma constituição-total, a moldura preenchida, a constituição-genoma (como descrita por Forsthoff³¹). Neste tipo de texto constitucional, prever-se-iam proibições e determinações para todas as decisões legislativas imagináveis. Seria uma espécie de constituição-dirigente, na qual as decisões legislativas não são livres, e deveriam seguir a ordem do constituinte originário (ALEXY, 2008a, p. 581-582). A esta ideia de Constituição não nos filiamos, por trazer inúmeros problemas, como: a) qual era a vontade do Constituinte? b) fortalecimento excessivo do Judiciário em detrimento do Legislativo.

Neste sentido, a ideia de princípios como mandamentos de otimização não se coaduna com a ideia de constituição-total e nem com a de constituição-moldura. Contudo, existe um terceiro modelo, o material-procedimental, em que existem espaços facultados (pela moldura) e vedados ao legislador (ideia advinda da constituição-total).

Assim, existem espaços constitucionalmente necessários; espaços constitucionalmente impossíveis; e espaços constitucionais *meramente possíveis* (ALEXY, 2008a, p. 583). O espaço contido na zona do “constitucionalmente possível” pode ser preenchido pelo legislador e pelos particulares, desde que não viole as proibições (ALEXY, 2008b, p. 77-80). Ou seja, uma moldura.

Prosseguindo, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 120-122) aponta que a noção de mandamento de otimização alexyano impõe uma ideia regulativa,

³¹ Forsthoff (apud ALEXY, 2012, p. 577-578) sarcasticamente denominou este modelo de constituição como “constituição como genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre”.

uma guia argumentativa, por não existir uma única resposta correta no que diz respeito aos direitos fundamentais (diferentemente do postulado por Dworkin).

Nesta linha, a Constituição, indicaria o seguinte: os particulares podem preencher os espaços deixados em aberto pelo constituinte, da mesma forma que o legislador. Neste caso, o papel dos direitos fundamentais não é dominar amplamente a esfera dos particulares, mas sim, delimitar o espaço de atuação destes, entrando quando estes violam os direitos fundamentais de maneira frontal. Este espaço será analisado mais à frente.

Por isso, sabendo que é o texto constitucional que atua como pedra angular de todo o resto do ordenamento jurídico, e mais, sabendo que ele determina certas condutas no âmbito social, cultural e econômico, nada mais natural que pretender que suas ordens também vincularão os particulares quando estes estiverem transacionando (STEINMETZ, 2004, p. 103-104).

Assim, da própria noção de supremacia da constituição, é possível extrair-se, de forma atribuída, que os direitos fundamentais vinculam também os particulares.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Noutro ponto, desenha-se, a seguir, a fundamentação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais a partir da concepção da dignidade da pessoa humana.

O respeito à dignidade humana possui íntima relação com a ideia kantiana do imperativo categórico, positivada de maneira pioneira tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³² como na Lei Fundamental de Bonn de 1949³³.

O impacto dos conflitos mundiais e da experiência trágica da barbárie nazista foi o que levou à proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e à promulgação da Lei Fundamental de Bonn. Como salienta a filósofa Hannah Arendt (2000), em seu estudo acerca da *banalidade do mal*, as experiências da 2ª Guerra Mundial levaram a uma busca do sentido humano, da dignidade

³² Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

³³ Artigo 1º - (1) A dignidade do homem é intocável. (2) Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal.

humana. Esta questão mostra-se atual frente ao recrudescimento da violência urbana, dos conflitos relacionados à exploração humana e à sujeição das minorias aos crimes de ódio (GODOY E GARCIA, 2011).

Nesta linha, as abordagens do conceito de dignidade humana crescem em importância. Atualmente estamos diante de um momento de reflexão acerca da destruição dos recursos naturais e da sobrevivência da própria espécie humana, sendo que isto demanda uma ética fundada em uma corresponsabilidade pelo futuro. Assim, o sentido e a solidariedade humanas apresentam-se como dois aspectos indissociáveis na concepção de dignidade humana (GODOY E GARCIA, 2011).

Entre nós, brasileiros, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República, devendo ser considerada um valor espiritual e moral, inerente ao homem, trazendo consigo a pretensão do respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se ao mínimo que o ordenamento jurídico deve assegurar. De acordo com Alexandre de Moraes (2005, p. 16), a dignidade humana como direito fundamental impõe que limitações aos direitos fundamentais ocorrerão somente em casos excepcionais, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem os seres humanos.

Como explicita Bodin de Moraes, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana tornou-a fundamento da ordem jurídica, da mesma maneira que já o era para a ordem moral (através do imperativo categórico kantiano) (MORAES, 2003, p. 110; GODOY E GARCIA, 2011, p. 57).

A dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia apriorística do que é o homem (SILVA, 2003d, p. 105).

Conforme preclaro entendimento de Sarlet (2011, p. 87-89), a dignidade da pessoa humana tem caráter dúplice, ou seja: é regra e princípio ao mesmo tempo³⁴. É possível concordar com Ingo Sarlet (2011, p. 88) também quando afasta entendimento de Rizzato Nunes (2007, p. 05-17) de que o princípio da dignidade, por sua importância, deve ser tratado como absoluto, já que o próprio reconhecimento de um princípio absoluto já faria cair por terra toda a criação teórica em torno da teoria dos princípios de Robert Alexy, pilar teórico da presente pesquisa.

³⁴ Conclusão semelhante à de Ana Paula de Barcellos em sua dissertação de mestrado (2002, passim).

Nesta linha, entende-se, à semelhança de Sarlet (2011, p. 131), que a dignidade, como princípio, postula, *prima facie*, um impedimento ao Poder Público de violar a dignidade pessoal, implicando, ademais, uma meta ao Estado de proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos. Por isso, obviamente, todos os órgãos e funções estatais encontram-se vinculados à dignidade da pessoa humana. O dever de proteção ligado à dignidade leva também ao entendimento de que o Estado deve tutelar a dignidade dos cidadãos de maneira a protegê-la, inclusive de agressões de outros cidadãos (ou pessoas jurídicas). Esta noção liga-se à constatação de que atualmente não só os poderes estatais violam a dignidade, como também, e cada vez mais, os poderes privados e sociais também o fazem. Isto é, o dever de dignidade alcança (deve alcançar) os particulares.

Maria Celina Bodin de Moraes entende que a Carta Magna conclama que nas relações privadas as quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecendo ao corolário da dignidade humana como valor cardeal do sistema (MORAES, 2003, p. 105-148). Ou seja, a dignidade da pessoa humana deve constituir o princípio que incorpora a exigência de justiça e ética, conferindo suporte axiológico ao ordenamento jurídico brasileiro, assumindo especial prioridade (PIOVESAN, 2009, p. 449-464).

Soromenho-Pires (2011, p. 157-186) aponta ainda que seria ilógico que os direitos fundamentais, erigidos a partir da noção da dignidade humana, situados na base de toda a sociedade, tenham sua eficácia limitada no que diz respeito aos indivíduos.

De tudo isso, sabendo-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), é razoável pensar que a dignidade humana autorizaria que os direitos fundamentais sejam oponíveis também perante os particulares.

Desta forma, é possível retirar do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana um direito fundamental atribuído de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: “a dignidade da pessoa humana é protegida de qualquer violação por parte do Estado, sendo protegida também nas relações entre particulares.” Os matizes e gradações da eventual aplicação da dignidade da pessoa humana nas relações privadas serão analisadas em momento posterior.

2.3 APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Também outro dispositivo constitucional que autoriza a interpretação de que os direitos fundamentais também vinculam os particulares é a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, estatuída no artigo 5º, 1º da Constituição Brasileira³⁵. Decorre deste texto normativo que os poderes públicos estão imediatamente vinculados aos direitos fundamentais.

Seria possível afirmar que este dispositivo não autoriza a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Contudo, alguns direitos fundamentais já vinculam diretamente os particulares, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, entre outros diversos. Por isso, seria um disparate dizer que as normas de direito fundamental não vinculam, imediatamente, também os particulares (STEINMETZ, 2004, p. 123).

Gebran Neto (2002, p. 164) destaca que a incidência de direitos fundamentais nas relações particulares deve ser lida dentro do sistema constitucional, o qual comanda tanto ordem pública como a ordem privada.

Se porventura fosse compreendido o art. 5º, §1º como apenas menção ao Poder Público, seria possível a incorreta afirmação que o direito de resposta, proporcional ao agravo (art. 5º, V), só pode ser oponível ao Estado, pelo fato da Constituição Brasileira, diferentemente de outras constituições (como a alemã), não ser expressa no que diz respeito à vinculação apenas dos entes públicos aos direitos fundamentais,

Desta maneira, retira-se da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais a seguinte norma de direito fundamental atribuída: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, para o Poder Público e para os particulares”.

Portanto, sem embargo de outros fundamentos, que também poderiam ser aventados, esta é a fundamentação no direito positivo brasileiro da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

³⁵ Art. 5º, §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.4 AS TEORIAS DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASILEIRO

Nos itens anteriores buscou-se demonstrar que se extrai da Constituição brasileira, de maneira atribuída, a extensão dos direitos fundamentais aos particulares. Contudo, é cediço que os direitos fundamentais individuais foram criados para proteger os particulares do Estado e que estes particulares são titulares também de direitos fundamentais entre si. Disto retira-se outro aspecto do problema: se os particulares são titulares de direitos fundamentais entre si, de que maneira estendem-se, entre eles, os direitos fundamentais? Até que ponto deve ir esta extensão, esta aplicabilidade?

Este é um questionamento importante, porque como apontado nas críticas de Forsthoff à “jurisprudência dos valores”, insito a esta aplicabilidade existiria um risco de se tiranizar, limitar a autodeterminação dos indivíduos. Já concluímos que os direitos fundamentais devem aplicar-se aos particulares no âmbito do território brasileiro. Contudo, é necessário um aprofundamento para que se entenda em que grau isso ocorre.

É um tema pelo qual a doutrina e a jurisprudência de outros países já se debruçaram. Recentemente a doutrina brasileira tem se interessado pelo tema. A semelhança entre a doutrina internacional e a brasileira é a absoluta falta de consenso. Criaram-se algumas teorias, as quais serão analisadas neste momento.

A discussão acerca deste tema (como a da maioria dos temas de direitos fundamentais) teve seu início na Alemanha, em meados dos anos 1950 (STEINMETZ, 2005, p. 11-53). Canaris (2003, p. 223-244) aponta o início da discussão na doutrina alemã como sendo o emblemático caso Lüth. Após a prolação da decisão do caso Lüth, a doutrina alemã passou a tentar sistematizar a ideia da aplicabilidade dos direitos fundamentais frente aos particulares.

As principais teorias cunhadas são: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata, teoria da imputação do Estado e a teoria integradora de Robert Alexy (STEINMETZ, 2004, p. 137-ss). Todavia, antes de passar à análise das teorias originadas na Alemanha e suas contrapartes brasileiras, estudar-se-á a doutrina da aplicabilidade horizontal nos Estados Unidos, onde também se mostra polêmica.

2.4.1 A Doutrina da “State Action” nos EUA

Diferentemente dos países com tradição de *civil Law*, nos Estados Unidos a tese dominante parece ser a da não vinculação dos particulares a direitos fundamentais, como salienta Sarmiento (2010, p. 189). Para o autor, a não vinculação é praticamente unânime dentro da doutrina e da jurisprudência estadunidenses. Esta posição é coadunada por Jane Pereira (2003, p. 119-192).

A linha-mestra desta (suposta) não vinculação advém de uma grande e tradicional preocupação com a autonomia individual. Sarmiento (2010, p. 189) cita Laurence Tribe:

[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar [...].

Sarmiento (2010, p. 90) relata que no século XIX ficaram assentadas duas premissas no âmbito da Suprema Corte americana, postura que ficou conhecida como *state action*: i) os direitos fundamentais vinculam apenas o Poder Público; ii) o Congresso Nacional estadunidense não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, visto que essa competência é exclusiva do legislador estadual. Pontua ainda o professor da UERJ (2010, p. 190) que a primeira premissa permanece inalterada, apesar de em algumas ocasiões ter sido atenuada, enquanto a segunda premissa mostra-se superada, sendo o seu ápice o *Civil Rights Act*³⁶ de 1964.

Gardbaum³⁷ (2003) infere que a doutrina e a jurisprudência americanas acerca do tema vem há muito tempo embasadas na *state action* e que, à exceção da 13ª emenda (proibição da escravidão), a Constituição só vincularia os atores governamentais.

Um bom entendimento da doutrina da *state action* americana pode ser realizado através da leitura de alguns *leading cases*, os quais introduziram a noção de *state action*³⁸, *public function*³⁹ e seus pontos mais importantes. Portanto,

³⁶ Para mais detalhes sobre o Civil Rights Act e seu impacto no Bill of Rights norte-americano, conferir Tribe, 2000, *passim*.

³⁷ Para uma visão mais comparativa da *state action*, ver Gardbaum (2006).

³⁸ Tradução livre: Ação estatal.

³⁹ Tradução livre: função pública.

serão descritos - de maneira breve - dois casos: *Shelley v. Kraemer* (principal e mais controverso caso da aplicabilidade horizontal nos EUA); *Marsh v. Alabama*; e *Moose Lodge Number 107 v. Irvis* (exemplos da contraditória aplicação da *public function*).

O caso *Shelley v. Kraemer*⁴⁰ diz respeito aos casais Shelley e Kraemer. Os Shelley, de etnia negra, e os Kraemer, de etnia branca. O casal Shelley adquiriu uma propriedade no mesmo loteamento (localizado em Saint Louis, Missouri) onde residiam os Kraemer, desconhecendo os compradores da existência, entre os ‘fundadores’ do loteamento, de uma cláusula que proibia a venda a não-brancos. A compra dos Shelley foi contestada judicialmente pelos Kraemer, os quais alegaram a existência de violação contratual.

A Suprema Corte do Estado do Missouri entendeu que a compra havia sido ilegal, por violação ao dispositivo contratual e por não violação à *equal protection clause*⁴¹ (14ª emenda). O caso chegou à Suprema Corte e esta, de maneira engenhosa, entendeu que, *per se*, uma cláusula contratual racista não violaria a Constituição por não haver ação estatal (*state action*) envolvida, contudo, a sua manutenção por um Tribunal tornaria a violação estatal, motivo pelo qual foi revista a decisão do Missouri e mantida a venda ao casal Shelley (SARMENTO, 2010, p. 192; GARDBAUM, 2005; SILVA, 2011, p. 100).

No caso *Marsh v. Alabama*, Grace Marsh, testemunha de Jeová, tentou distribuir material religioso na cidade de Chickasaw, Alabama. Chickasaw não era uma cidade nos moldes usuais da palavra, e sim, um punhado de terras de propriedade de uma corporação privada, a qual negou o direito de Marsh de fazer proselitismo religioso. Neste caso, a Suprema Corte acabou por entender que a corporação, ao manter uma “cidade”, equiparava-se ao Estado, havendo ali *state action*, sendo sua ação, portanto, inconstitucional.

Entretanto, no caso *Moose Lodge Number 107 v. Irvis*, Leroy Irvis, um cidadão negro teve atendimento recusado por funcionários de um restaurante por ser negro (o restaurante pertencia a um clube exclusivo para homens brancos). Irvis ajuizou ação afirmando que a negativa de atendimento violava a *equal protection clause*, salientando a existência de ação estatal, uma vez que existia um alvará que autorizava a venda de bebidas no local, concedido pelo estado da

⁴⁰ Para uma análise de *Shelley v. Kraemer* sob uma ótica da função social da propriedade, ver Rose (2003).

⁴¹ A “*equal protection clause*” pode ser entendida como uma cláusula geral de igualdade, uma vedação à discriminação dos cidadãos. Ficou associada com a abolição da escravatura.

Pensilvânia. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a recusa do restaurante em servir Leroy Irvis não violava a *equal protection clause*, já que a mera concessão de alvará para venda de bebidas não caracterizava uma *state action*.

Da leitura destes casos, percebe-se como é errática a posição da Suprema Corte estadunidense. Em contraposição à exposição de Sarmiento, Gardbaum (2003) menciona que os juristas do direito comparado acabaram por ver na doutrina americana da *state action* uma estrita negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que esse professor entende como um grande equívoco.

Gardbaum visualiza, de maneira ímpar e, de certa forma isolada na doutrina, que o sistema estadunidense acaba sendo mais “invasivo” da liberdade contratual do que o de outros países. Para o autor existem quatro questões fundamentais a serem respondidas no âmbito da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, quais sejam: 1) Os direitos fundamentais aplicam-se aos atos judiciais ou apenas aos Poderes Legislativo e Executivo? 2) Apenas o direito público está vinculado à Constituição ou também o está o direito privado? 3) Apenas o direito positivo está vinculado à Constituição, ou também o está o direito costumeiro? 4) A Constituição aplica-se em litígios envolvendo particulares ou ela aplica-se apenas nos litígios particular x Estado?

Para Gardbaum, nos EUA somente o primeiro questionamento é respondido pelas Cortes e, ainda, da seguinte maneira: direitos fundamentais somente podem ser opostos perante o Estado, ou se junto da ação privada houver uma ação estatal (*state action*).

Este autor identifica alguns eixos lógicos no labiríntico raciocínio da Suprema Corte americana. O primeiro é o teste da *public function* (função pública), no qual se busca analisar se o ator privado exerce alguma função tradicionalmente reservada ao Estado. Caso positivo, existe *state action* e vinculação do particular a direitos fundamentais. Todavia, é de se salientar que a visão da Suprema Corte de *public function* vem mostrando-se estreita, como nos casos favoráveis à *state action*, como *Marsh v. Alabama* e *Johnson v. Knowles* e desfavoráveis, como *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* e *Rendell Baker v. Kohn*.

O segundo eixo é o oposto: o Estado está de maneira significativa ou relacionado ou até mesmo participando das ações privadas? Se esta relação é encontrada, as ações serão entendidas como estatais, com aplicação de direitos

fundamentais. Um exemplo favorável foi o caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*, sendo um desfavorável o caso *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*

O terceiro eixo torna o Estado responsável pelas ações privadas, quando este as encorajou (de forma aberta ou oculta). Alguns casos referem-se à autorização estatal ou até aprovação. O *leading case* deste “eixo” foi *Reitman v. Mulkey*. O caso versava sobre uma Emenda à Constituição da Califórnia proibindo qualquer ação governamental de interferência no direito dos particulares alienarem bens imóveis de sua propriedade a qualquer pessoa. A emenda praticamente invalidaria grande parte da legislação anti-discriminação então vigente naquele Estado da Federação americana. Por cinco votos a quatro, a Suprema Corte entendeu que uma legislação permissiva da discriminação constituía *state action*, e, portanto, violava o direito fundamental de igualdade (*equal protection clause*).

O quarto eixo de decisão na Suprema Corte mescla-se, muitas vezes, com o terceiro eixo. Para esta linha de raciocínio, decisões de um Tribunal que determinam cumprimento de determinadas ações privadas podem ser consideradas como *state action*. Um bom exemplo aqui é o caso *Shelley v. Kraemer*, já abordado. Gardbaum (2005) salienta que este é um dos casos mais controversos da história constitucional americana, vez que sinaliza uma possível análise constitucional de toda e qualquer ação privada, violando a ideia principal da doutrina da *state action*.

Gardbaum (2005), buscando rechaçar a ideia de ineficácia horizontal dos direitos fundamentais nos EUA, assevera que a posição da jurisprudência estadunidense não adere apenas à ideia de direitos fundamentais verticais (ou a qualquer posição tradicional). Ela adere à posição de que qualquer direito, seja costumeiro ou positivo, público ou privado, codificado ou judicial, é direta e totalmente sujeito à Constituição. Ademais, não seria para ele necessário que se supere o teste da *state action*, sendo que o único ponto genuíno de debate deve ser a constitucionalidade ou não do ato privado, a qual Gardbaum nomeia de efeito indireto forte.

No entanto, a posição de Gardbaum mais parece uma débil defesa da errática e confusa doutrina da *state action* do que realmente uma efetiva demonstração da posição norte-americana. O autor parece navegar num entendimento utópico do que deveria ser feito nas decisões da Suprema Corte, e não em uma descrição do que foi efetivamente decidido. Nisto, ele acaba por ignorar

o decisionismo errático dos julgados acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais nos EUA, e a ausência de um padrão, de um *standard*, por parte dos *Justices*⁴².

Convém destacar a pesada crítica de Erwin Chemerinsky à doutrina da *state action*. Em artigo publicado em 1985, o então professor da University of South Califórnia (USC) apontou o comportamento randômico da Suprema Corte no que diz respeito à *state action*, citando o caso *Shelley v. Kraemer* como exemplo. Chemerinsky aponta que o precedente *Shelley* sinalizaria para uma ampla proteção de direitos fundamentais nas relações privadas, tendo em vista que a tutela de uma violação por um tribunal constituiria propriamente uma *state action*. O problema é que a Suprema Corte deixou de aplicar este precedente, criando novos padrões decisórios de forma absolutamente contraditória (CHEMERINSKY, 1985, p. 523-526).

Em seu profundo estudo, o professor Chemerinsky aponta a inconsistência da doutrina da *state action* sob a ótica positivista, jusnaturalista e do consenso social. Na ótica positivista, a *state action* não se sustenta já que:

There is no basis for limiting the Constitution's protections to *state action*. Under positivism, all rights are derived from the government. There is no inherently private realm of individual behavior. Everything that is allowed occurs because of the decision of the state not to prohibit the activity (CHEMERINSKY, 1985, p. 527).⁴³

Sob a ótica jusnaturalista também não:

Hence, under natural Law theories, denials of liberty occur because of state fails to fulfill its responsibility to provide redress for rights violations . Therefore, the state is culpable for every private action depriving a person of constitutionally protected freedoms (CHEMERINSKY, 1985, p. 531).⁴⁴

⁴² É óbvio que Stephen Gardbaum não ignora as idiosincrasias da jurisprudência americana. Ele inclusive descreve diversos casos contraditórios. Contudo, para sustentar sua tese, ele acaba por ignorar isto na sua conclusão, buscando defletir as críticas que o modelo americano recebe dos constitucionalistas do direito comparado.

⁴³ Tradução do autor: "Não há qualquer lógica para que a proteção constitucional limite-se à doutrina da *state action*. Sob o positivismo todos os direitos originam-se do governo. Não há nenhum local privado de comportamento individual. Tudo que é permitido, é permitido por uma decisão estatal de não proibição."

⁴⁴ Tradução do autor: "Logo, para os teóricos do direito natural, as negativas de liberdade ocorrem porque o Estado falha na sua responsabilidade de proteger os cidadãos das violações de direitos. Portanto, o Estado é culpável pelas ações privadas que retirem da pessoa liberdades públicas constitucionalmente protegidas."

Ou sob a ótica de consenso social.

In sum, under consensus theory, rights are safeguarded in order to protect valued activities and freedoms. Any infringement – be it by the government or by private parties – sacrifices what is valued and offends the consensus (CHEMERINSKY, 1985, p. 534).⁴⁵

O professor da USC descreve os dois ainda permanentes pilares da *state action*: i) preservação de uma zona de autonomia privada; ii) preservação da autonomia dos Estados. Ele critica o primeiro porque a proteção de uma autonomia acaba por violar um direito fundamental de terceiro, sendo desejável apenas para o violador (CHEMERINSKY, 1985, p. 536-542). Opõe-se ao segundo, dizendo que a autonomia dos Estados não pode justificar violação de direitos (CHEMERINSKY, 1985, p. 543-546).

Em suma, Chemerinsky (1985, p. 549-551) propõe o fim da aplicação da doutrina da *state action*. Sublinha que a Constituição foi criada para corporificar e celebrar valores, bem como para inculcar aceitação a estes valores à população, motivo pelo qual não podem ficar fora da proteção constitucional as ações privadas. Sua proposição é no sentido de que – essencialmente – o Judiciário realize um *balancing test* (teste de ponderação) dos direitos do violador e da vítima, retirando da equação o teste da *state action* (CHEMERINSKY, 1985, p. 551).⁴⁶

No que se refere à *state action*, Steinmetz (2004, p. 181), de maneira arguta, considera que, apesar da engenhosidade da doutrina, a mesma não poderia encontrar eco no direito constitucional brasileiro, sabendo que nossa Constituição tem valores diametralmente opostos à constituição estadunidense, a qual tem óbvia orientação liberal, ao contrário da nossa, que possui disposições liberais e não liberais.

Além disso, Silva também pontua que a jurisprudência estadunidense aplicadora da *state action* (especialmente julgados da *Supreme Court*) é casuística, acriteriosa, utilizadora de diversos artifícios argumentativos quando deseja invalidar um ato de um particular, ou quando deseja o contrário (SILVA, 2003, p. 128-130).

⁴⁵ Tradução do autor: “Em suma, sob a teoria do consenso social, direitos são salvaguardados para que atividades e liberdades públicas tidas como valiosas sejam protegidas. Qualquer violação – seja pelo governo ou por atores privados – sacrifica os valores sociais e ofende o consenso.”

⁴⁶ Percebe-se aqui que a tese de Erwin Chemerinsky aproxima-se da solução dada pela teoria dos princípios de Alexy à colisão entre princípios (ponderação).

Neste diapasão, chega-se a algumas considerações conclusivas acerca da *state action*.

Diferentemente da compreensão adotada por Sarmento, a doutrina da *state action* não equivale à ineficácia horizontal dos direitos fundamentais. Como sublinha Virgílio Afonso da Silva, com razão, o teste da *state action* age como um pretexto para o Tribunal decidir de maneira arbitrária (2010, p. 102).

Neste alvitre, apesar da apaixonada e bem fundamentada defesa feita por Gardbaum, Chemerinsky elucidou, com argúcia, que a *state action* não se sustenta de nenhuma maneira, devendo ser afastada em prol de um outro sistema (ele pugna por um sistema simples de ponderação). Nossa posição acerca do melhor sistema será vista em linhas posteriores.

2.4.2 Teoria da Eficácia Mediata/indireta

Esta teoria foi criada e defendida pelo jurista alemão Günther Dürig, sendo, ultimamente, acolhida pela jurisprudência da corte constitucional alemã (PEREIRA, 2003, p. 119-192; NEUNER, 2003, p. 245-269). Luis Roberto Barroso (2009, p. 51-92) explica a teoria da eficácia mediata como sendo aquela em que, num primeiro plano, o legislador realiza, por meio de norma infraconstitucional, uma restrição à autonomia da vontade, sendo que a atuação judicial ocorre em um segundo plano.

Steinmetz (2005, p. 21) aprofunda o ensinamento de Barroso, dizendo que no caso de inexistência de regulação legislativa específica acerca do caso, cabe ao magistrado, perante o caso concreto, na invocação das cláusulas gerais⁴⁷, aplicá-las em conformidade com os valores previstos no texto constitucional.

Na doutrina alemã havia grande preocupação que, caso se entendesse pela aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, ocorressem diversos problemas, tal como um esvaziamento do direito civil, o qual passaria a ser preenchido pelo constitucional e mais, que se inviabilizaria autonomia

⁴⁷ As cláusulas gerais são normas que não prescrevem uma conduta específica, mas simplesmente definem valores e parâmetros hermenêuticos, servindo assim como um *topos* interpretativo, oferecendo ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas, cfr. TEPEDINO, 2002. p. 19.

privada, tão importante para individualização do cidadão numa sociedade de massas. Estas críticas serão pormenorizadas futuramente.

A ideia por trás da teoria da eficácia mediata ou indireta é uma proteção de um direito geral à liberdade. A eficácia indireta, portanto, seria um contraponto a um modelo de efeitos *diretos e/ou absolutos*⁴⁸, o qual limitaria a autonomia privada de forma indevida. O principal proponente desta teoria foi Günther Dürig, sendo ultimamente acolhida pela jurisprudência da corte constitucional alemã (PEREIRA, 2003, p. 119-192; NEUNER, 2003, p. 245-269).

Dürig propôs uma dupla concepção dos direitos fundamentais: garantem direitos do cidadão contra o Estado e garantem a este cidadão a liberdade contratual e autonomia privada. Contudo, o entendimento de Dürig não é no sentido de uma liberdade contratual absoluta e sim, na direção de um direito privado influenciado pelos direitos fundamentais. Esta influência dar-se-ia por meio das cláusulas gerais. (SILVA, 2010, p. 76). Estas cláusulas gerais devem atuar como pontos de irrupção dos direitos fundamentais, mantendo, assim, o conflito no âmbito privado.

Judith Martins-Costa (2000, p. 306), grande estudiosa das cláusulas gerais no Brasil, enumera algumas características das cláusulas gerais, tais como: emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da “*fattispecie*” – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para que, a partir dele, sejam concretizadas as conseqüências normativas visadas.

A autora aprofunda mais sua ideia, apontando que as

Cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que “abre” o sistema jurídico para inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a “adequação valorativa”, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 341)

A civilista evidencia ainda que cláusulas gerais não equivalem a princípios, embora na maior parte dos casos os contenham em seu enunciado ou permitam a sua formulação. Ela menciona a dicotomia entre regras e princípios de Dworkin, porém a afasta por se tratarem de espécie normativa típica dos

⁴⁸ Os primeiros proponentes da eficácia mediata vislumbravam a eficácia imediata como uma defesa da aplicação de maneira absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

ordenamentos jurídicos de *common Law*. Outro elemento a afastar a semelhança entre princípios e cláusulas gerais seria o fato de que, por ser técnica legislativa, a cláusula geral não pode ser implícita ou não expressa, característica que o princípio pode conter (MARTINS-COSTA, 2000, p. 316; 318-319; 323).

Alguns exemplos de cláusula geral que a doutrina aponta no Código Civil são: a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

A principal ilustração da teoria da eficácia mediata é o caso Lüth, julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (já abordado no presente trabalho). Na decisão Lüth, o Tribunal Constitucional lançou as bases dogmáticas gerais dos direitos fundamentais na Alemanha, com a cunhagem da expressão “ordem objetiva de valores”, “efeito irradiante”, da “ponderação”, da “eficácia perante terceiros”. Em relação específica ao caso, a Corte Constitucional alemã concluiu que o tribunal inferior ignorara a influência que o direito fundamental à liberdade de expressão exercia na disposição acerca de bons costumes, prevista no Código Civil (ALEXY, 2008a, p. 535; MARTINS, 2005, p. 393-394).

A teoria da eficácia mediata, embasada na decisão Lüth, busca um meio-termo entre a não aplicabilidade e a aplicabilidade direta. A introdução de uma solução pelas cláusulas gerais causa este efeito: impede um total domínio do direito privado pelo constitucional, todavia, autoriza algumas intervenções em determinados casos.

Apesar de ser a teoria com mais ampla aceitação dentro da teoria constitucional europeia, a teoria da eficácia mediata também tem sido alvo de críticas. Acerca disso, podem ser descritas as seguintes: crítica à utilização da Constituição Federal como sistema de valores, uma vez que existe quem acredite que esta utilização poderia criar uma tirania dos direitos fundamentais, os quais passariam a determinar todas as relações jurídicas (SILVA, 2010, p. 90; p. 147). O mesmo autor também indica a insuficiência das cláusulas gerais como fonte de solução dos conflitos de direitos fundamentais e um eventual ferimento à autonomia do direito privado com a adoção da citada teoria da eficácia mediata (SILVA, 2010, p. 104-106).

Na mesma direção, Steinmetz (2004, p. 164) assinala que o preenchimento das cláusulas gerais pelo conteúdo jusfundamental ‘mistura’ o conceito de direitos fundamentais como princípios de Alexy com o conceito de princípios como cânones de interpretação, de Larenz e Bandeira de Mello.

Além disso, a opção de preenchimento das cláusulas gerais pelos direitos fundamentais advém da premissa de que as normas de direito privado são mais claras, previsíveis e seguras juridicamente do que as normas de direitos fundamentais, cuja aplicação dependeria menos de ponderações e mais de subsunções (STEINMETZ, 2004, p. 162).

No entanto, esta última argumentação padece quando mais pormenorizadamente estudada. Já foi tratado aqui da abertura estrutural e semântica dos enunciados de direitos fundamentais⁴⁹, o que poderia ser um argumento favorável à tese da eficácia mediata. Contudo, como salientado por Judith Martins-Costa (2000, p. 306), e acima citado, as cláusulas gerais também são semanticamente imprecisas, além de “abrirem o ordenamento jurídico para inserção de elementos extrajurídicos”.

Ora, além de o conceito de cláusula geral cada vez mais se aproximar do conceito de princípio⁵⁰ (mandamento de otimização), sua aplicação mostra-se também permeada de ponderações e insegurança jurídica. Portanto, o modelo de efeitos indiretos mostra-se também incorreto em sua formulação, conclusão similar à de Steinmetz (2004, p. 163-164).

2.4.3 Teoria da Eficácia Imediata/Direta

A tese da eficácia imediata/direta dos direitos fundamentais entre particulares foi inicialmente sustentada por Hans Nipperdey, então presidente da Corte Federal do Trabalho alemã, em meados dos anos cinquenta. Esta teoria embasa-se na ideia que as normas fundamentais operam eficazmente entre particulares, independente de regulação do legislador e, na grande maioria das vezes, são aplicadas pelo julgador (SARLET, 2004, p. 120).

Segundo Nipperdey, alguns direitos fundamentais vinculariam apenas o Estado, todavia, outros, por sua natureza, poderiam ser invocados diretamente entre particulares, sem qualquer mediação legislativa envolvida, possuindo oponibilidade contra todos. A teoria de Nipperdey é justificada em dois alicerces: i) existem riscos para os direitos fundamentais originados tanto do Estado

⁴⁹ Isto foi abordado no primeiro capítulo. Para análise mais detida, conferir ALEXY, 2008a, p. 10-112.

⁵⁰ Aqui, é de se salientar que acreditamos que as cláusulas gerais nada mais são que uma espécie do gênero princípio jurídico. Contudo, por questões de espaço e temática, não é o momento de se estender nesta análise.

como dos poderes sociais e terceiros em geral; ii) A opção pelo Estado Social reconheceria esta realidade (SARMENTO, 2010, p. 204-205).

É de salientar que, apesar de parecer uma doutrina radical e propugnadora de uma aniquilação do direito privado, a tese da eficácia imediata possui diversos matizes, além de, em hipótese alguma, sustentar uma total e absoluta desconsideração da liberdade individual nas relações privadas.

Como aponta Daniel Sarmiento, apesar de não ter sido calorosamente aceita em seu país de origem, a tese da eficácia imediata é dominante tanto na Espanha como em Portugal (2010, p. 205). A afirmação de Sarmiento é corroborada pela leitura tanto de Ubillos (2003, p. 328-330) como de Perez Luño⁵¹ (2007, p. 22-23).

Bilbao Ubillos, por exemplo, afirma que a mera existência de direitos fundamentais como honra, intimidade e liberdade religiosa já é um claro sinal de que direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado. Entretanto, o autor pontua que deve permitir-se aos particulares um espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade. Além disso, não existiria uma homogeneidade entre direitos fundamentais, devendo haver um teste de ponderação em cada caso concreto (2003, p. 333). Sarmiento cita como exemplo da posição espanhola o STC 18/1984, julgado pelo Tribunal Constitucional Espanhol.

Um exemplo famoso no Brasil da aplicação da teoria da eficácia imediata foi o caso *Bosman v. Uefa*, decidido pela Corte Europeia de Justiça em 1995. No caso, a UEFA (Associação de Futebol do continente europeu, contraparte da CONMEBOL) possuía um regramento que proibia os jogadores de futebol profissional transferirem-se de seus clubes sem o pagamento de uma “taxa de transferência” (*transfer fee*), mesmo após o término dos contratos. Seria o equivalente à “Lei do Passe” no Brasil (SILVA, 2010, p. 97)⁵².

⁵¹ Pérez-Luño assim se manifesta: “Parece um contrasentido, por ejemplo, que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por la normativa constitucional pudiera ver reducida su aplicación a la exigencia de que el Estado permita la libre difusión de opiniones pero consintiera las presiones sobre la libertad de pensamiento e ideas o la prohibición de manifestarlas, ejercitada por un empresario en relación con sus asalariados.”

Tradução livre: “Parece um contrassenso, por exemplo, que o reconhecimento do direito fundamental à liberdade de expressão pela Constituição pode ter reduzida sua aplicação ante a exigência que o Estado permita a livre difusão de opiniões mas consinta com as pressões sobre a liberdade de pensamento ou a proibição de manifestação de pensamento, exercitada por um empresário perante seus empregados.”

⁵² Para mais detalhes acerca do caso, conferir: SÁ FILHO, 2009 E SOUZA, 2012.

O jogador Bosman, de origem belga, encontrava-se nesta situação, e, alegando violação à sua liberdade de atuação profissional, processou a UEFA (a qual é entidade eminentemente privada) perante a Corte Europeia de Justiça. A Corte entendeu que a livre circulação de trabalhadores deve ser assegurada inclusive contra atos privados, como os da UEFA (SILVA, 2010, p. 97). Ou seja, no caso não houve utilização de cláusulas gerais e sim, um reconhecimento direto da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Em sua obra, Wilson Steinmetz (2004, p. 169), de maneira didática, divide em três matizes teóricos a eficácia imediata: fraca; intermediária; forte.

A versão forte seria mais bem traduzida por uma eficácia absoluta, ou seja, geral, plena e indiferenciada. Esta versão está associada com Hans Nipperdey. Wilson Steinmetz salienta que esta versão já não se sustenta, por ignorar que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é um problema de colisão e não de defesa, além de que a autonomia privada também é um bem constitucionalmente protegido (2004, p. 169).

Já para o matiz fraco, os direitos fundamentais vinculam particulares na hipótese de grande desigualdade fática, ou seja, hipóteses de grande desigualdade econômica/social. Parece ser esta a posição de Ubillos (2003, p. 330).

O verniz intermediário compreende a eficácia como imediata, porém, condicionada pela aplicação da máxima da proporcionalidade (especialmente da proporcionalidade em sentido estrito). Entre seus defensores encontram-se o próprio Steinmetz, Quadra Salcedo e Ingo Sarlet (STEINMETZ, 2004, p. 169-170).

Luis Roberto Barroso (2009, p. 51-92) compreende que na atual situação brasileira a teoria da eficácia imediata seria a melhor a ser aplicada, levando-se em conta os seguintes elementos: i) desigualdade entre as partes; ii) falta de razoabilidade dos outros critérios; iii) preferência dos valores existenciais sobre os patrimoniais; iv) risco para a dignidade humana. Do mesmo entendimento comunga Ingo Sarlet, indicando, inclusive, que a eficácia imediata serviria para vincular os particulares aos direitos sociais (2009, p. 587-614).

José Joaquim Gomes Canotilho (2003b, p. 112) percebe que da tese da aplicação imediata surgem mais problemas do que soluções. Esta é uma nova visão de Canotilho, o qual era um defensor da teoria da eficácia imediata em obra anterior (2001, *passim*).

Ademais, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 96-98) elucida outras objeções plausíveis à teoria da eficácia imediata, como um grande risco à autonomia privada e grande possibilidade de ‘borrar’ as fronteiras entre o ramo do direito civil e do direito constitucional.

Entretanto, apesar das críticas de todas as teorias acima descritas, esta parece ser a que possui maior consistência teórica. Adiante se apresentará, com detalhes, a posição adotada e edificada por esta pesquisa.

2.4.4 A Teoria da Imputação Estatal/Convergência Estatista

Outra das teorias aplicáveis à vinculação dos particulares a direitos fundamentais é a teoria da imputação do Estado, a qual prescreve que toda e qualquer vinculação de direitos fundamentais nas relações particulares é imputável ao Estado, que deveria ter agido para evitar aquela violação (SARMENTO, 2010, p. 221). A teoria foi cunhada por Jürgen Schwabe, autor teutônico.

Schwabe sustenta que se um particular, no exercício de seus direitos fundamentais, viola o direito fundamental de outro particular e sua ação não era considerada ilegal pela legislação infraconstitucional, sua ação pode ser visualizada como permitida/autorizada pelo Estado. Isto é, o particular violado deve responsabilizar o Estado, já que este permitiu a violação ao não a coibir (apud SILVA, 2010, p. 104).

Schwabe compreende os direitos fundamentais como apenas verticais, portanto, visualiza impossível uma violação direta de direitos fundamentais por outro particular. Nesta linha, se o Estado já tiver disciplinado a violação pela legislação infraconstitucional, o problema passa a ser de direito privado e facilmente verificável (apud SILVA, 2010, p. 105). Esta teoria não reverberou bem na doutrina alemã e brasileira, recebendo críticas de Alexy (2008a, p. 531), Sarmento (2010, p. 220-222), Steinmetz (2004, p. 178), Braga (2008, p. 137), entre outros.

Referida crítica é pertinente, haja vista que imputar toda violação de direitos fundamentais realizada por particulares ao Estado é uma construção absolutamente artificial, já que a não vedação de uma conduta não pode ser, em todas as hipóteses, equiparada a uma imputação, além disso, tornaria a responsabilização civil dos particulares violadores de direitos fundamentais praticamente impossível. Desse modo, esta teoria também se mostra inadequada.

2.4.5 A Teoria dos Deveres de Proteção de Robert Alexy

A última das teorias aqui abordadas, esposada por Robert Alexy, retira de cada uma das outras suas premissas, criando uma sistematização lógica. O autor, em argumentação deveras convincente, infere que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dá-se em três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações privadas (ALEXY, 2008a, p. 533). Para ele, a teoria da eficácia mediata situa-se no nível do dever estatal, tendo em vista que as normas fundamentais devem servir como baliza ao legislador, em razão do efeito irradiante.

Já a teoria de Schwabe situa-se no nível da proteção do particular em face do Estado, relaciona-se com o dever do juiz levar em consideração os direitos fundamentais nas decisões envolvendo direitos privados. Alexy observa como muito clara esta influência estatal na decisão do caso Lüth, em que o Tribunal de Hamburgo havia proibido Lüth de manifestar seu pensamento, decisão que o Tribunal Constitucional entendeu como violadora da liberdade de expressão constitucional (ALEXY, 2008a, p. 535).

Por outro lado, a teoria da eficácia imediata encontra-se no nível das relações privadas. Aqui o grande exemplo é o caso Blinkfüer, uma vez que o TCF posicionou-se no sentido de que o editor da revista Blinkfüer possuía um direito em face da Editora Springer a que ela não o boicotasse. Ou seja, da relação entre particulares surgiram direitos fundamentais de maneira direta, o que mostra que a própria teoria dos efeitos mediatos acaba tendo como resultado efeitos diretos (ALEXY, 2008a, p. 540-541).

Percebe-se que Alexy observa as três teorias como válidas. Contudo, ele anota que, ultimamente, mesmo com a aplicação das diversas teorias, existirá uma eficácia imediata, sendo que o grau da eficácia dependerá do caso concreto e da argumentação jurídica utilizada (ALEXY, 2008a, p. 540). A teoria alexyana mostra-se plausível e será melhor comentada em linhas futuras.

2.4.6 Posição da Jurisprudência Brasileira

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, nas poucas vezes em que foi provocado acerca da matéria, como (de maneira não muito clara) favorável à teoria da aplicação imediata (MARETTI, 2010, p. 66-80), sem

apresentar, entretanto, uma explicação mais técnica. Alguns exemplos podem ser vistos abaixo.

Em 1996, no Recurso Extraordinário 158.215-4 (BRASIL, 29/out./1996) do Rio Grande do Sul, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, tratava-se de um caso em que cooperados haviam sido excluídos da cooperativa, sem possibilidade à defesa. No caso, o Ministro aplicou diretamente os direitos fundamentais, sem maiores distinções técnicas, como se observa de um trecho do voto:

Exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. [...] os recorrentes foram excluídos do quadro de associados da cooperativa em caráter punitivo [...]. O Colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembleia da Cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude de defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, dentro do clima reinante, incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio pela parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para produção da defesa e feitura da prova. [...].

Também no ano de 1996, o RE 161.243-6 (29/out./1996) do Distrito Federal, relatado pelo Min. Carlos Velloso, decidiu-se que houve uma violação do princípio constitucional da igualdade, sem, novamente, ser feita uma análise detida da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A tomada de posição mais clara do Supremo deu-se no bojo do Recurso Extraordinário 201.819/RJ (BRASIL, 27/out./2006), em decisão da Segunda Turma, por maioria de votos. O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a

possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Desse modo, nota-se que a inclinação do STF é pela aplicabilidade horizontal direta dos direitos fundamentais entre particulares, apesar do tema ter sido ainda pouco abordado e, quando tratado, foi realizado de maneira genérica. Em fase posterior deste trabalho, a decisão supracitada será investigada mais profundamente.

2.5 ANÁLISE DA DOUTRINA BRASILEIRA

A academia brasileira recentemente passou a debruçar-se sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais com maior atenção. As principais contribuições serão examinadas abaixo.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 203-207), definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda um exercício de ponderação entre o peso deste direito fundamental com o direito fundamental à autonomia privada. Segundo os autores, isto caberia em primeiro lugar ao legislador, sendo um exemplo disso a lei que criminalizou o racismo.

De outro lado, caberia ao Judiciário a análise desta deliberação legislativa e também estabelecer outras ponderações. Nesse sentido, citam como exemplo da atuação do Judiciário no que diz respeito à aplicação de direitos fundamentais na esfera privada a interpretação que a jurisprudência tem dado aos contratos de adesão, os quais são regulados por uma cláusula geral do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, na mesma obra, os autores supracitados acabaram mais por descrever as teorias existentes do que a estabelecer uma posição clara.

O professor da UERJ, Gustavo Tepedino, por seu lado, considera que, no âmbito do direito privado, hoje é necessária uma aplicação da Constituição com fito de humanizar e solidarizar o direito civil, utilizando como base para tal “constitucionalização do direito privado” a cláusula geral da dignidade da pessoa humana (2006, p. 22-23). Contudo, o autor elaborou seu posicionamento embasado na doutrina civilista e na necessidade de uma “humanização” do direito civil, sem abordagem dos dilemas constitucionais que permeiam a matéria.

O constitucionalista da PUC/RJ, Siqueira Castro (2003, p. 240-254), também fez um apanhado geral da doutrina que aborda a eficácia horizontal, com especial ênfase à norte-americana, criticando a falta de protagonismo da jurisprudência brasileira, sem também manifestar-se expressamente.

Em tese de doutorado sobre o tema, Steinmetz (2004, p. 187-228) posiciona-se a favor da teoria da eficácia imediata, restringida esta, no caso concreto, pela aplicação da proporcionalidade alexyana. Em sua obra (2004, p. 224), o professor da Universidade de Caxias do Sul criou algumas relações de precedência condicionadas, após a utilização do critério da proporcionalidade:

[1] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[2] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

[3] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

[4] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

No entanto, em resenha que tratava da obra de Steinmetz e, posteriormente em sua tese de livre-docência, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 160-164; 2005a) relatou que o instituto da proporcionalidade, como formatado por Robert Alexy, não tem como intenção solucionar conflitos não estatais, sendo que a sub-regra da adequação não se coadunaria, de forma alguma, com as relações negociais. Para embasar sua crítica, Silva utilizou um exemplo envolvendo reality shows, que será percorrido ainda neste capítulo.

Daniel Sarmiento (2010, p. 261-271, p. 328-329; 2003, p. 272-284), acerca da mesma problemática, compreende como viável também a eficácia imediata, com a utilização de dois parâmetros:

i) quanto maior for a desigualdade [fática] entre os envolvidos, mais intensa será a proteção dos direitos fundamentais, e menos intensa a tutela da autonomia privada; no mesmo plano, quanto mais “igual” for a relação, maior proteção receberá a autonomia privada;

ii) verificação, no caso concreto, do grau de existencialidade ou economicidade-patrimonialidade⁵³ da relação jurídica em análise.

Em relação ao primeiro critério, Sarmiento (2003, p. 273) assinala que no momento em que o “ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro”. No que diz respeito ao segundo critério, o autor baliza que a ponderação de interesses deve variar de acordo com a

⁵³ A existencialidade é explicada com o exemplo da festa de aniversário, em que Sarmiento salienta que ninguém pode ser obrigado a convidar para seu aniversário pessoas negras ou muçulmanas. A economicidade/patrimonialidade diz respeito a negócios jurídicos, como a inclusão em um contrato de aluguel de cláusula rescisória caso o inquilino recebesse pessoas negras, ou passasse a frequentar terreiros umbandistas.

natureza da questão, ou seja, caso a relação prime pela existencialidade, a incidência de direitos fundamentais deverá ser mais intensa, enquanto que nas relações patrimoniais, a incidência dos direitos fundamentais deverá ser refreada (SARMENTO, 2003, p. 279).

Criticando a solução criada por Sarmiento, Silva (2010, p. 156-158) defende que a desigualdade fática nem sempre é sinônimo de igualdade material e que tal solução ignoraria a desigualdade de forças presentes na relação jurídica negocial. Silva sustenta que a equiparação entre desigualdade fática e desigualdade material acaba sendo maniqueísta, e que o critério mais importante não deveria ser a desigualdade, mas sim, o grau de autonomia das partes envolvidas. Além disso, considera que a solução de Sarmiento cria uma resposta incondicionada, apriorística do problema.

Já Ricardo Nakahira, em dissertação na PUC/SP, limitou-se a sustentar uma mistura entre as ideias de Steinmetz e Sarmiento, sem maiores apreciações críticas (2007, p. 155-156).

Em sua dissertação na Universidade Federal do Ceará - UFC, Adriano Pessoa da Costa não optou por nenhuma das teses, concluindo seu trabalho da seguinte maneira:

O trato que será dado ao tema pela doutrina e jurisprudência no Brasil seguramente capitaneará os rumos que a defesa da Constituição tomará neste país. Em meio a tanta desigualdade social, o desenvolvimento da eficácia horizontal revela-se ainda mais importante para que se consolide um “significado educativo” dos direitos fundamentais: afinal, “se em uma relação jurídico-privada ambas as partes sabem que os direitos fundamentais regem também esta relação, o mero conhecimento já pode evitar a aparição de vulnerações desses direitos”. A sociedade brasileira necessita disso.

A par desta consideração, nota-se que Costa também não inovou na abordagem.

Após delimitação das principais contribuições da academia brasileira ao tema, volta-se agora às críticas desferidas por Virgílio Afonso da Silva à solução encontrada por Daniel Sarmiento com o fim de se construir, no tópico subsequente, um posicionamento autêntico dentro desta temática.

As contundentes críticas de Virgílio Afonso parecem ter parcial procedência, principalmente no que tange ao critério reputado por Steinmetz, de aplicação do princípio da proporcionalidade para solução do conflito. Apesar disso,

saliente-se que as 'precedências *prima facie*' criadas pelo autor têm elevado valor científico e servirão como substrato a algumas das conclusões do presente trabalho.

De outro lado, no que diz respeito à crítica realizada contra a tese de Sarmiento, esta parece ter menor grau de procedência. Antes de analisar a crítica, salienta-se que Silva não criou um modelo próprio específico para resolução de situações envolvendo particulares e direitos fundamentais. Silva, em seu estudo, buscou fazer um apanhado geral das teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, realizando profunda e animadora apreciação crítica.

Algumas posições doutrinárias tomadas como hegemônicas foram atacadas sem qualquer solenidade. Ao final, ele optou por dizer que um modelo pronto e acabado que resolva qualquer problema relacionado aos direitos fundamentais nas relações entre particulares é vazio e somente uma forma, motivo pelo qual disse que sua obra trazia apenas uma ideia regulativa (termo kantiano) da matéria (2011, p. 175-177).

Neste ponto, concordamos e discordamos do autor. Não é possível realmente esperar que um modelo solucione todos os problemas, aliás, seria ingenuidade acreditar nisso – ainda mais em se tratando de questões envolvendo razão prática⁵⁴. Entretanto, a criação de um modelo possibilita discussão pela doutrina e eventual aplicação pelos intérpretes do direito, motivo pelo qual tal prática não pode ser afastada.

Um bom exemplo de um modelo que, apesar de muito criticado⁵⁵, serviu para solução de diversos problemas jurídicos, foi o modelo de normas jurídicas fundamentais como regras e princípios de Alexy. Este modelo, embora não o único possível e muito menos o único capaz de fazer emergir solução satisfatória, vem sendo adotado mundo afora e logra, se bem aplicado, diminuir sobremaneira decisões injustas, além de possibilitar, quando aplicado corretamente, uma análise crítica das decisões judiciais.

Após esta digressão, veja-se o exemplo utilizado pelo autor (SILVA, 2005a) em sua crítica:

⁵⁴ Para uma análise profunda da razão prática no Direito, seus desdobramentos na política jurídica e na decisão judicial, cfr. POSNER, 2007, p.49-205.

⁵⁵ Algumas das críticas já foram mencionadas neste trabalho.

Aqueles que participam dos chamados *reality shows*, tão em voga no Brasil e no Mundo, o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições de seus direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu *reality show* é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade de vontades.

Do caso apresentado como exemplo, é possível retirar algumas considerações. Primeiro, é de rigor afirmar que em caso como este, por obviedade, o particular disposto a adentrar o *reality show* assinará um contrato regulamentando o uso de seu direito de personalidade à imagem. Portanto, pelo tempo em que o mesmo participar do programa, sua imagem será 'propriedade' da Rede Globo. Se a consideração fosse apenas esta, a crítica de Virgílio Afonso seria no alvo, visto que, após a assinatura do citado contrato, caso o particular viesse a ingressar no Judiciário pleiteando algo relacionado ao teor de sua imagem, pareceria que este particular estaria, apesar da desigualdade fática, equivocado.

Enquanto a presente pesquisa foi elaborada buscou-se exaustivamente um exemplo concreto para refutar a crítica de Virgílio Afonso da Silva. Contudo, a vida real, diariamente mais rica em situações, trouxe a lume interessante questão.

Durante o Big Brother Brasil 2012 (programa televisivo da Rede Globo), dois dos participantes (Daniel Echaniz e Monique Amin) envolveram-se num episódio que repercutiu fortemente na mídia. Após uma festa promovida no programa, Daniel e Monique dormiram juntos, sendo possível observar uma movimentação intensa de Echaniz enquanto Amin supostamente estaria dormindo, o que acabou iniciando uma onda de reclamações de telespectadores acerca da possível ocorrência de estupro. Após a enorme repercussão do caso, Echaniz acabou sendo expulso do programa, tendo a Rede Globo alegado "comportamento inadequado"⁵⁶.

Duas coisas devem ser salientadas, de acordo com as notícias que foram divulgadas: o participante foi *comunicado* de sua exclusão pela Rede Globo; após a exclusão do participante, a vítima negou ter sido estuprada à Polícia Civil do

⁵⁶ A narração dos fatos foi retirada de: (UOL, 17/jan./2012; UOL, 16/jan./2012; UOL, 16/jan./2012; SOUTO, 20/mar./2012). Todas as notícias estão disponíveis nas referências.

Estado de Rio Janeiro, o que levou inclusive ao arquivamento do caso pelo Ministério Público⁵⁷.

Neste caso, apesar de inicialmente a desigualdade fática entre as partes não ter interferido na autenticidade das vontades (é, inclusive, elemento chave da própria configuração do programa), no decorrer da relação jurídica, a autenticidade modificou-se, isto porque o participante foi excluído sem sequer poder explicar-se ou, no mínimo, apresentar defesa. Neste caso, a violação a direitos fundamentais só existiu porque as partes estavam em situação absurdamente desigual, tendo a Rede Globo utilizado de seu poder econômico-contratual, simbolizado pelo poder diretivo que a mesma detém no Programa televisivo.

Percebe-se que, no caso em tela, partindo-se do critério da desigualdade fática e da teoria da eficácia imediata, o procedimento a ser utilizado seria: após a ocorrência do suposto estupro, a rede de televisão deveria ter comunicado o participante Daniel de que sua conduta era passível de exclusão, possibilitando a ele que se defendesse com possibilidade de indicação de provas e outras possibilidades erigidas do devido processo legal. Após, os diretores da Rede decidiriam o destino do candidato.

Salienta-se que muito provavelmente o resultado seria o mesmo: a exclusão de Daniel Echaniz. Contudo, a situação teria sido melhor para todos, uma vez que, ao excluído, teria sido possibilitado direito de defesa, sendo respeitados seus direitos fundamentais. A Rede Globo blindar-se-ia, inclusive, contra eventual processo judicial.

Presume-se, obviamente, que este 'processo particular' teria respeitado o contraditório, não sendo *pro forma*.

Dito isto, parece que a utilização da desigualdade fática como critério para aferição do grau de interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas parece, *prima facie*, ser interessante. Claro está que este critério deve ser utilizado da mesma maneira que os demais direitos fundamentais, ou seja, como um mandamento de otimização, criando-se as relações de precedência condicionada.

⁵⁷ Não se trata aqui de fazer apologia às atitudes do rapaz eliminado, ou mesmo defendê-las. Aqui utiliza-se uma situação real rica em ramificações jurídicas ao tema aqui em comento para buscar-se uma solução dogmática diferenciada no âmbito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A elucidação do crime (ou não) cabe à Polícia Civil, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário do Rio de Janeiro.

Um outro ponto também deve ser levantado: o que acontecerá se Daniel Echaniz for (a título de exemplo) absolvido por não ter o fato constituído infração penal (CPP, 386, III).

No exemplo mencionado, a precedência *prima facie* seria a da desigualdade fática, contudo, o caso concreto poderia ser similar ao exemplificado por Virgílio Afonso da Silva, sendo que a relação de precedência condicionada seria afastada após a devida argumentação. Ou seja, no caso apresentado a comento, salvo melhores esclarecimentos por parte dos envolvidos, transparece a ocorrência de violação do devido processo legal na relação contratual entre a Rede Globo e Daniel Echaniz.

Outro critério adotado por Sarmento é o da essencialidade da relação jurídica. Quanto mais econômico-patrimonial for a relação, menor deverá ser a incidência dos direitos fundamentais, sendo que, ao reverso, quanto mais existencial for a relação, maior deverá ser a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Parece pertinente também esta abordagem realizada pelo autor.

Assim, apesar das objeções mencionadas por Silva, será apresentado um modelo que contemple critérios para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, os quais serão edificados devidamente no tópico seguinte.

2.6 PARÂMETROS PARA A INCIDÊNCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Como amplamente visto e debatido anteriormente, os direitos fundamentais incidem nas relações privadas. Contudo, sua aplicação irrestrita resultaria numa tirania dos direitos fundamentais, sendo necessário o estabelecimento de alguns parâmetros.

Nesta linha, entende-se aqui como a mais coerente teoria acerca da aplicação de direitos fundamentais entre particulares a teoria da eficácia imediata ou direta. Esta tese deve ser utilizada no Brasil porque, como vimos, acaba “invadindo” a esfera dos particulares da mesma maneira que a da eficácia mediata, sem, contudo, utilizar artimanhas interpretativas que a enfraqueçam.

Importante ressaltar que, por se tratar de estudo realizado no seio da dogmática dos direitos fundamentais, a ponderação de interesses deve ser utilizada como instrumento da solução das tensões entre direitos fundamentais, já que, como visto anteriormente, sob a perspectiva do marco teórico de Alexy adotado nesta pesquisa, os direitos fundamentais, em sua grande maioria têm natureza de

princípios, sendo que sua aplicação deve ser feita na maior medida do possível, dentro do caso concreto, ou seja, não existem direitos fundamentais absolutos.

Neste diapasão é possível construir os seguintes parâmetros (*standards*) hipotéticos, os quais deverão funcionar como balizas à incidência direta dos direitos fundamentais aos particulares:

i) Se, no caso concreto de restrição a direitos fundamentais, numa relação entre particulares, existir prévia mediação legislativa através de regras, o magistrado deverá, *prima facie*, priorizar a solução àquele caso através da subsunção e não através da ponderação;

ii) Se, no caso concreto de restrição a direitos fundamentais, numa relação entre particulares, existir mediação legislativa através de cláusulas gerais e/ou princípios, aquele caso será solucionado através da ponderação de bens realizada pelo magistrado, com utilização dos critérios do item ii.1;

ii.1) Se, no caso concreto de restrição a direitos fundamentais, numa relação entre particulares, não existir mediação legislativa, o magistrado deverá realizar a ponderação ou não, tendo em vista três subcritérios: a) em se tratando de relações eminentemente econômico-patrimoniais (caso no qual a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser evitada, *prima facie*) ou de relação essencial (caso no qual a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser fomentada, *prima facie*); b) em se tratando de relação jurídica com eminente desigualdade fática (caso no qual a aplicação horizontal deverá ser fomentada, *prima facie*) ou se tratando de relação jurídica sinalagmática (caso no qual a aplicação horizontal deverá ser evitada, *prima facie*); c) em se tratando de relação jurídica dominada pela autenticidade de vontades, ou seja, o particular não estava numa situação de evidente risco quando aceitou aquela violação, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser evitada, *prima facie*.

O modelo apresentado aqui será utilizado no quarto capítulo, com o exame dos casos das eleições diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras e do caso União Brasileira de Compositores.

3 ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste capítulo estudar-se-ão dois direitos fundamentais: o acesso à justiça e o devido processo legal, de maneira a correlacioná-los com a eficácia horizontal destes direitos na perspectiva das relações particulares.

No que tange ao acesso à justiça, nota-se que os problemas relacionados a este instituto não se derivam apenas de deficiências estatais, mas, muitas vezes, da ação de atores privados⁵⁸, motivo pelo qual é de relevância sua análise para o prosseguimento da pesquisa.

O devido processo legal também não é estranho ao direito privado, uma vez que também os “processos” com caráter privado devem observância a ele, existindo clara incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Face à relevância destes direitos fundamentais, debruça-se, a partir de agora, sobre o acesso à justiça e o devido processo legal para que possa-se observar mais detidamente a aplicação da eficácia horizontal destes direitos fundamentais, especificamente, às demandas particulares.

3.1 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça não deve ser tomado apenas como direito fundamental, mas sim como o ponto central do moderno estudo do processo. Assim apontam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 13). Corroborando esta visão, Paroski (2006) infere de maneira entusiasmada:

acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição.

Nesta senda, cabe agora análise detida: o que é “acesso à justiça?”. Segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 09), tal instituto, tanto no século XIX como no início do século XX, era observado com a típica visão liberal acerca dos direitos, ou seja, com uma visão *laissez-faire*. O Poder Judiciário existia, porém, o acesso à justiça só era obtido por aqueles que detinham capacidade financeira para tal.

⁵⁸ Para uma análise mais aprofundada da diferenciação entre atores públicos e privados, conferir SARMENTO, 2010, p. 272-276

Prosseguindo, a mera possibilidade de acesso à justiça, sem que fossem propiciados meios relevantes para tal, não se mostrou suficiente para a solução das demandas socialmente relevantes, já que apenas uma pequena parcela da população recebia esta prestação estatal.

No que se refere ao acesso à justiça no Brasil, este direito foi previsto constitucionalmente apenas na Constituição de 1946⁵⁹, sendo tal dispositivo repetido na Constituição de 1967⁶⁰, na Constituição emendada de 1969⁶¹ e na atual Constituição Federal de 1988⁶². Para demonstrar a evolução deste conceito, é importante afirmar que apenas a Carta Política de 1988 é que consolidou a proteção judicial à “ameaça a direito”.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 191) aponta, inclusive, que a inexistência de acesso à justiça dificulta até mesmo a noção da existência de Estado, visto que a partir do momento em que o Estado não resolve as contendas dos particulares, deveriam então os particulares ser autorizados a resolvê-las através da autotutela.

Em interessante dissertação (transformada em livro), Santos Bezerra (2001, p. 123-124) visualizou quatro planos de estudo do acesso à justiça: i) o plano leigo; ii) o plano técnico-jurídico; iii) o plano sociológico; iv) o plano filosófico.

Segundo Bezerra (2001, p. 125), o plano leigo é o mais frágil: os leigos acreditariam que acessar o Judiciário já seria equivalente a acessar a Justiça, contudo, isso “desboca [sic] numa desilusão aterradora dos que pretendem o direito de acesso à justiça, pois sequer conseguem um efetivo acesso formal ao processo”.

⁵⁹ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*

⁶⁰ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*

⁶¹ Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*

⁶² 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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O aspecto técnico-jurídico, segundo Bezerra (2001, p. 127-129), tem a ver com a formalidade processual, mencionando que os seguidores deste aspecto ignoram os aspectos extrajudiciais de solução de conflitos, contribuindo para a morosidade processual e pelo *não acesso à justiça*.

No que diz respeito ao plano sociológico, Bezerra salienta que o acesso à justiça deve ser estudado/visualizado de maneira a solucionar obstáculos extraprocessuais, como a falta de condições sociais e culturais (2001, p. 144-145). Já no que se refere ao plano filosófico, Bezerra não é muito claro, criticando os atuais métodos de decisão judicial, sem, contudo, alongar-se muito na discussão.

De sua exposição, retira-se que o estudo do acesso à justiça, apenas sob uma perspectiva técnico-jurídica (endoprocessual), é uma visão demasiado tímida. Esta pesquisa manejará de forma diversa, abordando-se obstáculos extraprocessuais e endoprocessuais, perfazendo um gancho entre o acesso à justiça e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como às violações de direitos humanos por pessoas jurídicas. Tais aspectos serão debruçados em momento posterior.

De outro lado, trazendo a questão de volta à seara dos direitos fundamentais, Tristão e Fachin (2009) advogam que o acesso à justiça, no âmbito constitucional brasileiro, deve ser havido como um direito fundamental e também como um princípio.

Verifica-se, portanto, que o acesso à justiça, da forma prevista na Constituição pátria, vincula-se à ideia de uma norma-princípio (mandamento de otimização), a qual impõe ao legislador e aos intérpretes do Direito que seja garantido aos cidadãos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, o acesso ao Poder Judiciário e a outros meios de resolução de conflitos, seja pela redução de barreiras econômico-financeiras, seja por uma ampliação democrática dos atores processuais, seja por uma nova visão acerca da extensão dos direitos fundamentais aos atores privados.

Nesta senda, verificar-se-á abaixo que a vedação ao acesso à justiça é oriunda também de particulares, razão pela qual é relevante seu estudo neste trabalho científico. A par disto, é imperioso apontar algumas das barreiras existentes ao acesso à justiça.

3.2 BARREIRAS AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

Neste momento analisam-se os principais obstáculos ao amplo acesso à justiça. Os conceitos prioritariamente utilizados são os cunhados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

3.2.1 Dificuldades Financeiras

É inegável que a resolução das contendas dos cidadãos através de um Poder Judiciário estatal, com juízes e servidores remunerados, é altamente onerosa, seja para os contribuintes, seja para os litigantes.

Como salientam Cappelletti e Garth (2002, p. 18), a questão dos altos custos econômicos da Justiça é particularmente nítida nos Estados Unidos, onde não existem os chamados 'honorários de sucumbência'. Contudo, os autores também observam que o sistema da sucumbência pode ser altamente arriscado para o litigante vencido, uma vez que este terá de desembolsar custas judiciais gastas por seu adversário. Em nosso ordenamento jurídico, nota-se que a barreira das custas judiciais foi atacada pelo legislador federal, como se verá mais à frente.

3.2.2 Pequenas Causas

Um problema intrinsecamente ligado ao do ônus financeiro do processo judicial é o das causas de pequena monta. Em geral, há pouquíssimos incentivos ao ajuizamento de demandas de baixo valor econômico, visto que os custos do processo acabariam sendo maiores do que o eventual retorno econômico do demandante vencedor.

No Brasil foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais justamente para solução deste problema. Em estudo empírico acerca do desempenho dos Juizados Especiais na comarca de São Paulo, Cunha (2001, p. 61) apresentou dados referentes ao ano de 1999, expondo que quase metade das ações ajuizadas naquele ano diziam respeito a relações consumeristas. Além disso, Cunha apontou que os Juizados passam pelos mesmos problemas do Judiciário: carência de estrutura, pessoal e material; bem como excesso de demandas. Ademais, a constatação mais alarmante é que a maior parte das ações ajuizadas

nos Juizados vincula-se a pessoas de classe média e não às classes menos favorecidas (CUNHA, 2001, p. 69)

3.2.3 Tempo Processual

Um dos maiores entraves na administração da Justiça atual tem ligação com a grande demora na solução dos conflitos. As partes acabam por esperar décadas para terem a oportunidade de executarem mandamentos judiciais. Os efeitos desta espera são nefastos, principalmente para as partes economicamente frágeis. Segundo Cruz e Tucci (1997, p. 98-109), diversos são os fatores causadores da morosidade processual:

a) os fatores institucionais, como servidores e juízes desinteressados ou pouco assíduos; a criação desmedida de novas leis pelo legislador;

b) fatores de ordem técnica e subjetiva, como a ampla recorribilidade das decisões e a falta de vocação profissional dos juristas;

c) insuficiência material, como a falta de servidores e juízes, prédios e infraestrutura em más condições;

Por isso, na Convenção Européia dos Direitos Humanos, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, desde 2004 na Constituição Brasileira, há previsão de que os processos judiciais deverão ser solucionados em prazo razoável. O direito fundamental à resolução do conflito em um prazo razoável será abordado adiante, visto que se trata de uma das vertentes (atribuições) do direito fundamental ao devido processo legal.

3.2.4 Possibilidades das Partes

As diferenças entre os litigantes, cunho econômico ou cultural, acabam também por influenciar no resultado final do processo. Conforme entendimento de Cappelletti e Garth (2002, p. 21), os detentores de bons recursos financeiros, pessoas físicas ou jurídicas, têm vantagens de acesso à justiça em relação àquelas que não têm, já que podem contratar melhores serviços jurídicos e podem suportar de maneira mais adequada a demora processual.

Outrossim, aqueles com bons recursos financeiros tem, em geral, melhor capacidade para reconhecerem um direito judicialmente exigível. Este

aspecto é muito nítido, apesar dos grandes avanços nesta área no âmbito do direito consumerista, em que muitas vezes o consumidor que assina o contrato de adesão não nota que aquele contrato não o obriga de maneira absoluta e peremptória.

Cappelletti e Garth também destacam como um problema especial nesta área a desconfiança que a população de baixa renda tem em relação à classe jurídica, em geral, seja com os advogados ou com os juízes (2002, p. 25).

3.2.5 Litigantes Eventuais X Litigantes Habituais

Outro aspecto levantado por Cappelletti e Garth (2002, p. 25) é no sentido de que litigantes habituais possuem largas vantagens em relação aos litigantes eventuais: economia de escala; melhor relação com os juízes; melhor planejamento dos litígios em razão da larga escala, entre outros.

Em nossa realidade isso pode ser facilmente atestado em relação aos maiores litigantes (SANTOS, 2011) de nossa Justiça: os entes federados e os grandes bancos.

Os entes federados, principalmente aqueles com maior capacidade econômica (União e Estados mais desenvolvidos economicamente), possuem procuradores com alto nível de especialização, que atuam em equipes bem distribuídas geográfica e materialmente. Já os grandes bancos, nos últimos anos, passaram a centralizar suas equipes jurídicas em grandes centros de decisão (como São Paulo e Rio de Janeiro) de onde grandes escritórios de advocacia ditam as estratégias judiciais a serem seguidas, evitando teses conflituosas.

Os problemas de acesso à justiça advindos desta grande desigualdade não foram ainda enfrentados no Brasil.

3.2.6 Interesses Difusos

Luiz Fernando Bellinetti entende que os interesses difusos são “interesses indivisíveis de pessoas indeterminadas, ligadas entre si por mera relação fática” (2005, p. 667). Já para Nery Júnior (1992), difuso é o direito ou interesse que atinge um número indeterminado de pessoas.

Seja qual for a definição que se utilize, é patente que os interesses difusos dizem respeito a um grande número de cidadãos ligados entre si por questões não de sua própria escolha.

Historicamente, houve grande dificuldade da Justiça em lidar com os interesses difusos, uma vez que, apesar de muitas pessoas serem 'interessadas' individualmente na questão, uma persecução judicial seria demasiado custosa e/ou problemática para apenas uma pessoa. Além disso, os interessados, por estarem dispersos, em geral possuem dificuldades organizacionais e problemas advindos da dificuldade de identificarem um problema jurídico comum (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 27).

Um exemplo claro de problema de acesso à justiça ligado aos interesses difusos será abordado no item 3.4 *infra*.

3.3 ALGUMAS ALTERNATIVAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA ADOTADAS NO BRASIL

Algumas das medidas legislativas utilizadas pelo ordenamento jurídico pátrio para a resolução do problema de acesso à justiça serão perpassadas nos itens a seguir.

3.3.1 Assistência Judiciária

No Brasil as pessoas com dificuldades econômico-financeiras foram beneficiadas com a chamada assistência judiciária (Lei Federal 1.060/50). De acordo com esta lei, aqueles que se declararem pobres não terão de arcar com as custas judiciais dos processos em que forem partes.

Após mais de sessenta anos da edição deste estatuto legal, há quem o critique por ser demasiadamente restritivo na concessão da assistência judiciária, especialmente no que toca às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, entendimento que vai de encontro aos problemas já expostos neste trabalho (RODRIGUES, 2000, p. 58).

Neste esteio, recentemente o Superior Tribunal de Justiça⁶³ (STJ) fixou o seguinte posicionamento: independentemente da existência ou não de fins

⁶³ A respeito, conferir os acórdãos: EREsp 321.997/MG, EREsp 653.287/RS.

lucrativos na pessoa jurídica, a mesma deverá comprovar que não pode suportar os encargos da Justiça. Isto é, foram unidas no mesmo entendimento associações, fundações, entidades beneficentes junto a empresas com fins lucrativos, mesmo sendo entidades absolutamente diferentes.

Outra importante saída utilizada pelo legislador pátrio está inserida na Lei 9.099/95 (Lei de Juizados Especiais Cíveis e Criminais), a qual dispõe que todos os processos regulados por ela serão gratuitos.

Nesta linha, de maneira mais radical, em uma oportunidade José Nalini (1994, p. 33-34) chegou a propor que a Justiça, por seu caráter essencial, venha a ser gratuita para todos, não apenas para os “juridicamente pobres”. Não parece ser uma solução para o momento atual, visto que acabaria, a curto prazo, ao menos, por inundar mais ainda o Judiciário de demandas, além de forçar, possivelmente, a um aumento de tributos como meio de “compensar” a falta de receita relativa às custas forenses.

3.3.2 Defensoria Pública

A Defensoria Pública consta também do rol das ‘funções essenciais à Justiça’ da Carta Política de 1988. A Lei Maior explicita que a Defensoria Pública é a instituição incumbida da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados.

No entanto, uma verdadeira falta de vontade política (RODRIGUES, 2000, p. 33) dificulta a efetivação do princípio do acesso à justiça no que tange à implementação da Defensoria Pública. Apesar de passados mais de vinte e quatro anos da edição da Constituição, ainda dois Estados permanecem sem a instalação de Defensoria Pública⁶⁴.

Em 2007 (Lei 11.448/2007) foi sanado importante defeito na legislação ligada aos interesses difusos, tendo em vista que a nova norma alinhou que a Defensoria Pública está oficialmente autorizada a ajuizar ações civis públicas. Os Tribunais acabaram reconhecendo também esta inovação, todavia, só entendem

⁶⁴ Os estados são Paraná (onde já existe Lei Estadual, contudo, ainda não foram contratados defensores públicos até o momento) e Santa Catarina, sendo que ambos encontram-se realizando concursos públicos para o provimento de cargos de Defensores.

legítima a atuação da Defensoria no caso de tutela de interesses individuais homogêneos e da proteção de interesses transindividuais de hipossuficientes^{65- 66}.

3.3.3 Microsistema de Processos Coletivos

Buscando sanar o problema de acesso à justiça no que concerne aos interesses difusos, todo um microsistema jurídico foi criado. A primeira legislação afeta a esta área foi a Lei de Ação Civil Pública (7.347/85), a qual prevê o mecanismo processual desta ação, inicialmente a ser intentada pelo Ministério Público para proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Apesar de ter sido a primeira legislação a especificamente tutelar os interesses difusos, a norma em comento foi precedida pela Lei de Ação Popular (4.717/65) que, apesar de não diretamente dispor acerca dos interesses difusos, acabou sendo, indiretamente, utilizada como o meio jurídico à época para a judicialização de conflitos envolvendo interesses transindividuais.

A Constituição Federal dispôs acerca da tutela dos interesses difusos, criando institutos específicos para a proteção destes direitos, como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo (RODRIGUES, 2000)⁶⁷.

Finalmente e, como exposto acima, após a edição da Lei 11.448/2007, a Defensoria Pública, em algumas hipóteses, passou a ser legitimada a propor ação civil pública.

3.3.4 Emenda 45/2004

A Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, introduziu em nosso ordenamento diversas mudanças, das quais são de interesse para o presente estudo a criação do Conselho Nacional de Justiça e a introdução do inciso LXXVIII⁶⁸ no artigo 5º da Carta Magna.

⁶⁵ A respeito, conferir os julgados do Superior Tribunal de Justiça REsp 1106515/MG e AgRg no REsp 1000421/SC.

⁶⁶ Acerca do tema, conferir CINTRA, 2009.

⁶⁷ Para maior aprofundamento, conferir: LEONEL, 2002.

⁶⁸ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Após sua criação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, passou a editar metas de nivelamento, entre elas, a meta de nivelamento 02, a qual prescreve que os juízes estaduais, federais, os respectivos Tribunais e os Tribunais Superiores devem, anualmente, julgar os processos ajuizados até quatro anos antes, enquanto os juízes trabalhistas, eleitorais e militares devem, anualmente, julgar os processos ajuizados até três anos antes.

Tal mecanismo é extremamente salutar para uma célere prestação da Justiça, apesar de estar recebendo críticas de magistrados, os quais entendem que o cumprimento da meta vem tornando desumana a carga de trabalho (MILÍCIO, 2009).

Outra inovação, influenciada pela introdução do inciso LXXVIII na Constituição, é derivada da lei 11.419/2006, lei que tratou da informatização do processo judicial. As petições iniciais e suas autuações passaram a ser protocolizadas mesmo sem a atuação de cartórios judiciais.

Da mesma maneira, evitando a constante presença das partes em cartório, todos os documentos que fazem parte dos autos serão digitalizados (BATISTA, 2010, p. 68). Importante ressaltar que, apesar dos avanços trazidos pelo processo digital, o mesmo não é imune a críticas, uma vez que a classe dos advogados vem constantemente apontando falhas no sistema *on-line* de protocolo de petições (CABRAL, 2011; MAMEDE, 2011). O não cumprimento de tais metas pelos magistrados constará de ficha funcional, o que acabará prejudicando promoção funcional por merecimento.

3.4 AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR ATORES PRIVADOS E O PROBLEMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Um amplo relatório acerca de acesso à justiça⁶⁹ e sobre violação de direitos fundamentais por atores privados foi redigido por membros da ONG Conectas Direitos Humanos e pelo professor da FGV, Oscar Vilhena Vieira, e

⁶⁹ Para mais detalhes acerca de violação a direitos fundamentais por empresas, cfr. VIEIRA, 2011 e INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008a; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008b; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008c).

publicado pela Comissão Internacional de Juristas. Algumas destas violações, amplamente relacionadas com o objeto deste trabalho, estão relatadas abaixo.

Os problemas de acesso à justiça estão sobremaneira conectados à ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais tal como difundida nesta pesquisa. Devido ao grande poderio econômico e/ou político e jurídico de diversos atores privados, cidadãos que tiveram direitos fundamentais violados não estão conseguindo (ou estão conseguindo de maneira precária) ter acesso à justiça, como será demonstrado nos casos narrados nas linhas subsequentes.

3.4.1 O Caso do Amianto

Segundo o relatório acima mencionado, cerca de 3.500 pessoas têm doenças pulmonares causadas pela exposição ao amianto no Brasil. Nosso país ainda figura entre os cinco maiores produtores mundiais e usuários do amianto, o qual é empregado desde a confecção de telhas e caixas d'água até na produção de pastilhas de freio, entre outros produtos (VIEIRA, et al, 2011, p. 44).

O Instituto Brasileiro de Crisotila, representante de diversas empresas do setor, vem argumentando que a utilização do amianto na produção industrial não ofereceria riscos à saúde dos trabalhadores por se dar de acordo com as limitações e impedimentos previstos na Lei Federal 9.055/95 (norma que disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do amianto).

Entretanto, apesar das diretrizes traçadas por esta lei, quatro estados, entre eles o Estado de São Paulo, apoiando-se na competência concorrente para legislar sobre saúde (art. 24, XII, CF)⁷⁰, proibiram em suas circunscrições a fabricação, o uso e a compra de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou outros minerais que contenham fibras de amianto na sua composição. (VIEIRA, et al, 2011, p. 44).

Apesar disso, em São Paulo ainda há empresas que comercializam produtos com amianto amparadas por liminares (VIEIRA, et al, 2011, p. 46). Nestes casos, barreiras de acesso à Justiça e dificuldades de chegar ao Judiciário foram identificadas. Alguns exemplos: distância física dos lesados à Justiça;

⁷⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

desconhecimento dos cidadãos de seus direitos; dificuldade na produção de provas; os custos gerais da Justiça; a percepção da morosidade da prestação judicial que motivaram à realização de acordos extrajudiciais entre empresas e trabalhadores para estabelecimento de uma indenização muitas vezes calculada em valor inferior às indenizações arbitradas ordinariamente pela justiça (VIEIRA, et al; 2011, p. 48).

Outro problema estrutural relatado refere-se ao fato de que muitas situações individuais semelhantes tiveram resultados diferentes, dependendo do tribunal e do juiz que apreciou o caso. René Mendes, ex-diretor da Organização Internacional do Trabalho (OIT), também indica como obstáculo a desigualdade de forças existente entre empresas e aqueles que defendem o fim do uso do amianto, denunciando a grande influência exercida pelas empresas em prol da manutenção do amianto e o forte lobby que exercem no interior do Ministério de Minas e Energia. (VIEIRA, et al, 2011, p. 47-48).

Nota-se, assim, a íntima relação destas violações com o cerne deste trabalho científico: a violação de direitos fundamentais pelos grandes poderes privados é um problema de direitos fundamentais, principalmente quando nestas relações há ampla desigualdade fática.

3.4.2 O Caso das Revistas Íntimas em Empresas

Outra situação emblemática envolvendo a violação de direitos fundamentais por atores privados foi a “revista íntima” de empregados em seus locais de trabalho. O Relatório narra cinco ações judiciais relacionadas à revista íntima de empregados em seus locais de trabalho, sendo os réus tanto lojas de departamento, como supermercados de grande escala.

Os três primeiros casos ocorreram na Rede Marisa, enquanto os outros dois no supermercado Carrefour (VIEIRA, et al, 2011, p. 73-74).

Todas as cinco demandas foram apresentadas por ex-funcionários das companhias perante a Justiça do Trabalho, alegando, em termos gerais que: (i) a revista íntima violaria o direito à privacidade dos empregados; (ii) os direitos fundamentais são indisponíveis, ainda que os empregados deles abram mão por intermédio de contrato de trabalho; (iii) a cláusula antidiscriminação na Constituição e outras leis protegem os empregados.

Por seu lado, os empregadores alegaram que: i) o direito à propriedade lhes possibilita estabelecer procedimentos de segurança – que incluem a revista íntima – em suas lojas; ii) os empregadores têm um poder diretivo previsto no direito trabalhista, que lhes possibilitaria estabelecer as regras de procedimento para o local de trabalho relacionadas aos empregados (VIEIRA, et al, 2011, p. 73-74).

Com base no direito trabalhista e na Constituição, os autores dos cinco casos buscaram indenização pela violação de seus direitos após terem sido submetidos, durante o contrato, à revista íntima no local de trabalho. Quatro dos cinco casos foram decididos a favor dos autores. Os padrões utilizados para arbitramento da indenização foram: (i) o status sócio-econômico do empregado em comparação com a influência econômica da empresa/empregadores; (ii) dever objetivo de agir de acordo com as normas legais e éticas [dever de boa-fé objetiva], pelo empregador (VIEIRA, et al, 2011, p. 73-74).

Percebe-se, portanto, que muitos dos aspectos previamente trabalhados foram perpassados de maneira indireta nestas decisões: a cláusula geral como porta de entrada dos direitos fundamentais; a desigualdade material como critério para aplicação (ou não) da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.5 EFICÁCIA HORIZONTAL E ACESSO À JUSTIÇA

Na esteira do que foi apresentado, é notável que, apesar de grandes avanços no que se refere ao acesso à justiça, ainda permanecem diversos obstáculos ao mesmo. Um deles, e, o que mais intimamente se comunica com esta pesquisa, tal como desenhado no tópico anterior, relaciona-se à violação de direitos fundamentais por parte de grandes conglomerados privados.

Nestes casos, o papel do particular é muito mais difícil, visto que a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais ainda não é exatamente difundida, sendo as empresas visualizadas como simples atores privados.

De acordo com Vieira, os principais problemas de acesso à justiça relacionados à violação de direitos fundamentais por empresas são (VIEIRA, et al, 2011, p. 91):

i) dependência econômica das vítimas com a empresa: no caso da revista íntima, os empregados temiam perder seus empregos caso ingressassem com ações judiciais contra as empresas empregadoras.

ii) falta de regulamentação específica: nos casos de revista íntima, a falta de regulamentação acerca dos limites e de um adequado procedimento, gerou decisões conflitantes.

iii) poder político e econômico das empresas: no caso das empresas do ramo do amianto, estas possuem poder político e econômico suficientes para influenciar a realização de pesquisas, inclusive em âmbito científico. Tais pesquisas contribuem para o desconhecimento do problema pela população em geral e, em especial, pelos formuladores de políticas públicas e membros do Poder Judiciário, na medida em que visam negar ou minimizar os danos causados pelos produtos que comercializam e afastar sua responsabilidade.

Prosseguindo na análise dos direitos fundamentais relacionados ao cerne desta pesquisa, examina-se, no tópico abaixo, o devido processo legal e seus aspectos primordiais para, logo após, elucidar acerca de suas implicações e efeitos nas relações entre particulares.

3.6 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste tópico o marco teórico utilizado será Humberto Bergmann Ávila, o qual, apesar de algumas divergências, é um dos expoentes do pensamento alexyano no Brasil.

3.6.1 Origem do Devido Processo Legal

Anota-se a origem do devido processo na Inglaterra, com a Magna Charta Libertatum de 1215. Siqueira Castro narra que a locução *law of the land*, prevista no capítulo 39 (trinta e nove) daquele diploma, foi a versão inicial desta cláusula jurídica (CASTRO, 2003, p. 77). O capítulo dizia o seguinte: “*No free man shall be arrested, imprisoned, dispossessed, outlawed, exiled or in any,*

*way victimised, or attacked except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.*⁷¹”

Este dispositivo garantia aos homens livres (barões e latifundiários) a proteção dos direitos à vida, à liberdade e, principalmente, à propriedade, os quais só poderiam ser retirados pela *Law of the land* (lei da terra ou lei local). Apesar de não ter sido utilizada então a expressão *due process of law*, os estudiosos do direito inglês e também do estadunidense concluem que o *due process* nada mais é que um sinônimo da expressão *Law of the land*.

No século seguinte, mais precisamente em 1354 (durante o reinado de Eduardo III), o Parlamento Inglês promulgou uma lei onde a expressão *Law of the land* foi substituída por *due process of Law* (CASTRO, 2003, p. 77). Este diploma, com o tempo, passou a ser entendido como uma verdadeira garantia dos cidadãos contra a iniquidade de seus soberanos.

Saltando alguns séculos, o *due process* cresceu de importância no final do século XVIII, quando foi introduzido na Constituição estadunidense na quinta e décima quarta emendas, uma vez que inicialmente aquela Constituição não previra um rol de direitos fundamentais dos cidadãos (SIQUEIRA CASTRO, 2003, p. 77-78; PAMPLONA, 2004, p. 40-41).

Danielle Pamplona (2004, *passim*) denota que o *due process*, para a literatura constitucional americana, tem duas vertentes: a vertente processual (*procedural*) e a vertente material ou substancial (*substantive*). Estas facetas serão vistas a seguir, com a observação focada ao seu eventual cabimento no cenário constitucional brasileiro.

3.7 ASPECTO MATERIAL OU SUBSTANCIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O aspecto material do devido processo legal foi abordado pela primeira vez no território americano no caso *Dred Scott v. Sanford* (1857), em que a *Supreme Court* decidiu que uma lei, a qual determinava a privação do direito de propriedade do dono sobre os escravos quando estes ultrapassassem certas fronteiras territoriais, era violadora do devido processo legal em seu aspecto material.

⁷¹ Tradução livre: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado, perderá sua propriedade, nem será banido, exilado ou vitimizado exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.

Outro caso emblemático foi *Munn v. Illinois* (1877), tendo a Suprema Corte, novamente, declarado a não incidência do *due process* em uma lei estadual que regulava taxas cobradas pelo transporte e manutenção de grãos. Nesta oportunidade, o *Chief Justice Waite* (equivalente do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal no Brasil) salientou que, para proteção contra os abusos dos legisladores, a população deveria recorrer às eleições (PAMPLONA, 2004, p. 47-48).

Nessa trilha, a jurisprudência da Suprema Corte evoluiu em relação à aplicação do devido processo legal substancial, tendo os *Justices*⁷², em 1897 (*Allgeyer v. Louisiana*), declarado nula a lei do Estado da Louisiana que proibia os cidadãos daquele Estado de contratarem seguros de empresas não licenciadas naquele Estado (PAMPLONA, 2004, p. 50). A partir deste momento, aquela Corte mudou seu entendimento, aplicando, no período que vai de 1899 a 1937, a cláusula do devido processo legal substancial mais de cento e cinquenta vezes em suas decisões (PAMPLONA, 2004, p. 51).

A proteção do devido processo legal nos Estados Unidos, como salienta Pamplona, passou por diversos estágios, sendo que, durante o primeiro período (1899-1937), o *due process* era visto pela Corte como uma cláusula para proteção da liberdade contratual, impedindo a invasão por parte dos Estados federados na esfera individual dos cidadãos (PAMPLONA, 2004, p. 56).

A segunda fase foi marcada pela abstenção da Corte na aplicação do devido processo legal material em legislações que tratassem do direito do trabalho (diametralmente oposta à ideia dominante no primeiro estágio) ou econômico; enquanto na terceira fase (fase atual) a Corte vem visualizando a cláusula do devido processo legal substancial como um direito à proibição dos excessos estatais em matérias distintas como direito à privacidade, aborto, casamento, entre outros, servindo como um parâmetro para aferição da *reasonableness* ou razoabilidade (PAMPLONA, 2004, p. 59; 64).

3.7.1 O Aspecto Material e Sua Aplicação no Brasil

Entende-se aqui que o aspecto material do devido processo legal nada mais é que um teste de proporcionalidade em sentido estrito. Nesse liame, é possível verificar que em algumas oportunidades este aspecto foi aplicado no Brasil.

⁷² Equivalente estadunidense aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063, relatada pelo Ministro Celso de Mello, o STF entendeu que a legislação deve passar por um teste do aspecto material do devido processo legal para que se perceba se o ato legislativo é razoável/proporcional. Veja-se um trecho da ementa:

[...] Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. [...] O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (BRASIL, 2001)

A mesma coisa foi realizada no Recurso Extraordinário 200.844 (BRASIL, 16/ago./2002), também relatado pelo Ministro Celso de Mello:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, § 1º, E ART. 9º) - PROCESSO ELEITORAL DE 1994 - SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL - CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI - IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO - DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) - INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA - [...] ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW - CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: A Constituição Federal, ao proclamar os postulados básicos que informam o regime democrático, consagrou, em seu texto, o estatuto jurídico dos partidos políticos. O princípio constitucional da autonomia partidária - além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos - cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal. Ofende o princípio consagrado pelo art. 17, § 1º, da Constituição a regra legal que, interferindo na esfera de autonomia partidária, estabelece, mediante específica designação, o órgão do Partido Político competente para recusar as candidaturas parlamentares natas. [...] SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe

restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law.

Contudo, chega-se a um questionamento: o aspecto material do devido processo legal tem lugar em nosso ordenamento jurídico? Ou melhor, a cláusula material do devido processo legal mostra-se como necessária para que seja feito um teste de razoabilidade/proporcionalidade no julgamento de constitucionalidade?

Aqui se percebem algumas imprecisões conceituais e terminológicas do Supremo Tribunal Federal. Já foi explicado que, segundo a teoria de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade existe em razão até da estrutura naturalmente colidente dos princípios, ou seja, não é necessária uma cláusula específica de proporcionalidade para que seu teste seja realizado. Além disso, percebe-se um uso indistinto da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos, sendo que, claramente, não o são.

Humberto Ávila, em artigo específico sobre o devido processo legal, disse que os deveres de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita (máxima da proporcionalidade) estão ínsitos nos próprios princípios a serem realizados (esta conclusão é semelhante àquela de Alexy). Para que um princípio seja utilizado no caso concreto ele deve ser adequado, necessário e proporcional em relação às outras normas (ÁVILA, 2008, p. 51-52).

O autor gaúcho salienta que o dever de proporcionalidade erige-se da própria existência dos princípios, vez que a existência de um princípio pressupõe o dever de promovê-los adequadamente (ÁVILA, 2008, p. 54).

Já o dever de razoabilidade, para Ávila (2008, p. 53), deriva-se do princípio da igualdade: “igualdade exige que dois ou mais sujeitos ou situações sejam diferenciados em relação a uma finalidade, cuja realização pressuponha o uso de determinado critério que com ela mantenha vínculo de razoabilidade”.

Sendo os princípios de liberdade e igualdade os fundamentos da proporcionalidade e razoabilidade, o apelo ao devido processo legal como seu fundamento é desnecessário e redundante. Para fundamentar isto, Ávila (2008, p. 56) elucida que nas constituições pretéritas a 1988 não havia a cláusula do devido processo legal e, mesmo assim, as exigências de razoabilidade e proporcionalidade foram utilizadas pelo Supremo.

Por isso Ávila (2008, p. 56) sustenta que a expressão 'devido processo legal substancial' é inconsistente, pois dela transparece que no devido processo legal procedimental não há razoabilidade e proporcionalidade. O autor (2008, p. 58), portanto, sugere que o devido processo legal deve ser compreendido como unicamente procedimental, apresentando o devido processo legal o seguinte conteúdo: *deve haver um processo; ele deve ser justo; ele deve ser compatível com os direitos fundamentais.*

Além disso, o legislador constitucional já enumerou algumas das enunciações do devido processo legal, as quais em outros países foram criadas pela doutrina e jurisprudência, como o juiz natural e imparcial, a ampla defesa e o contraditório, a motivação, a publicidade e a proibição de prova ilícita.

3.8 ASPECTO PROCESSUAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Superada a incidência do aspecto material do *due process* no Brasil em termos teóricos, haja vista que os tribunais vem utilizando-o largamente, passe-se à análise do conteúdo jurídico do aspecto processual do devido processo legal.

Segundo Carlos Mário da Silva Velloso (1994, p. 05), o *due process* formal compreenderia: a) inafastabilidade do Judiciário – como o direito fundamental de ação e o direito fundamental de acesso à justiça; b) direito fundamental a um juiz natural (com garantias, como inamovibilidade e vitaliciedade), independente e imparcial; c) direito fundamental ao contraditório – direito de defesa e suas implicações, cientificação do processo, contestação, produção de prova; d) procedimento regular, com normas preestabelecidas.

De acordo com a pena de Nelson Nery Júnior (2011, p. 86), nos Estados Unidos o aspecto processual do devido processo legal significa o dever estatal de propiciar às partes: i) comunicação adequada do teor da ação; ii) um juiz imparcial; iii) oportunidade de defender-se oralmente e apresentar provas perante o

juiz imparcial; iv) possibilidade de contrariar as provas produzidas contra si e de reperguntas às testemunhas da parte contrária; v) defesa técnica; vi) decisão fundamentada; vii) processo com existência de provas robustas; viii) audiência preliminar sobre as provas produzidas (*discovery hearing*); ix) direito à transcrição dos atos processuais; x) direito de que o ônus da prova seja suportado mais pesadamente pelo ente estatal.

No que concerne às garantias inerentes ao devido processo no âmbito brasileiro, Nery Júnior (2011, p. 87) citando Celso de Mello, nota as seguintes: i) direito à citação e ao conhecimento da acusação; ii) direito a um rápido e público julgamento; iii) direito de não ser processado, julgado ou condenado com base em lei posterior aos fatos; iv) direito à paridade de armas com o órgão acusatório; v) direito a não ser acusado ou condenado com provas ilícitas; vi) direito à assistência judiciária; vii) direito a não autoincriminação. Nery Júnior (2011, p. 87) ainda salienta que o devido processo legal em seu âmbito processual também denota: i) igualdade das partes; ii) garantia do *jus actionis*; iii) respeito ao direito de defesa; iv) respeito ao contraditório.

Elizabeth Moura (2000, p. 97-98) adiciona ainda as garantias do *promotor natural* e da *publicidade processual* como corolários do devido processo legal.

Ângelo Pariz (2009, p. 179-250) de maneira interessante, considera como conteúdo do devido processo legal processual: i) a garantia do acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa; ii) paridade de armas; iii) juiz natural e promotor natural; iv) contraditório e amplitude de produção probatória; v) vedação à prova ilícita; vi) publicidade processual; vii) motivação das decisões; viii) duplo grau de jurisdição; ix) duração razoável do processo.

Para Humberto Bergmann Ávila (2008, p. 58-59), o devido processo legal procedimental exige sua realização nas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, contendo três elementos: o integrativo, para criação dos elementos necessários à promoção do ideal de protetividade; interpretativo, para interpretação ideal das regras que delineiam o citado princípio; bloqueadora, para impedir as regras incompatíveis com o princípio.

Desta forma, nota-se que o devido processo legal é composto por diversos mandamentos de otimização:

- i) direito a julgamento em um prazo razoável;

- ii) direito a um julgamento público;
- iii) direito a um julgamento motivado;
- iv) direito à produção de provas;
- v) direito a ser ouvido;
- vi) direito a ter as mesmas oportunidades que seu oponente processual;

As facetas do devido processo legal acima elencadas serão utilizadas no capítulo precedente, quando o modelo apresentado de vinculação dos particulares a direitos fundamentais for aplicado.

4 INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS – SOLUÇÕES E ESTUDO DE CASOS

A partir das anotações realizadas nos capítulos anteriores, chega-se à parte final desta pesquisa, isto é, à investigação específica de dois casos concretos: um referente à Sociedade Esportiva Palmeiras e outro atinente à União Brasileira de Compositores. Tomando como paradigmas estas situações, pretende-se, de forma objetiva, demonstrar a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nestas relações particulares por meio das balizas construídas neste trabalho.

4.1 CASO DA REFORMA ESTATUTÁRIA NA SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS

A Sociedade Esportiva Palmeiras é um dos clubes mais tradicionais do futebol brasileiro. Já conquistou inúmeros títulos e honrarias, nacionais e internacionais. Objetiva-se analisar recentes fatos ligados a seu processo eleitoral e regimental e de que maneira relacionam-se com o tema da presente dissertação.

Diferentemente de outros tradicionais clubes brasileiros (como o Sport Club Corinthians Paulista e o Sport Club Internacional), o processo eleitoral no Palmeiras é indireto. Existem diversos ‘filtros’ a conter a totalidade dos sócios. Para melhor entendimento é necessário um básico panorama do seu processo eleitoral.

Quem elege o Presidente da Sociedade Esportiva Pameiras é o Conselho Deliberativo, o qual é formado por 152 (cento e cinquenta e dois) conselheiros eleitos em Assembleia Geral e por até 148 (cento e quarenta e oito) conselheiros vitalícios⁷³. Para ser elegível ao Conselho é necessário que o associado seja sócio há pelo menos 08 (oito) anos⁷⁴ e faça parte de uma das chapas. Já as condições de elegibilidade ao cargo de Presidente exigem que o candidato tenha sido Conselheiro por pelo menos 08 (oito) anos. Além disso, os eleitores da Assembleia Geral não são todos os sócios, são apenas os sócios com pelo menos 03 (três) anos de associação.

⁷³ Os conselheiros vitalícios são nomeados pela Presidência, de acordo com o artigo do Estatuto Social do Palmeiras.

⁷⁴ Leitura conjunta dos artigos 27, IV e 53, *caput* do Estatuto.

Assim, temos alguns graus de importância dos associados da Sociedade Esportiva Palmeiras, respectivamente enumerados de acordo com a relevância, em ordem crescente:

- a) o recém associado, que não tem direito a voto;
- b) o associado há 03 (três) anos ou mais, o qual pode votar para o Conselho Deliberativo, porém, não pode ser votado para o mesmo Conselho;
- c) o associado há 08 (oito) anos ou mais, o qual pode votar e ser votado para o Conselho Deliberativo;
- d) o associado Conselheiro Vitalício⁷⁵, que terá cadeira no Conselho Deliberativo por todo seu período de vida, podendo votar e ser votado nas eleições à Presidência;
- e) o associado que já atuou como Conselheiro por 08 (oito) anos ou mais, o qual é elegível como Presidente ou Vice-Presidente.

A partir deste delineamento, é razoável afirmar a existência de uma forte corrente de conservação do poder dentro da Sociedade Esportiva Palmeiras. Existe muito pouca oxigenação no topo, com uma tendência de concentração do poder nas mãos de associados antigos, aliada a uma neutralização de novas tendências e novas ideias ao se impossibilitar aos recém-associados o direito ao voto.

Esta cultura encontra-se arraigada principalmente na ideia por trás dos Conselheiros Vitalícios, uma vez que são escolhidos pelo Presidente do clube dentre os associados há mais de 08 (oito) anos, compondo metade do colégio eleitoral.

Visando corrigir esta característica de intensa concentração de poder, em março de 2011, 81 (oitenta e um) conselheiros encaminharam ao presidente do Conselho Deliberativo, José Ângelo Vergamini, um pedido de alteração estatutária que, entre outros itens, estabelecia eleições diretas para a presidência do Palmeiras. De acordo com o Estatuto Social do Palmeiras (art. 76-B), o quórum mínimo para um pedido de alteração Estatutária é de 1/5 (um quinto) do

⁷⁵ Segundo o artigo 78 e incisos do Estatuto, poderão ser Conselheiros Vitalícios os *ex-presidentes*, *ex-vice-presidentes* tanto do clube como do Conselho Deliberativo ou do Conselho de Orientação e Fiscalização. Estes, segundo o próprio Estatuto, terão preferência nas vagas. Quem também pode ser Vitalício são os associados beneméritos, sendo um dos requisitos para a benemerência a associação há pelo menos 12 (doze) anos.

eleitorado, o que corresponde a sessenta assinaturas, estando o pedido de alteração estatutária em acordo com as normas sociais (BATISTA, 2012).

Contudo, apesar de regular, o pedido de alteração estatutária não recebeu qualquer movimentação por parte do Presidente do Conselho Deliberativo, que não marcou Reunião Extraordinária deste Conselho para discussões prévias sobre a matéria, ou muito menos convocou Assembleia Geral Extraordinária para votação acerca do tema (LAVIERI, 2011a)⁷⁶.

Os meses de inércia em colocar a mudança estatutária em votação levaram 07 (sete) Conselheiros palmeirenses a ajuizarem na Justiça Comum Estadual de São Paulo, em setembro de 2011 (conforme dados do Tribunal de Justiça de São Paulo), uma *ação de obrigação de fazer* em face da Sociedade Esportiva Palmeiras, requerendo que o Presidente do Conselho Deliberativo colocasse na pauta do Conselho e da Assembleia Geral o pedido de alteração estatutária.

A liminar foi negada (LAVIERI, 2011a), entendendo a Justiça não haver *periculum in mora*. Em seguida, a ação foi contestada e, segundo apurou Lavieri (2011b), a defesa da Sociedade Esportiva Palmeiras teve dois principais pontos:

- i) o artigo 76-B do Estatuto (que contém as regras para pedidos de alteração estatutária) está redigido na modalidade condicional (*poderá*), o que acarretaria, portanto, a submissão do pedido à Assembleia Geral seria uma faculdade do presidente do Conselho Deliberativo;
- ii) A Sociedade Esportiva Palmeiras é uma entidade privada e, como tal, não poderia sofrer ingerência estatal em seu funcionamento interno;

A respeito do primeiro argumento, por fugir à temática, remete-se ao leitor para a leitura do Estatuto (–anexo A) para que tire suas próprias conclusões. Em relação ao segundo argumento, é possível afirmar que, utilizando das noções já construídas ao longo desta pesquisa: por não haver prévia disciplina legislativa a respeito do caso em análise, deve-se utilizar apenas o que foi trabalhado no item ii.1 do tópico 2.6 (critérios na inexistência de mediação legislativa).

⁷⁶ Ou seja, não tomou as providências estatutariamente previstas.

Neste diapasão, é cristalino que a relação entre a Sociedade Esportiva Palmeiras e seus sócios não é eminentemente econômica, ao contrário, o que deslança para uma solução mais pautada em direitos fundamentais.

Além disso, a relação entre a Sociedade Esportiva Palmeiras, mais especificamente do Presidente do Conselho Deliberativo e seus sócios, é nitidamente vertical, ou seja, principalmente no caso apresentado, existe uma clara posição de poder por parte do Presidente do Conselho, o qual, inclusive, “engavetou” a proposta de eleições diretas sem maiores justificativas. Nesta linha, os parâmetros criados anteriormente direcionam a solução para uma incidência de direitos fundamentais no caso das Eleições Diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras. Para tanto, indaga-se: qual (is) o (s) direito (s) fundamental (is)?

Também seguindo o que já foi trazido anteriormente, destaca-se que o direito fundamental violado aqui é o *devido processo legal* em seu aspecto *duração razoável do processo*. Não é razoável que, sem maiores explicações ou justificativas (excesso de pedidos em tramitação, pouco prazo para discussões, dentre outras), um projeto de tamanha magnitude não seja colocado em discussão pelo Presidente do Conselho Deliberativo. Apesar da polissemia do termo *razoável*, é nítido que seis meses (prazo este decorrido até o ajuizamento da ação) sem qualquer tramitação do pedido, é um prazo irrazoável.

Além disso, outro aspecto do devido processo legal que foi violado é o *direito a ser ouvido*. No caso, 81 (oitenta e um) conselheiros assinaram o pedido de alteração estatutária, esperando que a eles fosse dada uma oportunidade (durante a Reunião Extraordinária do Conselho Deliberativo convocada para discussão ou durante a Assembleia Geral Extraordinária) de apresentarem as razões para seu pedido perante seus companheiros associados, e até isso lhes foi negado.

Assim, percebe-se que a conduta da Sociedade Esportiva Palmeiras violou os direitos fundamentais de seus associados ao não lhes conceder nem o direito a uma razoável duração do processo, nem o direito a serem ouvidos perante seus pares.

Ademais, não é possível concluir pelo acerto ou desacerto do Judiciário paulista, uma vez que não houve decisão de mérito, apenas decisão liminar. É necessário, outrossim, salientar que tampouco haverá decisão de mérito, visto que as partes chegaram a um acordo (já homologado segundo consulta ao sítio do TJ/SP), com o Conselho Deliberativo do Palmeiras, comprometendo-se a colocar

em votação o projeto das Diretas⁷⁷, com a desistência no prosseguimento da ação por parte dos associados (BATISTA, 2012).

De tudo isso se extrai que houve uma violação por um particular (Sociedade Esportiva Palmeiras) do direito fundamental ao devido processo legal de outro particular (seus associados), nas modalidades razoável duração do processo e direito a ser ouvido. Portanto, a solução da contenda deve ser pautada em direitos fundamentais tendo em vista a natureza da relação jurídica em jogo: não econômica e desigual.

4.2 O CASO UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES

Como já mencionado em linhas acima, a mais clara atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais nas relações privadas foi no Recurso Extraordinário 201.819 (BRASIL, 27/out./2006). O caso versava sobre uma associação que excluía de seus quadros um associado sem lhe proporcionar direito a se defender. A associação (União Brasileira de Compositores - UBC) compusera comissão especial, na forma do Estatuto, para analisar acerca da exclusão do associado (o estatuto não previa o direito do acusado de ser ouvido).

Na segunda instância fluminense, decidiu-se por anular a exclusão e reintegrar o associado. Motivada por isto, a UBC interpôs recurso extraordinário, argumentando a inaplicabilidade do direito à ampla defesa no caso, visto que se tratava de entidade privada, possuidora de estatutos e atos regimentais próprios.

A relatora Ministra Ellen Gracie entendeu que não havia qualquer problema de cunho constitucional *in casu*, por se tratar de questão eminentemente privada (uma matização na aplicação da *state action*).

O Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos e dissertou de maneira extensa sobre algumas das teorias da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Existiram algumas particularidades interessantes no voto do Ministro Mendes, como bem salientado por Gorzoni (2009, p. 522-523). Inicialmente, Gilmar Mendes evidenciara a raridade do caso, afirmando ser “caso típico de direitos fundamentais nas relações privadas”. Contudo, mais ao final de seu voto, ele colacionou algumas decisões de um “histórico identificável” acerca de casos

⁷⁷ O que foi efetivamente feito.

envolvendo direitos fundamentais nas relações privadas, o que, de certa forma, é uma contradição, por dois motivos: i) o caso passa a não ser tão raro se existem precedentes; ii) em nenhum dos precedentes escolhidos tratou-se especificamente de direitos fundamentais em relações privadas.

De qualquer forma, mesmo sem adotar uma teoria específica e com algumas imprecisões conceituais, o Ministro Gilmar Mendes posicionou-se pela existência de prejuízo ao recorrido, por este não ter recebido adequado direito à defesa.

Por seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa acompanhou a divergência, colacionando diversos trechos da obra de Daniel Sarmento. Em seu voto, Barbosa observou que a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas deve ser aferida *caso a caso*. Além disso, sustentou que, de alguns trechos da Constituição, existe imposição explícita de direitos fundamentais aos particulares, o que sinalizaria no sentido de uma eficácia direta, todavia, não houve uma fixação clara de posição.

O Ministro Carlos Velloso acompanhou a relatora, apontando que se tratava de mero problema de legalidade e não de constitucionalidade.

Por fim, desempatando, o Ministro Celso de Mello, posicionando-se abertamente a favor da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (apoiado em Sarlet e Steinmetz) defendeu que houvera sim, violação aos direitos do recorrido. O Ministro arrematou sua argumentação da seguinte maneira:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições impostas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (BRASIL, 2006).

De forma resumida, isto é o que foi discutido no bojo do Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Após esta breve explanação, passa-se a analisar alguns aspectos desta decisão.

Inicialmente, não foi possível ainda identificar se o julgamento do RE 201.819 trouxe mudanças nos entendimentos do Supremo. O único caso posterior possível de ser citado com alguma relação ao caso supra narrado foi o julgamento

do RE 407.688, o qual discutia acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação. Neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa colacionou trechos de seu voto no RE 201.819, afirmando que se tratava de questão envolvendo direitos fundamentais nas relações privadas. Já o Ministro Celso de Mello trouxe a lume alguns questionamentos sobre direito civil-constitucional e sobre a dicotomia público-privado.

Entretanto, não parece que na demanda havia incidência de direitos fundamentais nas relações privadas. Isto porque se tratava de uma análise da constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90⁷⁸ - uma decisão legislativa – ou seja, não havia ali um ato de autonomia privada restritivo a direitos fundamentais. Consistia numa execução forçada em face de um fiador locatício; o locador, por si, não havia criado nenhuma situação violadora de direitos fundamentais.

Por isso, a invocação de aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, neste caso, foi irrelevante e equivocada. Desse modo, não é possível ainda detectar alguma evolução/continuação de pensamento na Corte Suprema brasileira, já que não houve ainda casos posteriores ao RE 201.819 que envolvessem a mesma matéria.

Em relação à fundamentação utilizada no julgamento do RE 201.819 há pontos positivos e negativos. O principal ponto positivo foi que o STF finalmente enfrentou a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de maneira clara. Além disso, louvável a menção no voto do Ministro Gilmar Mendes à ideia, trazida no bojo de um trecho de Paulo Gonet Branco, de diferenciação das associações de cunho expressivo (ideológico/religioso) das de cunho não-expressivo (do inglês *non expressive*). A noção em muito se assemelha ao que foi trabalhado anteriormente na presente pesquisa no que se refere à *essencialidade* e *economicidade* das relações privadas.

Outra boa lembrança, também do voto do Ministro Gilmar Mendes, foi a evidenciação do caráter *quase público* da União Brasileira de Compositores, a qual é responsável pela divisão das verbas do Escritório Central de Arrecadação e

⁷⁸ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Distribuição (ECAD). Este caráter “semipúblico” da UBC é mais um sinal da necessidade de incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Num dos poucos momentos mais incisivos no julgamento, o Ministro Mendes assim se posicionou:

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço [...] a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD que [...] exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um *serviço público por delegação legislativa*. Esse caráter *público* ou *geral* da atividade parece decisivo aqui para legitimar a *aplicação direta* dos direitos fundamentais. [grifos no original]

Um ponto negativo neste julgamento, presente na maioria das manifestações da casa julgadora, é a recitação acrítica de ementas e julgados, sem uma análise mais aprofundada de suas bases. Esta acriticidade esteve principalmente nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello. Ambos mencionaram que o RE 201.819 (UBC) era um caso peculiar e, mesmo assim, optaram por citar como argumento persuasivo as decisões prolatadas no RE 161.243/DF conhecido como caso Air France (29/out./1996), no Agravo de Instrumento 346.501/SP (BRASIL, 25/fev./2005), no RE 160.222/RJ (BRASIL, 01/set./1995) e no RE 158.215/RS (07/jun./1996).

O grande problema é que no inteiro teor destes acórdãos não se nota qualquer menção ou discussão de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Inclusive, excetuando-se o acórdão do RE 161.243, os acórdãos são demasiadamente sucintos, com votos de 02 (duas) laudas, sem qualquer análise teórica mais apurada.

Desta feita, apesar da evolução no tratamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, são necessários maiores cuidados. É inoportuna a “colagem” de diversas ementas de julgamentos pretéritos sem uma maior atenção ao inteiro teor dos acórdãos.

Além disso, também preocupa a falta de apuro técnico na solução da questão da eficácia horizontal. Nem mesmo os Ministros que se posicionaram de modo favorável à aplicação criaram um mínimo parâmetro para decisões futuras. Todos os ministros resumiram-se a apontar que a solução deve ser dada caso a caso. Obviamente, não se discorda, todavia, é necessário o estabelecimento de um padrão mínimo, de parâmetros balizadores.

Utilizando-se dos marcos criados anteriormente e que também integram o objeto desta pesquisa, pode-se inferir que, à época do julgamento do RE 201.819, tínhamos a seguinte situação: i) inexistência de prévia mediação legislativa⁷⁹; ii) relação jurídica com eminente desigualdade fática e pautada principalmente pela economicidade (devido à distribuição de verbas do ECAD); iii) ausência de autenticidade da vontade do particular violado.

Passando-se à aplicação das balizas edificadas neste trabalho, é razoável afirmar que, devido à economicidade, como já debruçado anteriormente, a eficácia horizontal deveria ser evitada, *prima facie*. Contudo, pela grande desigualdade fática existente no caso analisado, a eficácia horizontal deveria, ao contrário, ser fomentada. Temos então uma situação de contradição.

Neste ponto, analisa-se a autenticidade de vontades, a qual forçosamente indica na direção de uma aplicação de direitos fundamentais. Isto porque o particular faz parte da União Brasileira de Compositores não por uma vontade intrínseca e sim por ela ser a distribuidora de verbas do ECAD. Nesta perspectiva, portanto, a decisão do Tribunal Constitucional brasileiro foi acertada, uma vez que se trata de caso típico de exclusão indevida do quadro de associados, completamente dissociada do devido processo legal, principalmente no que tange ao direito a ser ouvido, no direito a um julgamento motivado e no direito à produção de provas.

Todavia, o que aconteceria se, à época, já houvesse mediação legislativa?⁸⁰ Parece que pouca coisa mudaria neste caso, já que o legislador criou uma cláusula geral nitidamente benéfica para os associados e não para as associações. Além disso, como anteriormente trabalhado, a solução da contenda deve ser pautada nos critérios estabelecidos no parâmetro ii.1 também quando existir prévia mediação legislativa, levando à mesma solução.

⁷⁹ Hoje há mediação legislativa no Código Civil, ainda que muito tímida:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005).

⁸⁰ Ver nota de rodapé acima.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi abordado acerca de direitos fundamentais, acesso à justiça e devido processo legal, é possível a redação de algumas considerações finais, sem, entretanto, qualquer pretensão de ser a resposta final a qualquer dos temas, mas sim, no sentido de propiciar um caloroso e frutífero debate na academia.

A presente pesquisa pautou-se pela teoria alemã de Robert Alexy como marco teórico, valendo-se da mesma para sustentar suas próprias premissas, as quais são retomadas brevemente nestas linhas finais para se delimitar especificamente o traço conclusivo deste trabalho. Em sendo assim:

1) Dos enunciados normativos, que podem ser em texto outras formas, extraem-se normas de conteúdo deontológico. As normas de direito fundamental são aquelas dentro ou fora da Constituição que constituam direitos subjetivos às pessoas e tenham sido, desta maneira, retiradas da esfera de disponibilidade do legislador ordinário.

2) A ideia de direitos fundamentais não oriundos diretamente da Constituição retira-se do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira. Disso, depreende-se a ideia alexyana de direitos fundamentais atribuídos, os quais são direitos que, por construção lógica, derivam-se das normas constitucionais formalmente embutidas no catálogo. Um exemplo disso é a construção do direito a não incriminação pelo Supremo Tribunal Federal, que tem como base o artigo 5º, LXIII, o qual garante apenas o direito ao silêncio do acusado.

3) Os direitos fundamentais não são absolutos. Segundo a interpretação de Robert Alexy, os direitos fundamentais podem ter características tanto de princípios como de regras. Regras são mandamentos definitivos (tudo ou nada), enquanto princípios são mandamentos de otimização, *prima facie*. Em sua maioria, os direitos fundamentais têm natureza de princípios.

4) As principais críticas à teoria dos princípios de Alexy ligam-se à noção da perda do caráter deontológico e binário do Direito devido à utilização do sopesamento/ponderação, atividades que seriam irracionais para Habermas. A crítica habermasiana pode ser respondida com a utilização dos concretos e duros métodos de fundamentação/argumentação de Alexy. Qualquer decisão que utilize a ponderação nas bases alexyanas deve, necessariamente, seguir um estrito padrão

argumentativo, diminuindo assim, sobremaneira, a possibilidade de decisões irrefletidas.

5) Em relação à conexão entre direito e moral, Alexy visualiza a existência de uma conexão necessária (classificadora) entre direito e uma moral *correta fundamentada*, refutando a presença de uma moral conteudística. Ele embasa suas conclusões no argumento da injustiça de Radbrüch, na pretensão à correção e nos princípios.

6) A ideia de direitos fundamentais atribuídos é de suma importância para a fundamentação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil. Da ideia de supremacia da Constituição, da dignidade da pessoa humana e da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais cria-se a ideia atribuída de que os direitos fundamentais também se aplicam aos particulares. Ora, se a Constituição vincula a todos, possuindo algumas normas que dizem respeito especificamente aos particulares, não há porque pensar que todas as suas normas, eventualmente, não poderiam ser oponíveis aos particulares.

7) Estabelecida a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como demonstrado por esta pesquisa, resta saber a maneira desta incidência. Algumas teorias buscam solucionar o impasse. Foi possível perceber que a principal teoria estadunidense (*state action*) não se mostra à altura do desafio, por ser errática e pouco lógica, servindo mais como um instrumento decisionista da Suprema Corte, utilizada à conveniência dos *Justices*. A teoria de Jürgen Schwabe (convergência estatista) também não se mostra suficiente para responder o questionamento, tendo em vista que acaba colocando o Estado como o único culpado da violação de direitos fundamentais por particulares, o que, obviamente, traria consequências perigosas.

8) Sendo assim, duas teorias têm maiores favores na doutrina: a da eficácia mediata (indireta) e da eficácia imediata (direta). A teoria indireta propugna que primeiro o legislador realize uma restrição à autonomia da vontade para que o juiz só atue num segundo momento. Esta teoria baseia-se na criação de cláusulas gerais pelo legislador, que seriam posteriormente “preenchidas” pelo magistrado. Contudo, a utilização das cláusulas gerais acaba sendo tecnicamente imprecisa ao se utilizar a ideia de direitos fundamentais alexyanos, vez que acaba por misturar o conceito de princípios como mandamentos de otimização e de princípios como cânones interpretativos.

9) Sendo assim, a única teoria que possui coerência, na concepção teórica desta pesquisa, é a teoria da eficácia direta (imediata). Segundo ela, as normas de direito fundamental operam diretamente entre particulares, independente de regulação legislativa, sendo aplicadas pelo magistrado, utilizando-se o modelo criado aqui.

10) Desta feita, interpretando-se as teorias expostas ao longo desta narrativa científica e, somada às concepções advindas da teoria de Robert Alexy, a presente pesquisa edificou os parâmetros balizadores da aplicação da teoria da eficácia imediata, sendo eles: i) Se, no caso concreto de restrição a direitos fundamentais numa relação entre particulares existir prévia mediação legislativa através de regras, o magistrado deverá, *prima facie*, priorizar a solução àquele caso através da subsunção e não através da ponderação; ii) Se, no caso concreto de restrição a direitos fundamentais numa relação entre particulares existir mediação legislativa através de cláusulas gerais e/ou princípios, aquele caso será solucionado através da ponderação de bens realizada pelo magistrado, seguindo os critérios do item seguinte; ii.1) Se, no caso concreto de restrição a direitos fundamentais numa relação entre particulares não existir mediação legislativa, o magistrado deverá realizar a ponderação ou não, tendo em vista três subcritérios: a) em se tratando de relações eminentemente econômico-patrimoniais (caso no qual a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser evitada, *prima facie*) ou de relação essencial (caso no qual a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser fomentada, *prima facie*); b) em se tratando de relação jurídica com eminente desigualdade fática (caso no qual a aplicação horizontal deverá ser fomentada, *prima facie*) ou se tratando de relação jurídica sinalagmática (caso no qual a aplicação horizontal deverá ser evitada, *prima facie*); c) em se tratando de relação jurídica dominada pela autenticidade de vontades, ou seja, o particular não estava numa situação de evidente risco quando aceitou aquela violação, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deverá ser evitada, *prima facie*.

11) O acesso à justiça é tido como um dos pontos mais importantes no estudo moderno do processo pela doutrina, sendo trazido à presente pesquisa com o escopo de evidenciar que este direito fundamental é constantemente violado nas relações entre particulares.

12) No Brasil, vem crescendo de importância nas constituições o acesso à justiça, sendo que na atual Carta é protegido inclusive o acesso à justiça

no caso de ameaça a direito. De acordo com Cappelletti e Garth, existem algumas grandes barreiras ao acesso à justiça, como: o problema das pequenas causas; o problema do tempo; o problema das possibilidades das partes; o problema dos interesses difusos; entre outros. Estes são os problemas mais comumente apontados nos estudos jurídicos.

13) Existem, contudo, problemas ligados a acesso à justiça que não são comumente retratados: os problemas de acesso à justiça ligados a violações de direitos fundamentais por atores privados. Nestes casos, devido ao grande poderio político, econômico e jurídico dos atores privados, as vítimas das violações vêm se deparando com extremas dificuldades de acesso à justiça.

14) No que diz respeito ao devido processo legal, como visualizado por Humberto Ávila, sustenta-se que o devido processo legal material é apenas um apelo à razoabilidade/proporcionalidade, entendendo-se aqui que o devido processo legal contém apenas o âmbito procedimental.

15) Assim sendo, o devido processo legal processual (procedimental) é uma série de exigências no interior de qualquer processo, como: direito a julgamento em um prazo razoável; direito a um julgamento público; direito a um julgamento motivado; direito à produção de provas; direito a ser ouvido; direito a ter as mesmas oportunidades que seu oponente processual.

16) Delineado isto, foram estudados dois casos típicos de violação do direito fundamental ao devido processo legal por atores privados, resultando num problema de acesso à justiça: o caso das eleições diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras e o caso União Brasileira de Compositores.

17) No caso envolvendo a Sociedade Esportiva Palmeiras, alguns conselheiros buscaram iniciar uma proposta de reforma estatutária no clube, com fins a promover as eleições diretas. Contudo, mesmo tendo realizado o pleito com o número hábil de assinaturas, o então presidente do Conselho Deliberativo entendeu por não colocar em pauta o pleito de mudança estatutária. Após diversos meses de inércia, alguns signatários da proposta ingressaram com uma ação judicial, requerendo obrigação de fazer. A Sociedade Esportiva Palmeiras contestou o pleito, alegando que o Palmeiras era uma entidade privada e como tal, tinha o direito de cuidar de seus problemas internos como bem quisesse.

18) No caso acima descrito, a relação entre a Sociedade Esportiva Palmeiras e seus sócios não era pautada por uma prévia mediação legislativa, não

tinha caráter econômico, ao contrário, o que apontava, *prima facie*, para uma solução pautada em direitos fundamentais. Além disso, a relação entre a Sociedade Esportiva e seus sócios era nitidamente vertical, onde uma das partes exercia o poder em detrimento da outra. Ou seja, com base nas balizas jusfundamentais criadas neste trabalho científico, deveria haver incidência de direitos fundamentais no caso das Eleições Diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras, como o direito a ser ouvido na relação processual e o direito à razoável duração do processo.

19) O segundo caso trabalhado foi o caso UBC, discutido no âmbito do RE 201.819/RJ, que se referia a uma associação que excluía de seus quadros um associado sem lhe proporcionar direito à defesa. O Estatuto em questão não previa o direito do acusado a se defender. O TJ/RJ decidiu pela anulação da exclusão e consequente reintegração do associado. Após, a UBC interpôs recurso extraordinário perante o STF, alegando a inaplicabilidade do direito à ampla defesa no caso, visto que se tratava de entidade privada, possuidora de estatutos e atos regimentais próprios. O Supremo improveu o recurso da associação. As principais bases da decisão foram: caso típico de direitos fundamentais nas relações privadas; prejuízo ao recorrido pela inexistência de direito à defesa.

20) A decisão da Suprema Corte no caso UBC foi acertada, apesar do frágil embasamento teórico. Assim, seguindo as balizas anteriormente mencionadas e que constituíram objeto desta pesquisa: não havia prévia mediação legislativa; tratava-se de relação jurídica com eminente desigualdade fática e pautada principalmente pela economicidade (devido à distribuição de verbas do ECAD); ausência de autenticidade da vontade do particular violado. Nesta situação, existe uma oposição entre necessidade *prima facie* de aplicação de direitos fundamentais oriunda da desigualdade fática em contraposição à desnecessidade *prima facie* advinda da economicidade na relação jurídica. Contudo, tendo em vista a ausência de autenticidade de vontades por parte do particular (ele não tinha escolha a não ser adentrar a associação, visto que ela distribuía as verbas do ECAD), a solução deve ser pela aplicação de direitos fundamentais.

21) Visualiza-se, outrossim, que os tribunais brasileiros ainda atuam de maneira tímida e pouco fundamentada na construção de precedentes na seara dos direitos fundamentais, principalmente no que tange à sua aplicabilidade horizontal.

22) Desta maneira, é o papel da doutrina criticar e propor novos modelos, de maneira a instar os órgãos judiciais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, a analisar e discutir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo a constituir um *standard*, um padrão relevante de decisões acerca da temática.

23) Assim, esta pesquisa buscou, em primeiro lugar, demonstrar a validade da aplicação horizontal dos direitos fundamentais; em segundo lugar, construir um balizamento teórico (fundamentado em Robert Alexy) para a aplicação horizontal dos direitos fundamentais; em terceiro lugar, analisou os direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao devido processo legal, de modo a delimitar o objeto de pesquisa; por fim, de forma a validar o anteriormente construído, realizou-se a análise de dois casos concretos: o caso eleições diretas na Sociedade Esportiva Palmeiras e o caso União Brasileira de Compositores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo, Landy, 2001.

_____. On the thesis of a necessary connection between Law and Morality: Bulygin's critique. **Ratio Juris**, v. 13, n. 2, jun./2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236833>. Acesso em: 25 jan. 2013.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008a.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

_____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito, razão, discurso**. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares in SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 223-244.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal, São Paulo, Companhia das Letras, 2000

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**, v. 163, p. 50-59, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). **Revista Forense**, v. 346, p. 113, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51-92.

BATISTA, Daniel. **Palmeiras marca eleição para presidente e definição de eleições diretas**. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 08/nov./2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/esportes,palmeiras-marca-eleicao-para-presidente-e-definicao-de-eleicoes-diretas,957109,0.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 666-671.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORELLI, Rafael de Souza. O limite máximo da medida de segurança. **Revista de direito público**, Londrina, v. 6, n. 3 p. 53-77, out./dez./2011. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8219/9069>>. Acesso em 23/jan./2013.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 160.222/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicação: 01/set./1995.

_____. **Recurso Extraordinário 158.215/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, publicação: 07/jun./1996.

_____. **Recurso Extraordinário 161.243/DF**. Relator: Ministro Carlos Velloso, publicação: 29/out.1996.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063**. Relator: Ministro Celso de Mello, publicação 27/abr./2001.

_____. **Recurso Extraordinário 200.844/PR**. Relator: Ministro Celso de Mello, publicação 16/ago./2002.

_____. **Habeas Corpus. 82.424/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves, publicação: 19/mar./2004.

_____. **Agravo de Instrumento 346.501/SP**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicação: 25/fev./2005.

_____. **Recurso Extraordinário 201.819/RJ**. Relator: Ministra Ellen Gracie, publicação: 27/out.2006.

Habeas Corpus 93.916/PA, Relator: Ministra Carmen Lúcia, publicação: 26/jun./2008.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010

CADEMARTORI, Luis Henrique. Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, p. 115-135, 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 223-244.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos Direitos Fundamentais na ordem-jurídico civil no contexto do Direito pós-moderno. In GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003a.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcisio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. (Org.). **Direitos humanos**: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados: Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. , p. 133-152.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. **Northwestern University Law Review**, v. 80, n. 3, 1985 p. 503-556. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty_scholarship>. Acesso em 05/out./2012.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Legitimação da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública. **Revista de Informação Legislativa**, v. 184, p. 171-190, 2009.

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça? In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001. p. 43-74.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Breves notas sobre o primado da constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 19-41, jul./set. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar; TRISTÃO, Ivan Martins. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. **Scientia Juris**, Londrina, v. 13, p. 47-64, nov./2009.

GARDBAUM, Stephen. The "horizontal effect" of constitutional rights. **Michigan Law Review**, v. 102, p. 388-459, 2003.

_____. Where the (State) Action is. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 4, out., 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=928982>>. Acesso em: 10 out. 2012.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**. A busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GODOY, Edvânia Fátima Fontes; GARCIA, Bianco Zalmora. Multiculturalismo e a indissociabilidade entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no estado democrático de direito. **Nomos**, Fortaleza, v. 30, p. 53-78, 2011.

GORZONI, Paula . A vinculação dos particulares a direitos fundamentais no STF: o julgamento do "Caso UBC" (RE 201.819-RJ) e alteração do modo de decidir do tribunal. In: Diogo R. Coutinho; Adriana M. Vojvodic. (Org.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **Corporate complicity & legal accountability**. Facing facts and charting legal path. International Commission of Jurists, Genebra, 2008a. v.1,

_____. **Corporate complicity & legal accountability.** Criminal law and international crimes. International Commission of Jurists: Geneva, 2008b. v. 2.

_____. **Corporate complicity & legal accountability.** Civil remedies. International Commission of Jurists: Geneva, 2008c. v. 3

KRZEMINSKA-VAMVAKA, Joanna. Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after *Viking Line*. **Jean Monnet Working Paper**, n. 11, 2009. Disponível em: <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091101.html>>. Acesso em: 03 out. 2012.

LAVIERI, Danilo. **Justiça nega pedido por votação de eleição direta no Palmeiras.** iG, São Paulo, 06/set./2011a. Disponível em: <<http://esporte.ig.com.br/futebol/na-justica-mustafa-volta-a-agir-por-futebol-amador-no-palmeiras/n1597403519757.html>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

_____. **Na Justiça, Mustafá volta a agir por futebol amador no Palmeiras.** iG, São Paulo, 09/dez./2011b. Disponível em: <<http://esporte.ig.com.br/futebol/na-justica-mustafa-volta-a-agir-por-futebol-amador-no-palmeiras/n1597403519757.html>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008

MARETTI, Luis Marcelo Bessa. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista do Direito Público (UEL)**, v. 5, p. 66-80, 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7552/6638>>. Acesso em: 06 dez 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideu, Uruguai: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, L. H. Hermenêutica Principiológica e Ponderação de Direitos Fundamentais: Os princípios podem ser equiparados diretamente a valores? **Direito e Justiça**, v. 10, p. 51-70, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILÍCIO, Gláucia. Juízes dizem que Meta 2 do CNJ virou martírio, **Consultor Jurídico**, 08/set./2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-08/meta-conselho-nacional-justica-vira-martirio-juizes>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: o substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

NAKAHIRA, Ricardo. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. In: Congresso Nacional do Ministério Público, 1992, Salvador. **Justitia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP, 1992. v. 160. p. 244-250.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007.

PALENZUELA, Guilherme; BLECHER, Leonardo. **Palmeiras tenta acordo por votação das 'Diretas' em 2013**. Lance!, São Paulo, 15/fev./2012. Disponível em: <http://www.lancenet.com.br/palmeiras/Palmeiras-tenta-acordo-votacao-Diretas_0_646735410.html>. Acesso em: 07 jan. 2013.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal: aspecto material**. Curitiba: Juruá, 2004.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Amlidina, 2009.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. **Scientia Juris**, Londrina, v. 10, p. 225-242, 2006.

PATTERSON, Dennis. Alexy on Necessity in Law and Morals. **Ratio Juris**, v. 25, n. 1, mar./2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009744>. Acesso em: 28 jan. 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 449-464.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUES, Walter Piva. A assistência jurídica aos necessitados e as ações judiciais coletivas. **Cadernos Adenauer**, maio, 2000, p. 53-61, v. 3.

ROSE, Carol. Shelley v. Kraemer through the lens of property. In: MORRISS, Andrew; KORNGOLD, Gerald (Org.). **Property Studies**. New York, Foundation Press, 2004. disponível em <<http://ssrn.com/abstract=477463>>. Acesso em 06/out./2012.

SÁ FILHO, F. M.; et al. Caso Bosman e suas influências no Direito Desportivo brasileiro. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, v. 15, p. 7-237, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 587-614.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta; 2003.

SANTOS, Ludmila. Setor público e bancos são os maiores litigantes. **Consultor jurídico**. 31/mar./2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-31/setor-publico-bancario-sao-maiores-clientes-justica->>. Acesso em: 10 jan. 2013.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, p. 272-297, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: Luís Roberto Barroso. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 193-284.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.113-146.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003d.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003b.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v. 1, p. 173-180, 2005a.

_____. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005b.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005c

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de Sousa. Intimidade, personalidade e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 75, p. 157-186, 2011.

SOUTO, Luiza. **Após arquivamento, mãe do ex-BBB Daniel espera retratação da imprensa**. UOL, 20/mar./2012. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/televisao/1064558-apos-arquivamento-mae-do-ex-bbb-daniel-espera-retratacao-da-imprensa.shtml>>. Acesso em 20/mar./2012.

SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. Desporto: aspectos fundamentais e a livre circulação dos desportistas no âmbito comunitário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3252, 27 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21870>>. Acesso em: 31 out. 2012.

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

STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Sistematização de princípios e regras constitucionais tendo em vista o princípio da publicidade e a propaganda dos órgãos públicos. **Scientia Iuris**: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, v. 9, p. 23-49, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21-46.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19.

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. New York: Foundation, 2000. v. 2.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.

UOL, 17/jan./2012. **"BBB12": Monique negou estupro em depoimento à Polícia**. Disponível em: <http://f5.folha.uol.com.br/televisao/1035535-bbb12-monique-negou-estupro-em-depoimento-a-policia.shtml>. Acesso em 18 mar. 2013.

_____, 16/jan./2012. **Daniel é expulso do "BBB12" após "comportamento inadequado"**. Disponível em: <<http://televisao.uol.com.br/bbb/bbb12/noticias/redacao/2012/01/16/daniel-e-expulso-do-bbb12-apos-comportamento-inadequado.htm>>. Acesso em 18 mar. 2013.

_____, 16/jan./2012. **Após suposto estupro, Daniel é expulso do "BBB12", diz jornal**. Disponível em: <<http://f5.folha.uol.com.br/televisao/1035244-apos-suposto-estupro-daniel-e-expulso-do-bbb12-diz-jornal.shtml>>. Acesso em 18 mar. 2013.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apresentação. In: NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 03-07.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais** – Uma leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena; et al. **Acesso à Justiça**: violação de Direitos Humanos por Empresas. Genebra: Comissão Internacional de Juristas, 2011.

ANEXOS

ANEXO A

ESTATUTO SOCIAL DA SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS

APRESENTAÇÃO

1- Aprovado em reunião do Conselho Deliberativo de 16 de Dezembro de 1996, com as modificações aprovadas em reunião do mesmo Órgão, de 08 de março 2.004, de 14 de outubro de 2.004, de 08 de dezembro de 2.006 e de 21 de julho de 2008 e em Assembléia Geral de sócios em 30 de agosto de 2008.

2- Registrado no 3º Cartório de Registro de Títulos e Documentos, com sede à Rua XV de Novembro, 80, São Paulo, em sob o nº

TÍTULO I

DA DENOMINAÇÃO, SEDE, FIM E DURAÇÃO.

Art. 1º - A Sociedade Esportiva Palmeiras (SEP), com sede social, administrativa e foro jurídico em São Paulo, Capital, na rua Turiaçú, 1840, Perdizes, CEP 05005-000, fundada com o nome de Sociedade Esportiva Palestra Itália, em 26 de agosto de 1.914, alterado para o de Sociedade Esportiva Palestra de São Paulo, conforme ata da sessão de 27 de março de 1.942, e mantida com o nome atual, conforme ata da sessão de 19 de outubro de 1.942, é uma entidade civil de caráter desportivo, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins econômicos lucrativos, constituída na forma da lei, mediante o exercício de livre associação.

Art. 2º - A sua finalidade é promover, difundir e aperfeiçoar a prática da educação física, de desportos em geral, formais e não formais, bem como promover as culturas morais, artísticas, cívicas, sociais, recreativas e educacionais dos associados que a compõem, além de todas as atividades complementares inerentes ao alcance dos objetivos sociais, podendo, ainda, participar de outras sociedades, como quotista ou acionista, mediante a aprovação do seu Conselho Deliberativo (C.D.).

§ 1o - É facultado à SEP, mediante prévia aprovação do C.D., constituir, sob qualquer forma, ou deter participação societária em sociedade que tenha como objeto a prática esportiva profissional, e que seja classificada como entidade de prática desportiva participante de competições profissionais, nos termos definidos na Lei 9.615/98 e suas alterações, inclusive a Lei 10.672/03, e transferir à ela os bens e direitos relativos à modalidade profissional presente no objeto social que sejam

necessários para o desenvolvimento da referida sociedade, observando-se a legislação aplicável.

§ 2o – Caso ocorra a transferência de bens e/ou direitos da SEP à sociedade mencionada no parágrafo anterior, a SEP deverá deter, no mínimo, 75% (setenta e cinco) por cento das ações ou quotas em que se divide o capital social e votante da sociedade, e sua participação societária não poderá ser onerada ou transferida, a qualquer título, e para qualquer fim, sem a aprovação da unanimidade dos membros do C.D. e da maioria dos membros da SEP reunidos em Assembléia Geral especialmente convocada para este fim.

Art. 3º - É indeterminado o prazo de sua duração.

TÍTULO II

DOS PODERES

Art. 4º - São poderes da SEP:

- I. A Assembléia Geral (A.G.);
- II. O Conselho Deliberativo (C.D.);
- III. O Conselho de Orientação e Fiscalização (C.O.F.);
- IV. A Diretoria.

TÍTULO III

DOS ASSOCIADOS

Capítulo I

Da Admissão e da Demissão Voluntária

Art. 5º - Para ser admitido como associado da SEP, deverá o candidato se submeter à aprovação do Departamento de Sindicância e pagar uma taxa de admissão, fixada pela Diretoria, com a aprovação do Conselho de Orientação e Fiscalização – (C.O.F.).

§ 1o - Para aprovação pelo Departamento de Sindicância, o candidato deverá, além de outros requisitos, ter boa conduta e aderir, cumprir e fazer cumprir com todas as disposições contidas no Estatuto Social da SEP.

§ 2o – Além dos requisitos mencionados no “caput” e parágrafo primeiro deste artigo, a admissão de associados estará sujeita, com as exceções previstas neste Estatuto, à prova de pagamento da taxa de admissão.

§ 3º - Para a demissão voluntária de qualquer associado da SEP, deverá o demissionário protocolar sua intenção junto à Secretaria Geral, valendo sua saída a partir da data do protocolo, desde que esteja o associado em dia com suas contribuições associativas e ainda, que não haja o impedimento definido no art. 43 deste Estatuto.

Art. 6º - Cabe à Diretoria da SEP, com aprovação do C.O.F., criar, modificar e extinguir contribuições, taxas de admissão, transferência, manutenção, melhoria e utilização.

Capítulo II

Das Categorias

Art. 7º - O quadro associativo da SEP compõe-se de associados de ambos os sexos, constante das seguintes categorias:

I. Honoríficos:

- a) Grão-Beneméritos;
- b) Honorários

II. Beneméritos;

III. Vitalícios:

IV. Contribuintes:

- a) Individual;
- b) Família;
- c) Universitários;
- d) Infantis;
- e) Juvenis;
- f) Militares;
- g) Do interior;
- h) Proprietários – remidos;
- i) Usuários do Clube de Campo.

V. Concessionários;

VI. Militantes;

VII. Do futebol;

VIII. Remidos;

IX. Correspondentes.

Art. 8º - Os Associados Honoríficos dividem-se em associados Grão–Beneméritos e Honorários;

I. Associados Grão–Beneméritos são aqueles que possuem os requisitos constantes no parágrafo oitavo do Artigo 80 deste Estatuto Social; e

II. Associados Honorários são aqueles que, associados ou não, hajam, a juízo da Diretoria Executiva, mediante representação ao C.O.F. e homologação do C.D., prestado aos desportos do País ou do Estado em geral, ou à SEP, em particular, serviços de alta relevância, notoriamente reconhecidos;

Art. 9º - São associados Beneméritos aqueles que possuem os requisitos constantes do parágrafo quarto do artigo 80 deste Estatuto.

Art. 10º - Vitalícios: São os associados a quem, nos termos dos atos anteriores, a SEP haja conferido tal condição.

Art. 11º - Contribuintes: São os associados que:

a) Adquirirem a qualidade de efetivos, nos termos do Estatuto vigente na época;

b) Pagando a taxa de admissão, tiverem a sua proposta aceita pela Diretoria Executiva.

Art. 12º - Os associados contribuintes dividem-se em:

a) Individuais: São os que adquirem o direito de usufruir as vantagens associativas, observadas as disposições estatutárias.

b) Família: São aqueles que obtiverem o direito de gozar as vantagens associativas para si e seus dependentes associados, atendidas as disposições estatutárias.

c) Universitários: São os que adquirirem tal qualidade nos termos do estatuto e regulamento, a qual se extinguirá com a conclusão do curso.

d) Infantis: São os associados menores de 14 (quatorze) anos.

e) Juvenis: São os associados maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos.

f) Militares: São os associados que lograrem tal qualidade nos termos do Estatuto e Regulamento.

g) Associados do Interior: São os que forem admitidos como tais, nos termos do Estatuto e Regulamento.

h) Proprietários–Remidos: São aqueles que mediante o pagamento de uma taxa pré-estabelecida, ficarem dispensados do pagamento da contribuição social ordinária, adquirindo os direitos de usufruir as vantagens associativas, observadas as

disposições estatutárias, para si ou sua família, em conformidade com o próprio regulamento.

i) Usuários do Clube de Campo: São os associados que adquirirem o direito de freqüência às dependências do Clube de Campo, exclusivamente, em conformidade com o regulamento próprio para essa categoria.

§ 1º - Com as exceções previstas neste Estatuto, estão os associados obrigados ao pagamento das contribuições, taxas e outros valores da SEP.

§ 2º - Aos associados contribuintes serão asseguradas as regalias e as prerrogativas que lhes forem atribuídas por disposição do estatuto, as quais, porém, em virtude de seu caráter pessoal, intransferível, serão para todos os efeitos legais havidas como caducas por desistência, morte ou exclusão do quadro associativo.

§ 3º - Os associados menores não poderão freqüentar as dependências da SEP quando proibidos por disposições das autoridades públicas.

Art. 13 - Concessionários: São os que tenham adquirido essa qualidade nos termos das disposições estatutárias anteriores, com direito apenas ao uso de cadeira coberta ou descoberta, nas competições de futebol realizadas no Estádio "Palestra Itália", sujeito, porém, às condições impostas pelas entidades dirigentes desse desporto.

Art. 14 - Associados Militantes: São aqueles que a Diretoria da SEP reconhece como tais, com audiência do Departamento de Esportes não Profissionais, que atestará a inscrição com a proposta ou compromisso em Departamento Desportivo da SEP.

Parágrafo Único - Os Associados Militantes, salvo licença do Departamento Social e autorização do Presidente, não poderão participar das reuniões sociais, sendo-lhes assegurada, apenas a utilização das dependências e instalações desportivas, de acordo com os regulamentos vigentes.

Art. 15 - Associados de Futebol: São os que adquirem o exclusivo direito de assistir aos jogos de futebol disputados pela equipe da SEP e se sujeitam a regulamento próprio, elaborado pela Diretoria Executiva, e aprovado pelo C.O.F.

Art. 16 - Associados Remidos: São aqueles que tiverem completado no mínimo 35 (trinta e cinco) anos de matrícula na SEP e 70 (setenta) anos de idade, os quais mediante sua solicitação à Presidência e ouvida a Diretoria Executiva, ficarão isentos do pagamento da contribuição ordinária a que estavam sujeitos.

Art. 17 - Associados Correspondentes são os que, em cada município das unidades federativas do País, excetuando-se o da Capital de São Paulo, se incumbam do

desempenho consular de serviços necessários à manutenção e ao desenvolvimento das atividades da SEP.

§ 1º - O Presidente da Diretoria Executiva, após manifestação prévia dos membros da Diretoria Executiva, determinará quais os associados que serão considerados como Associados Correspondentes, bem como os dispensará, quando julgar conveniente.

§ 2º - Não poderá a SEP credenciar ou manter, em cada município, mais de um Associado Correspondente.

Art. 18 - Os associados devem pagar, pontualmente, as contribuições, taxas de admissão, transferência, manutenção, melhoria e utilização, assim que forem fixadas pela Diretoria Executiva e aprovadas pelo C.O.F. e para usufruírem os direitos e vantagens previstas neste Estatuto, serão obrigados a exhibir, quando solicitados, a prova da identidade associativa e respectiva quitação e quanto aos freqüentadores temporários, previstos no Artigo 31 deste Estatuto, o cartão de freqüência pessoal, subscrito pelo Presidente da Diretoria Executiva.

Art. 19 - A admissão dos associados subordinar-se-á, com as exceções previstas neste Estatuto, à prova de pagamento da taxa de admissão, à apresentação de proposta e à satisfação das formalidades regulamentares.

Art. 20 - As contribuições, mensalidades, taxas e/ou débitos associativos deverão ser pagas consoante as normas e prazos estabelecidos pela Diretoria Executiva, implicando a falta do seu pagamento na exoneração do devedor do quadro associativo, conforme indicado no parágrafo primeiro abaixo, sem prejuízo de cobrança pelas vias legais.

§ 1o – O associado que deixar de pagar as suas contribuições, mensalidades, taxas e/ou débitos consoante as normas e prazos estabelecidos pela Diretoria Executiva, será notificado para cumprir a respectiva obrigação, e, não o fazendo no prazo máximo de 10 (dez) dias a contar do recebimento da notificação, será exonerado do quadro de associados da SEP por decisão da Diretoria Executiva.

§ 2o - A readmissão do associado em caso de exoneração, dependerá da quitação do débito, registrado na tesouraria e de aprovação, pela Diretoria Executiva, da proposta de readmissão.

Art. 21 - A Diretoria Executiva é competente para autorizar o cancelamento da matrícula de associado militante que deixar de participar de competições desportivas em que a SEP se faça representar.

§ 1º - A disposição acima não se aplica ao associado que tenha prestado mais de 10 (dez) anos de prática desportiva em defesa das cores da SEP.

§ 2º - Além dos deveres e obrigações estatuídos ou constantes nas normas internas da SEP, cumprirá o associado militante as disposições regulamentares do Departamento de Esportes não Profissionais.

§ 3º - Os atletas não profissionais da SEP, proclamados “campeões” por entidade desportiva de hierarquia superior, terão seus nomes inscritos em “Livro de Mérito”, cuja publicação se fará periodicamente.

§ 4º - Ao associado militante que, por mais de 5 (cinco) anos ininterruptos, representar efetivamente a SEP em competições desportivas, e por acidente ou moléstia comprovada, for declarado inapto para o desporto, será concedido pela Diretoria, ouvido o Departamento de Esportes não profissionais, o direito de permanência na respectiva classe, independentemente de qualquer contribuição.

Art. 22 - O associado que prestar serviço remunerado à SEP, ficará com os direitos de associado suspensos enquanto subsistir a relação comercial ou empregatícia. Referida suspensão não atingirá os dependentes, desde que, as contribuições, mensalidades, taxas e/ou débitos, consoante as normas e prazos estabelecidos pela Diretoria Executiva, continuem sendo pagas.

Art. 23 – O Departamento de Sindicância não está obrigado a dar os motivos atinentes à recusa da proposta de admissão de associado.

Art. 24 - Em qualquer tempo, por proposta do Presidente da Diretoria Executiva, ou do Presidente do C.O.F. ou, ainda 1/3 (um terço) de seus membros, o C.D. poderá ativar ou desativar as categorias de associados constantes deste Estatuto, fixando-lhes os direitos e deveres, respeitados os direitos adquiridos.

Capítulo III

Das Transferências

[...]

Capítulo IV

Dos Direitos

Art. 26 - Considera-se quite o associado em dia com suas contribuições pecuniárias, contanto que não tenha outro débito em cobrança na SEP.

Art. 27 - Respeitadas as determinações e restrições estatutárias e as normas internas, deferir-se-ão ao associado, além dos expressamente mencionados nos demais capítulos, os seguintes direitos:

- I. Freqüentar a SEP;
- II. Participar de reuniões sociais e desportivas;
- III. Participar de assembléias e utilizar as dependências desportivas da SEP;
- IV. Votar após 3 (três) anos completos, da data do ingresso no quadro associativo, como titular de matrícula e ser votado após 5 (cinco) anos completos da data da aquisição da qualidade de votante, respeitada a exigência legal;
- V. Praticar desporto não profissional, mediante prévia autorização do departamento;
- VI. Exercer cargo ou função na Administração social, caso esteja quite com as obrigações associativas;
- VII. Representar ao poder competente da SEP acerca de fatos irregulares;
- VIII. Recorrer de atos ou decisões ao poder competente da SEP;
- IX. Requerer convocação dos poderes coletivos da SEP, observadas as condições e requisitos previstos neste Estatuto e na legislação vigente.
- X. Licenciarse na forma prevista no Estatuto;
- XI. Acompanhar-se, nas reuniões sociais e desportivas realizadas pela SEP, de seus dependentes associados, respeitado o disposto neste Estatuto.

§ 1º - Os associados do interior terão o direito de freqüentar e utilizar a SEP, durante 30 (trinta) dias consecutivos por ano.

§ 2º - Aos associados honorários e correspondentes não se deferem os direitos mencionados nos incisos III, IV, VII, VIII e IX deste artigo.

§ 3º - Aos associados de futebol não se deferem nenhum dos direitos mencionados neste artigo.

§ 4º - Os associados usuários do Clube de Campo exercerão os direitos especificados neste artigo, unicamente em relação às dependências sociais e desportivas do próprio Clube de Campo, não lhes sendo atribuído os direitos especificados no item III, no que se refere à participação em assembléias, nos itens IV, VI e X deste artigo.

Art. 28 - O direito de freqüência na sede e nas demais dependências da SEP e o comparecimento nas reuniões desportivas e sociais sujeitam-se às exceções determinadas pelo interesse comum, justificadas em ato de Diretoria, ao exigir

pagamentos de ingressos a associados e seus dependentes associados, o qual resulte de ajuste de competições desportivas internacionais e nacionais, ou de empreendimentos artísticos e onerosos, ou de cumprimento de lei desportiva expedida por poder ou órgão de entidade competente.

Art. 29 - Para efeitos estatutários, abrangem-se na família do associado, como seus dependentes associados, o cônjuge ou companheiro (a) oriundo (a) de união estável estabelecida em lei, filhas solteiras, filhos e tutelados solteiros, menores de 18 (dezoito) anos, mãe e sogra viúvas.

§ 1º - A qualidade de associado permitirá freqüência à sede e suas dependências, a todas as pessoas compreendidas neste artigo.

§ 2º - O ingresso de associado ou de seus dependentes associados, nas dependências da SEP, só é possível mediante a apresentação da carteira de freqüência, acompanhada de recibo atualizado.

§ 3º - Na preservação dos direitos próprios, e para assegurar a eficácia das providências de fiscalização, cumpre aos associados adquirir na SEP as carteiras de freqüência de seus dependentes associados.

§ 4º - Estão isentos de pagamento de mensalidade:

- a) Cônjuge ou companheiro (a) oriundo (a) de união estável estabelecida em lei, mãe e sogra viúvas, do associado família;
- b) Filhas solteiras até 18 anos, filhos e tutelados menores de 16 anos, do associado família.

Art. 30 - É individual o direito a ingresso e de freqüência dos associados honoríficos, infantis, juvenis, militantes, universitários, militares e vitalícios.

Art. 31 - Poderá a Presidência da SEP, ouvida a Diretoria Executiva, autorizar a expedição de cartões de freqüência temporária, válidos por 30 (trinta) dias, no máximo, como demonstração de reconhecimento a pessoas residentes fora da capital de São Paulo, que, por motivos excepcionais, tenham feito jus ao apreço da SEP.

Capítulo V

Dos Deveres

[...]

Capítulo VI

Das Licenças

[...]

Capítulo VII

Das Responsabilidades

[...]

Capítulo VIII

Do Regime Disciplinar das Penalidades

[...]

TÍTULO IV

DA ASSEMBLÉIA GERAL (A.G.).

Capítulo I

Do Fim

Art. 52 – A Assembléia Geral (A.G.) tem por fim:

- a) Eleger, bianualmente, 76 (setenta e seis) associados da SEP para ocuparem os cargos de membros do Conselho Deliberativo (C.D.) e 15 (quinze) suplentes, com mandato de quatro anos de duração, observando-se o princípio da representação proporcional, previsto neste Estatuto, em especial no artigo 77, com especiais poderes para escolher, na forma do art. 83, parágrafo 2º, dentre os membros do C.D., o Presidente e os Vice-Presidentes da Diretoria Executiva da SEP, que serão seus administradores.
- b) Destituir os administradores.
- c) Alterar o Estatuto Social da SEP.
- d) Eleger, no caso de vacância, impedimento definitivo ou destituição de membros do C.D., ocorrido em prazo superior a 6 (seis) meses para conclusão do mandato, novos associados para ocuparem seus cargos, a fim de preencher o número previsto na alínea “a” deste artigo.
- e) Deliberar sobre a extinção da SEP, na forma do artigo 148 deste Estatuto, bem como deliberar sobre a oneração ou transferência da participação da SEP em sociedades na forma do parágrafo segundo do art. 2º deste Estatuto, ou ainda, deliberar sobre a sua fusão com outras entidades de práticas desportivas, obedecidas para este caso, também as regras do art. 148 deste Estatuto.

Parágrafo Único – Será nulo e de nenhum efeito qualquer ato da Assembléia Geral, estranho à sua competência estatuída neste artigo.

Capítulo II

Da Composição

Art. 53 – A Assembléia Geral será composta por todos os associados da SEP, maiores de 18 (dezoito) anos e no gozo dos direitos associativos, e que contem, no mínimo, 3 (três) anos completos de permanência como associado titular de matrícula, até a data da Assembléia Geral, ressalvadas as exceções previstas neste Estatuto.

Parágrafo Único – Poderá ser o associado beneficiado com isenções de suas contribuições associativas, decorrentes de campanhas específicas e, em ocorrendo tal situação, além das condições previstas no “caput” deste artigo, manterá sua condição de votante, exclusivamente, se tal benefício se der em até 3 (três) meses da data da publicação do Edital de Convocação para a Assembléia Geral.

Capítulo III

Do Funcionamento

Art. 54 – A chamada dos associados com direito a voto na Assembléia Geral, que será convocada para deliberar sobre quaisquer das finalidades previstas no artigo 52 deste Estatuto, deverá ser afixada na sede da SEP, com a assinatura do Presidente da Diretoria Executiva, pelo menos 30 (trinta) dias antes da data da convocação, contendo as indicações de nacionalidade, data de matrícula (ano e mês) e categoria dos associados votantes e deverão ficar

disponíveis na Secretaria Geral da SEP, para consultas.

§ 1º - A convocação da Assembléia Geral será feita mediante edital, no qual conste a Ordem do Dia, a data, a hora e o local de realização, publicado com 30 (trinta) dias de antecedência de sua realização, em pelo menos 2 (dois) jornais diários de grande circulação na cidade de São Paulo, salvo disposição em contrário contida em Lei ou neste Estatuto, precedida de aviso afixado na Sede Social.

§ 2º - É garantido a 1/5 (um quinto) dos associados da SEP com direito a voto o direito de promover a convocação de Assembléia Geral.

§ 3º - Não terão direito a voto os associados que não cumpram os requisitos previstos no artigo 53 e seu Parágrafo Único deste Estatuto, sendo anulável

qualquer deliberação tomada em Assembléia Geral na qual a consideração dos votos nulos altere seu resultado, devendo ser os infratores punidos nos termos do artigo 36 deste Estatuto. O pedido de anulação deverá ser fundamentado e interposto por, no mínimo, 50 (cinquenta) candidatos registrados.

§ 4º - Somente poderão votar e ser votados os seguintes associados:

- a) Contribuintes;
- b) Beneméritos e Grão-Beneméritos;
- f) Vitalícios, remidos e proprietários-remidos.

§ 5º - O direito de voto é indelegável e intransferível, de modo que não será permitido ao associado se fazer representar nas Assembléias Gerais por nenhum terceiro, nem mesmo outro associado do clube.

§ 6º - Sem prejuízo da previsão do parágrafo terceiro deste artigo, o pedido de anulação de Assembléia Geral poderá ser interposto por 1/3 (um terço) dos associados com direito a voto que tenham participado da Assembléia Geral, devidamente justificado, e dirigido ao presidente dos trabalhos, até 24 horas após seu encerramento.

§ 7º - Com exceção do disposto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 76A e nos parágrafos 5º e 6º do artigo 76B deste Estatuto e exceto se outro quorum for exigido por lei, a Assembléia Geral será instalada, em primeira convocação, com a presença mínima de 100 (cem) associados e, em segunda convocação, automaticamente uma hora após, com qualquer número.

§ 8º - As Assembléias Gerais, serão realizadas na sede da SEP ou, excepcionalmente, por motivo de força maior, em qualquer outra localidade na cidade de São Paulo, conforme conste do correspondente Edital de convocação.

§ 9º - Exceto se este Estatuto ou a legislação aplicável exigir quorum superior, todas as matérias submetidas à deliberação das Assembléias Gerais, serão aprovadas mediante o voto favorável da maioria dos associados presentes no conclave assemblear.

§ 10º - O direito de voto deverá ser exercido sempre em benefício único e exclusivo do clube.

§ 11º - Cada associado que preencher os requisitos previstos no artigo 53 e seu Parágrafo Único deste Estatuto, terá direito a 1 (um) voto nas Assembléias Gerais.

Art. 55 – A Assembléia Geral, para efeitos do artigo 52, alínea “a” deste Estatuto, será realizada na primeira quinzena do mês de fevereiro de cada biênio, mediante

convocação do Presidente da Diretoria Executiva através de edital publicado em 2 (dois) jornais diários de grande circulação na cidade de São Paulo, e na forma estipulada no artigo 54 deste Estatuto.

§ 1º - A Assembléia Geral instalada nos termos da alínea "d" do artigo 52 deste Estatuto, será realizada, no máximo, em 90 (noventa) dias da vacância, impedimento definitivo ou destituição de membros do C.D., mediante convocação do Presidente da Diretoria Executiva e na forma estipulada no artigo 54 supra.

§ 2º - Para as deliberações a que se refere a letra "e", do artigo 52, fica estabelecido o "quorum" específico de 2/3 (dois terços) dos associados com direito a voto, nos moldes do artigo 54 e seus parágrafos e artigo 148 deste Estatuto.

Art. 56 - Os trabalhos da Assembléia Geral para as hipóteses das alíneas "a" e "d" do artigo 52, serão abertos pelo Presidente da Diretoria Executiva que, de início, submeterá a indicação do Presidente da Mesa Diretora da Eleição à aprovação dos representantes de cada chapa devidamente registrada.

§ 1º - Se houver divergência na indicação, caberá ao plenário a escolha do Presidente da Mesa da eleição, mediante votação, por aclamação ou por votação expressa e nominativa.

§ 2º - Feita a escolha por um dos meios mencionados no parágrafo anterior, o Presidente da Mesa Diretora passará desde logo, a dirigir os trabalhos da Assembléia Geral.

Art. 57 - O Presidente da Mesa Diretora, depois de designar 1 (um) Secretário, 2 (dois) Mesários para cada mesa receptora de votos e 4 (quatro) Escrutinadores para a mesa apuradora, suspenderá a Assembléia até 30 (trinta) minutos, quando se iniciará a votação.

§ 1º - O representante de cada chapa poderá indicar um fiscal para servir junto a cada mesa receptora e até 2 (dois) fiscais para a mesa apuradora.

§ 2º - Não poderão participar das mesas os candidatos e associados que ocupem cargos na Diretoria, bem como aqueles que ocuparam os referidos cargos no período de um ano, anterior à Assembléia.

Art. 58 - Todos os trabalhos referidos nos artigos anteriores serão registrados em ata, que se lavrará no "Livro de Presença", ao pé das assinaturas dos associados, por um secretário escolhido pelo Presidente da Mesa Diretora, logo após encerramento da Assembléia Geral.

Parágrafo Único – A ata conterà as assinaturas do Presidente da Mesa Diretora, do Secretário e dos representantes de chapas que estejam presentes.

Art. 59 - Ao Presidente da Mesa Diretora incumbe manter a ordem na reunião, interrompendo-a, se necessário, para manter a integridade dos trabalhos.

Art. 60 - Ao Presidente da Mesa Diretora, em não havendo Regimento Interno da Assembléia Geral, aprovado e expedido pelo C.D., cumpre decidir as questões suscitadas em qualquer fase da reunião, que não se possam dirimir em face do Estatuto.

Capítulo IV

Das Eleições

Art. 61 - São elegíveis os candidatos que, além de satisfazerem as exigências estabelecidas nos artigos anteriores e nos artigos 150 e 151 das Disposições Finais, constarem de chapas registradas a requerimento de, pelo menos, 300 (trezentos) associados com direito a voto.

§ 1º - O prazo para o registro de chapas terminará às 18:00 horas do 15º dia, contado da publicação do Edital de convocação dos associados (artigo 54 deste Estatuto), e tal prazo deverá estar expressamente mencionado naquele Edital.

§ 2º- O registro de chapas, contendo, obrigatoriamente o número de 91 (noventa e um) candidatos a Conselheiro, far-se-á na Secretaria Geral da SEP, mediante protocolo.

§ 3º - Cada chapa deverá encimar-se de uma denominação (legenda) e conter o rol de candidatos a Conselheiro por ordem de antigüidade de matrícula.

§ 4º - Cada chapa, ao momento da inscrição, indicará no requerimento o seu representante e será acompanhada de uma declaração assinada por todos os candidatos, contendo os seguintes dados de cada um destes:

- a) Nome completo e filiação;
- b) Número e data de matrícula social.

§ 5º - Havendo a identificação de qualquer irregularidade de caráter formal nas chapas registradas, a Secretaria Geral da SEP notificará, dentro do prazo de 2 (dois) dias da data do protocolo, o representante da chapa, que terá o prazo de 3 (três) dias para efetuar as correções necessárias.

§ 6º- - Findo o prazo referido no parágrafo anterior e, não sendo sanada a irregularidade formal na chapa registrada, far-se-á o registro desta sob condição,

para posterior decisão do C.D., por meio da reunião extraordinária referida no artigo 82 deste Estatuto, em caso de protesto oportuno.

§ 7º - Cada candidato, sob pena de se tornar inelegível, poderá integrar somente uma chapa.

Art. 62 - Expirado o prazo de registro de chapas, incumbe ao Presidente da Diretoria Executiva:

- a) providenciar, no prazo de 7 (sete) dias, a afixação, na sede social, de edital que conterà o rol dos candidatos registrados, facultando oferecimento de impugnação a qualquer candidatura, no prazo de 2 (dois) dias;
- b) autorizar a elaboração da relação dos associados votantes (folha de votantes), concernente às mesas receptoras; as cédulas oficiais, que serão opacas e iguais; assim como todo o material necessário para a realização das eleições;
- c) adaptar os locais de votação de modo que se assegure o exercício do voto secreto;
- d) zelar pela observância de todas as demais formalidades necessárias à boa realização das eleições.

Capítulo V

Da Impugnação de Candidatos

[...]

Capítulo VI

Da Representação Proporcional

Art. 65 - Instalada a Assembléia Geral, obedecendo-se o quorum mínimo estipulado, determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher, desprezada a fração se igual ou inferior a meio e equivalente a um, se superior.

Parágrafo Único – Contam-se como válidos os votos em branco, para a determinação do quociente eleitoral.

Art. 66 - Determina-se para cada chapa o seu quociente, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados à mesma chapa, desprezada a fração.

Art. 67 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por uma chapa quantos o respectivo quociente da chapa indicar, na ordem da votação nominal que cada uma tenha recebido.

Art. 68 - Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes de cada chapa, serão distribuídos mediante a observação das seguintes regras:

I. Dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada chapa pelo número de lugares por esta obtido, mais um, cabendo à chapa que apresentar melhor média, um dos lugares a preencher.

II. Repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

§ 1º - Os preenchimentos dos lugares com que cada chapa for completada far-se-á segundo a ordem de votação nominal dos seus candidatos.

§ 2º - Só poderão concorrer à distribuição dos lugares, as chapas que tiverem obtido quociente eleitoral.

Art. 69 - Em caso de empate, ocupará a vaga de membro do C.D. o associado com maior tempo de matrícula social na SEP. Caso persista o empate, a vaga será ocupada pelo associado mais idoso.

Art. 70 - Se nenhuma chapa alcançar o quociente eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados.

Art. 71 - Considerar-se-ão suplentes da representação das chapas;

I. Os mais votados na mesma chapa e não eleitos efetivos das listas das respectivas chapas;

II. Em caso de empate na votação, prevalecerá a prioridade de matrícula social; persistindo o empate, preferir-se-á o associado mais idoso.

Art. 72 - A representação proporcional, conforme as regras estabelecidas neste Estatuto, será respeitada ainda que para efetivá-la seja necessário preencher os lugares vagos do C.D. com candidatos que não obtiveram votos, prevalecendo, no caso, a prioridade da matrícula social, e, persistindo o empate, a idade do candidato.

Capítulo VII

Da Votação para Eleições

Art. 73 - Os trabalhos das mesas coletoras irão desde as 10 (dez) horas até às 19 (dezenove) horas.

Art. 74 - Iniciada a votação, a que se procederá por escrutínio secreto e com uso de cédulas oficiais, cada eleitor, depois de identificado, assinará a folha de votantes e receberá uma cédula única, rubricada pelo Secretário da Mesa, dirigindo-se à cabine

indevassável, onde indicará o nome ou número do candidato de sua preferência, ou escreverá apenas o nome da chapa, se pretender votar somente na legenda.

Capítulo VIII

Da Apuração das Eleições

Art. 75 - Finda a votação, a mesa apuradora iniciará a contagem de votos e, ao seu término, o Presidente da Mesa proclamará os Conselheiros eleitos, sem prejuízo do disposto no parágrafo terceiro do artigo 54 deste Estatuto, cujos efeitos prescrevem dentro de 10 (dez) dias das eleições.

Art. 76 - Na contagem de votos, subsidiariamente, serão observadas as normas da legislação eleitoral em vigor.

Capítulo IX

Da Destituição dos Administradores e Alteração Estatutária

Art. 76A – Para haver a destituição do(s) administrador(es) da SEP, escolhidos conforme a letra “a” do art. 52 deste Estatuto, ocorrerá, obrigatoriamente, Assembléia Geral dos associados da SEP, seguindo os procedimentos aqui estabelecidos:

- a) por requerimento de 1/5 dos associados com direito a voto;
- b) por requerimento de 1/3 dos integrantes do CD da SEP.
- c) por requerimento de 2/3 dos integrantes do C.O.F., após a observância do disposto no art. 112, § 1º, deste Estatuto.

§ 1º - Em qualquer caso, o requerimento deverá ser instruído com a competente exposição de motivos, sendo dirigida ao Presidente do CD da SEP.

§ 2º - Será a Assembléia Geral, precedida de reunião extraordinária do CD, especialmente convocada para tal fim, sendo que sua instalação e a deliberação a ser aprovada pelo CD, deverá seguir, respectivamente, os quoruns estabelecidos nos artigos 85 e 102, IX deste Estatuto e, seu funcionamento deverá seguir o contido no parágrafo 2º do art. 92 e art. 93 deste Estatuto.

§ 3º - A Assembléia Geral que trata o parágrafo anterior, será convocada pelo Presidente do CD, nos moldes do artigo 54 e seus parágrafos deste Estatuto e, será igualmente instalada pelo Presidente do CD e, quanto ao funcionamento, votação e apuração, seguirão as regras estabelecidas por este Estatuto.

§ 4º - Sendo o CD composto de representantes dos associados da SEP, para a Assembléia Geral ratificar a posição do CD na matéria específica aqui tratada, será necessária a concordância de metade mais um dos votantes, cujo número, entretanto, não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) dos associados com direito a voto. Se nessa Assembléia não comparecerem associados, com direito a voto, em número que possa atender ao mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma segunda Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação não poderá ser tomada por menos de 500 (quinhentos) associados com direito a voto. Se nessa segunda Assembléia, não for atingido o número mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma terceira Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação será então tomada por qualquer número de associados votantes. Em qualquer das hipóteses aqui referidas, deverá ser respeitado, sempre, o quorum de metade mais um dos votantes, para a concordância da posição do CD na matéria específica aqui tratada.

§ 5º - Pelos mesmos motivos constantes do parágrafo anterior, para a Assembléia Geral discordar da posição do CD na matéria específica aqui tratada, haverá necessidade de concordância de 2/3 dos votantes, cujo número, entretanto, não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) dos associados com direito a voto. Se nessa Assembléia não comparecerem associados, com direito a voto, em número que possa atender ao mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma segunda Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação não poderá ser tomada por menos de 500 (quinhentos) associados com direito a voto. Se nessa segunda Assembléia, não for atingido o número mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma terceira Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação será então tomada por qualquer número de associados votantes.

Em qualquer das hipóteses aqui referidas, deverá ser respeitado, sempre, o quorum de 2/3 dos presentes votantes, para a discordância da posição do CD na matéria específica aqui tratada.

§ 6º - Caso na reunião do CD, haja aprovação para a destituição do(s) administrador(es), seu(s) mandato(s) ficará(ão) suspenso(s), até a realização da

Assembléia Geral dos associados da SEP, sendo os cargos temporariamente exercidos, por seus substitutos, na forma prevista neste Estatuto.

§ 7º - Caso o CD não aprove a(s) destituição(ões) propostas, o(s) administrador(es) permanecerá(ão) no exercício de seus cargos, até a realização da Assembléia Geral.

§ 8º - No caso da Assembléia Geral não votar pela destituição, o(s) administrador(es) retomará(ão) seu(s) mandato(s) regularmente. Caso contrário, seguir-se-ão as normas deste Estatuto, quanto a realização de nova escolha pelo CD, do(s) administrador(es), se couber, na forma do disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 113 deste Estatuto.

Art. 76B – O Estatuto Social da SEP poderá ser alterado, em Assembléia Geral especialmente convocada para tal fim, de acordo com os procedimentos aqui estabelecidos:

- a) por requerimento de 1/5 dos associados com direito a voto;
- b) por requerimento do Presidente da Diretoria Executiva;
- c) por requerimento do C.O.F.;
- d) por requerimento do Presidente do CD;
- e) Por requerimento de 1/5 dos integrantes do CD da SEP.

§ 1º - Em qualquer caso, o requerimento deverá ser instruído com a(s) sugestão(ões) de alteração(ões), acompanhada(s) da competente exposição de motivos, sendo dirigida(s) ao Presidente do CD da SEP;

§ 2º - No caso da alteração ser requerida pelo Presidente do CD, tal requerimento deverá ser dirigido ao Vice-presidente do CD;

§ 3º - Será a Assembléia Geral, precedida de reunião extraordinária do CD, especialmente convocada para tal fim e, sua instalação e a deliberação a ser aprovada pelo CD, deverá seguir, respectivamente, os quoruns estabelecidos nos artigos 85 e 102, IX deste Estatuto.

§ 4º - A Assembléia Geral que trata o parágrafo anterior, será convocada pelo Presidente do CD, nos moldes do artigo 54 e seus parágrafos deste Estatuto e, será igualmente instalada pelo Presidente do CD e, quanto ao funcionamento, votação e apuração, seguirão as regras estabelecidas por este Estatuto.

§ 5º - Sendo o CD composto de representantes dos associados da SEP, para a Assembléia Geral ratificar a posição do CD na matéria específica aqui tratada, será necessária a concordância de metade mais um dos votantes, cujo número,

entretanto, não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) dos associados com direito a voto. Se nessa Assembléia não comparecerem associados, com direito a voto, em número que possa atender ao mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma segunda Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação não poderá ser tomada por menos de 500 (quinhentos) associados com direito a voto. Se nessa segunda Assembléia, não for atingido o número mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma terceira Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação será então tomada por qualquer número de associados votantes. Em qualquer das hipóteses aqui referidas, deverá ser respeitado, sempre, o quorum de metade mais um dos votantes, para a concordância da posição do CD na matéria específica aqui tratada.

§ 6º - Pelos mesmos motivos constantes do parágrafo anterior, para a Assembléia Geral discordar da posição do CD na matéria específica aqui tratada, haverá necessidade dos votos de 2/3 dos votantes, cujo número, entretanto, não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) dos associados com direito a voto. Se nessa Assembléia não comparecerem associados, com direito a voto, em número que possa atender ao mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma segunda Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação não poderá ser tomada por menos de 500 (quinhentos) associados com direito a voto. Se nessa segunda Assembléia, não for atingido o número mínimo aqui previsto, convocar-se-á, nas 48 (quarenta e oito) horas subseqüentes, nos moldes estatutários, uma terceira Assembléia para o mesmo fim, na qual a deliberação será então tomada por qualquer número de associados votantes.

Em qualquer das hipóteses aqui referidas, deverá ser respeitado, sempre, o quorum de 2/3 dos presentes votantes, para a discordância da posição do CD na matéria específica aqui tratada.

TÍTULO V

DO CONSELHO DELIBERATIVO (C.D.).

Capítulo I

Da Composição

Art. 77 - Manifestar-se-ão os associados coletivamente, por meio do C.D., como seu representante constituído, naquilo que é de sua competência e que se compõe de até 300 (trezentos) membros, dos quais 2/3 (dois terços), pelo menos, devem ser brasileiros.

Parágrafo Único – No caso de serem alterados pelos suplentes convocados os limites previstos neste artigo, serão eles substituídos pelos seguintes, de modo que se mantenha o número assentado e as demais condições previstas neste artigo, mantidos aos preteridos seus direitos e posições.

Art. 78 - Os associados maiores de 18 (dezoito) anos, com, no mínimo, 3 (três) anos, como titular de matrícula social e no gozo de seus direitos, na forma do artigo 53 e seu Parágrafo Único deste Estatuto, escolherão por eleição direta, dentre os candidatos registrados, 152 (cento e cinquenta e dois) associados para membros do C.D. e 30 (trinta) suplentes.

Art. 79 – A escolha por eleições diretas a que se refere o artigo 78, far-se-á por Assembléia Geral, na forma dos artigos 52 e seguintes deste Estatuto.

Art. 80 – Dentre os Conselheiros, serão escolhidos na qualidade de Conselheiros Vitalícios, até o máximo de 148 (cento e quarenta e oito), pertencentes à categoria de Conselheiros Associados Beneméritos.

§ 1º - Os candidatos a Conselheiros Vitalícios, serão indicados pela Diretoria Executiva, com aprovação do C.O.F e eleitos pelo C.D., por maioria dos presentes em reunião para tal fim, em votação secreta, com no mínimo, metade mais um dos votos dos presentes.

§ 2º - Para ser um Conselheiro Vitalício, deve ser observado um dos seguintes requisitos:

- a) Ser Conselheiro Associado Benemérito e ter preenchido todos os requisitos constantes no parágrafo quarto deste artigo;
- b) Ter sido Presidente ou Vice-Presidente da Diretoria Executiva, do Conselho Deliberativo (C.D.) ou do Conselho de Orientação e Fiscalização (C.O.F.), com mandato completo.

§ 3º - Os ex-Presidentes e ex-Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, e do Conselho Deliberativo (C.D.) e do Conselho de Orientação e Fiscalização (C.O.F.) terão preferência absoluta à vaga de Conselheiro Vitalício, independentemente do disposto no parágrafo primeiro deste artigo, obedecendo-se, para tal efeito, o seguinte critério:

- a) o que já for Associado Benemérito;
- b) se mais de um possuir essa qualidade, o mais antigo na benemerência;
- c) em havendo coincidência de antigüidade, o que tiver exercido por mais tempo o cargo de Conselheiro;
- d) persistindo a coincidência, o que tiver a matrícula mais antiga.

§ 4º - São requisitos essenciais para ser Associado Benemérito.

I. Estar matriculado no quadro associativo há pelo menos 12 (doze) anos e ter exercido:

- a) 3 (três) mandatos completos como Diretor de Departamento; ou
- b) 6 (seis) mandatos como Diretor Adjunto; ou
- c) 2 (dois) mandatos como Diretor Titular de Departamento e 2 (dois) como Diretor Adjunto; ou
- d) 2 (dois) mandatos completos como membro efetivo do C.O.F. ou estar exercendo o segundo mandato em tal Órgão, e
- e) ter cumprido, pelo menos, 4 (quatro) anos completos como Conselheiro Efetivo, com o mínimo de 50% de freqüência nas reuniões do C.D. e estar exercendo um segundo mandato em tal órgão, ou

II. Estar matriculado no quadro associativo há 50 anos, no mínimo, e ter exercido 03 (três) mandatos completos de Conselheiro Efetivo, com 50% de freqüência nas reuniões do C.D.; ou

III. Estar matriculado no quadro associativo há 45 anos, no mínimo, e ter exercido 04 (quatro) mandatos completos de Conselheiro Efetivo, com 50% de freqüência nas reuniões do C.D.; ou

IV. Estar matriculado no quadro associativo há 40 anos, no mínimo, e ter exercido 05 (cinco) mandatos completos de Conselheiro Efetivo, com 50% de freqüência nas reuniões do C.D.; ou

V. Estar matriculado no quadro associativo há 30 anos, no mínimo, estar no exercício do segundo mandato de Conselheiro Efetivo do C.D. e ter exercido cargo de relevância no âmbito dos Poderes Municipais, Estaduais ou Federais, inclusive de representação diplomática Nacional ou Estrangeira e, como tal, ter prestado serviços à S.E.P.;

VI. Não ter sofrido nenhuma penalidade de natureza administrativa, bem como condenação de natureza criminal, nos últimos 05 (cinco) anos.

§ 5º - Fica dispensado dos requisitos constantes do § 4º o associado que tiver exercido mandato completo de Vice-Presidente da Diretoria Executiva, de Vice-Presidente do Conselho Deliberativo, (C.D.), ou Vice-Presidente do Conselho de Orientação e Fiscalização, (C.O.F.).

§ 6º - A indicação para associado benemérito será feita pela Diretoria Executiva, por iniciativa do próprio associado, mediante aprovação do C.O.F. e homologação do Conselho Deliberativo (C.D.).

§ 7º - Os ex-Presidentes da Diretoria Executiva, do Conselho Deliberativo (C.D.) e do Conselho de Orientação e Fiscalização (C.O.F.), desde que tenham cumprido um mandato completo, serão considerados Beneméritos e dispensados das exigências acima.

§ 8º - São requisitos essenciais para ser associado Grão- Benemérito:

- a) Ser Conselheiro Vitalício;
- b) Ter 50 (cinquenta) anos ininterruptos de matrícula social;
- c) Ter sido Conselheiro Efetivo durante 24 (vinte e quatro) anos consecutivos ou alternadamente;
- d) Ter comparecido a, pelo menos, 75% (setenta e cinco por cento) das reuniões do C.D.;
- e) Ter exercido o cargo de Presidente de um dos poderes ou de Vice-Presidente da Diretoria Executiva, ou, ainda, de Vice-Presidente do C.D. ou do C.O.F., constantes nos incisos II, III e IV do artigo 4º deste Estatuto.

§ 9º - A indicação para associado Grão-Benemérito será feita pela Diretoria Executiva, por iniciativa do próprio interessado, ou qualquer associado, mediante aprovação do C.O.F. e homologação do C.D.

Art. 81 - Os Conselheiros e suplentes eleitos, exercerão o mandato por 4 (quatro) anos, sendo permitidas reeleições. O mandato dos eleitos terá início no momento da proclamação, nos termos do artigo 75 deste Estatuto, findando-se no momento da proclamação de seu sucessor, por ocasião da nova eleição, permanecendo, porém, no cargo até a efetiva posse de seu sucessor.

Parágrafo Único – A renúncia de qualquer Conselheiro ou suplente, será formalizada ao C.D. por intermédio do seu Presidente. Art. 82 – Na primeira reunião do C.D., em caráter extraordinário, após a eleição de seus respectivos membros, mediante convocação do Presidente da Diretoria Executiva e por ele

dirigida, deverão ser escolhidos, em escrutínio secreto, os Conselheiros candidatos a Presidente e Vice-Presidente do C.D., registrados na forma do parágrafo primeiro, do artigo 94 deste Estatuto.

§ 1º - No caso de vacância, renúncia, ou impedimento permanente do Presidente e do Vice-Presidente do C.D., assumirá o cargo um membro do C.D., indicado pelo C.O.F., o qual permanecerá no cargo até a próxima eleição, que obrigatoriamente deverá ocorrer em até 60 (sessenta) dias do evento.

§ 2º - Concluídos os mandatos do Presidente e Vice-Presidente do C.D., permanecerão eles nos cargos até que seus sucessores lhes assumam o exercício.

Capítulo II

Do Funcionamento

Art. 83 - O C.D. reunir-se-á, ordinariamente, durante os meses de janeiro, maio e outubro de cada ano, mediante convocação de seu Presidente, através de publicação de aviso afixado na Sede Social, e em, no mínimo, 2 (dois) jornais de grande circulação, com antecedência não inferior a 15 (quinze) dias da data da reunião. A convocação deverá indicar a data, local, a hora da instalação, em primeira e segunda chamadas, e a ordem do dia, bem como deverá incluir, quando apropriado, um sumário das matérias a serem discutidas.

§ 1º - Na reunião ordinária do C.D. a ser realizada no mês de janeiro, deverá ser analisado e votado o relatório da administração social, o balanço financeiro e a demonstração da receita e despesa do exercício anterior, documentação essa que deverá ser acompanhada do parecer do C.O.F.

§ 2º - Além da análise e votação das matérias indicadas no parágrafo primeiro supra, o C.D. deverá escolher, bienalmente, na reunião ordinária do mês de janeiro, entre os seus membros, Conselheiros para os cargos de Presidente e Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, como administradores da SEP, os quais deverão ser empossados imediatamente após a escolha, assim como os componentes do C.O.F., respeitada no pleito a restrição imposta pelo parágrafo segundo do Artigo 57 deste Estatuto.

§ 3º - O C.D. reunir-se-á extraordinariamente, sempre que se fizer necessário, para deliberar qualquer matéria sujeita ao seu pronunciamento na forma deste Estatuto, mediante convocação de seu próprio Presidente, do Presidente da Diretoria

Executiva ou do C.O.F., ou ainda de 60 (sessenta) Conselheiros, ou de 1.000 (um mil) associados com direito a voto ou 1/5 deles, prevalecendo nesse caso o número menor, subordinando-se a convocação, nesse último caso, a requerimento justificado, dirigido ao Presidente da Diretoria Executiva.

§ 4º - Em caso de convocação para reunião extraordinária do C.D., deverão ser observados os prazos e demais condições estabelecidos no “caput” deste artigo, podendo, entretanto, caso haja motivo de urgência, ser os prazos reduzidos a 5 (cinco) dias.

Art. 84 - As reuniões do C.D. serão dirigidas por seu próprio Presidente, e, à falta deste, pelo Vice-Presidente, ressalvada a hipótese do artigo 82 deste Estatuto. Na ausência ou impedimento de ambos, presidirá o C.D. um de seus membros aclamado pelo plenário.

§ 1º - O Presidente de cada reunião designará um Conselheiro para completar, como Secretário, a mesa Diretora dos trabalhos.

§ 2º - Obrigatoriamente, terão assento à mesa quer nas reuniões ordinárias, quer nas extraordinárias, o Presidente da Diretoria e o Presidente do C.O.F., ou seus substitutos legais.

Art. 85 – A presença de pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos membros do C.D. é necessária para a instalação de qualquer de suas reuniões, em primeira convocação. Não havendo número legal, na primeira chamada, far-se-á a segunda, dentro de 60 (sessenta) minutos, sendo esta instalada com qualquer número, salvo se a matéria a ser aprovada, dependa de quorum especial.

Art. 86 – No caso de falecimento, renúncia, impedimento definitivo ou vacância dos membros do C.D., assumirá o cargo o primeiro suplente mais votado na chapa do Conselheiro a ser substituído e assim sucessivamente, observadas as disposições contidas nos artigos 71 e 72 deste Estatuto.

Art. 87 - O C.D. declarará a interrupção do mandato e perda dos direitos correspondentes, ao Conselheiro que deixar de comparecer a 3 (três) reuniões oficiais consecutivas ou 5 (cinco) alternadas, sem motivo justificado, durante um mandato. A justificativa far-se-á por escrito, ao Presidente do C.D. até 30 (trinta) dias após a ausência, e será julgada na reunião seguinte do C.D.

Parágrafo Único – O Conselheiro poderá requerer ao Presidente do C.D. licença para afastar-se de suas funções, por motivo de força maior, por período mínimo de 1

(um) e máximo de 12 (doze) meses, devendo, durante a sua licença, ser substituído pelo primeiro suplente da sua chapa.

Art. 88 - A qualquer Conselheiro é livre o direito de discutir, por 10 (dez) minutos, no máximo, matéria constante do edital de convocação, permitindo-se a prorrogação por igual tempo, se a palavra do orador se destinar à defesa de proposta de sua autoria.

Parágrafo Único – O Conselheiro usará de palavra depois de lhe ser concedida pelo Presidente da Mesa Diretora da Reunião.

Art. 89 - O “Livro de Presença” das reuniões do C.D. será encerrado pelo Presidente da Mesa Diretora, uma hora após o início dos trabalhos, não se permitindo a sua reabertura.

Art. 90 - Nas reuniões extraordinárias, o C.D. tratará exclusivamente de matéria da convocação.

Art. 91 – Cada Conselheiro terá direito a 1 (um) voto nas reuniões do C.D. Todas as deliberações do C.D. requerem o voto favorável da maioria de seus membros presentes à reunião, salvo estipulação em contrário deste próprio Estatuto, em matérias específicas.

Parágrafo Único – Defere-se ao Presidente da Mesa Diretora o voto de qualidade ao desempate de qualquer votação, salvo em eleição do Presidente e Vice-Presidente da Diretoria Executiva e dos membros do C.O.F. casos em que se procederá conforme o disposto no parágrafo quarto do artigo 94 deste Estatuto.

Art. 92 - Nas reuniões do C.D., ao Presidente da Mesa Diretora compete advertir o Conselheiro, cassar-lhe a palavra ou, em reincidência, determinar que se retire do recinto aquele que tente perturbar os trabalhos com apartes inoportunos, referências estranhas à matéria em discussão ou expressões incompatíveis com o respeito indispensável à dignidade e compostura sociais.

§ 1º - O Presidente da Mesa Diretora é competente, outrossim, para interromper os trabalhos ou suspendê-los até nova convocação do C.D., se um ou mais Conselheiros, depois de advertidos, persistir na discussão de assunto alheio a SEP ou que não possa ser encerrado por meio regular, ameaçando a ordem da reunião. Igual competência se lhe defere nas reuniões extraordinárias, no caso de suscitarem-se debates não compreendidos na matéria constante da convocação.

§ 2º - A requerimento de qualquer Conselheiro aprovado pelo C.D., pelo Presidente da Mesa Diretora poderá declarar encerrada a discussão de matéria acerca de que

já tenham se pronunciados 4 (quatro) oradores, salvo se, se referir à reforma deste Estatuto ou tratar da destituição do(s) administrador(es). Nestes casos, apenas poderá declarar o encerramento da discussão, depois de exaurida a matéria ou de haverem debatido 10 (dez) Conselheiros inscritos pela ordem.

Art. 93 - As emendas e os substitutivos discutir-se-ão com a proposta que lhes der causa, mas, na votação, a proposta terá prioridade, salvo requerimento de preferência, aprovado pelo C.D.

§ único – Em se tratando de alteração estatutária, a proposta advinda dos associados terá prioridade de discussão, devendo a matéria ser exaurida na forma deste Estatuto.

Art. 94 - O Presidente e os Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, os membros do C.O.F, e o Presidente e Vice-Presidente do C.D. serão eleitos em escrutínio secreto, sempre entre os Conselheiros integrantes do Conselho Deliberativo.

§ 1º - Os candidatos aos cargos referidos neste artigo, além de satisfazerem as exigências estabelecidas neste Estatuto, deverão registrar suas candidaturas na Secretaria Geral da SEP, mediante requerimento protocolado, dentro do prazo de 05 (cinco) dias, a contar da publicação do Edital de convocação para a eleição, o qual a esta circunstância fará menção expressa.

§ 2º - À Secretaria Geral caberá, obrigatoriamente, providenciar a fixação dos nomes dos candidatos, em local visível, na sede do clube, no dia imediato ao do término do prazo para registro.

§ 3º - À proporção que forem sendo chamados pela ordem de assinaturas constantes do “Livro de Presença”, os Conselheiros depositarão as cédulas de votação em urna colocada à vista do plenário, sobre a Mesa Diretora dos trabalhos.

§ 4º - Proclamar-se-ão eleitos Presidente e Vice-Presidentes da Diretoria Executiva e membros efetivos do C.O.F., os Conselheiros que obtiverem maior número de sufrágios; em caso de empate, prevalecerá a matrícula mais antiga.

§ 5º - Serão considerados suplentes do C.O.F. os sete candidatos que obtiverem maior número de votos na seqüência ao preenchimento das vagas dos efetivos.

§ 6º - As cédulas oficiais para as eleições serão confeccionadas segundo modelo aprovado pela Diretoria Executiva e homologado pelo C.O.F. devendo aquela mandar imprimi-las, com exclusividade, para distribuição às mesas receptoras.

§ 7º - A Diretoria Executiva apresentará o modelo de cédula ao C.O.F. em até 10 (dez) dias antes das eleições.

Art. 95 - O C.D. delegará poder a três Conselheiros presentes, para conferir e aprovar a Ata escrita ao pé das assinaturas constantes no “Livro de Presenças”. Satisfeita essa formalidade, prevalecerá a Ata para todos os efeitos legais, devendo ser assinada pelo Presidente e demais membros da Mesa Diretora e pelos sócios designados para o fim previsto neste artigo, além dos escrutinadores, no caso de eleição.

Art. 96 - As votações do C.D. serão simbólicas, nominais ou secretas a juízo do plenário, ressalvada a hipótese do artigo 94, sempre por maioria de votos dos presentes.

§ 1º - Não se admitirá voto por procuração.

§ 2º - Para exercer o direito de voto, o Conselheiro deverá estar quite com a contribuição social, aplicando-se para tanto a regra do Parágrafo Único do artigo 53 deste Estatuto.

§ 3º - Exclusivamente para os casos de votações secretas, poderá haver pedido de recontagem de votos, devidamente fundamentado, que será deferido a critério do Presidente do C.D. e a recontagem será efetuada logo após o término da apuração, à vista dos presentes.

§ 4º - Em eleições secretas, será considerado nulo o voto que apresentar qualquer forma de identificação.

Art. 97 - Salvo decisão em contrário da maioria dos Conselheiros presentes, ou no caso do artigo 82, apenas assistirão às reuniões do C.D., seus membros componentes permitindo-se, todavia, a presença de membros da Diretoria em lugar reservado no recinto.

Parágrafo Único – Não há incompatibilidade entre o exercício simultâneo de mandato de Conselheiro e o de cargos na Diretoria.

Art. 98 - O C.D. poderá manter-se em reunião permanente para ultimar a apreciação de matéria sujeita a seu pronunciamento, e pendente de decisão relevante.

Art. 99 - Deverão ser escritas e assinadas pelos seus autores as propostas submetidas ao C.D., salvo dispensa da formalidade, a juízo da Presidência da Mesa Diretora, sendo vedada a dispensa para as matérias de destituição do(s) administrador(es) e alteração estatutária.

Art. 100 - Se, na discussão, estiver em causa a sua pessoa, deverá o Conselheiro declarar-se impedido de participação da votação atinente a si, sem detrimento de seu direito a debate.

Art. 101 - Apenas o C.D. poderá rever suas próprias decisões, desde que requerida ao seu Presidente, por quem de direito, no prazo máximo de 10 (dez) dias da decisão, com a aprovação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) no número total de seus membros.

Capítulo III

Da Competência

Art. 102 - Ao C.D. compete:

I. Eleger o seu Presidente e Vice-Presidente, bienalmente, em reunião extraordinária, especialmente convocada na primeira quinzena do mês de março, entre seus membros que estejam exercendo, pelo menos, um segundo mandato como Conselheiros efetivos.

II. Eleger, entre seus membros, em cada biênio, o Presidente da Diretoria Executiva da SEP, bem como os 1º, 2º, 3º e 4º Vice-Presidentes, além dos membros do C.O.F., e seus suplentes, proclamar os resultados das eleições e dar posse aos eleitos.

III. Apreciar e votar, na sessão de cada ano, com parecer do C.O.F., a previsão da receita e da despesa do novo exercício, assim como reforçar ou reduzir a verba orçamentária, a pedido da Diretoria Executiva.

IV. Votar, com o parecer do C.O.F., verba especial de cada exercício financeiro, para custeio das atividades do desporto, cuja importância apenas se poderá alterar com sua expressa autorização.

V. Conceder, após manifestação do C.O.F., autorização ao Presidente da Diretoria Executiva da SEP, para contrair empréstimos ou realizar operações financeiras de valor superior a 30% (trinta por cento) do valor total da receita registrada no último balancete aprovado pelo C.O.F., ou 30% (trinta por cento) sobre o valor da receita aprovada na previsão orçamentária, prevalecendo a que for maior, mediante a outorga ou não de garantia real.

VI. Conceder, após manifestação do C.O.F., autorização ao Presidente da Diretoria Executiva da SEP, para abrir créditos extraordinários, suplementares ou especiais.

VII. Fixar, após manifestação do C.O.F., o número e as condições de inscrições dos associados vitalícios e alterá-los.

VIII. Punir os associados honoríficos e contribuintes vitalícios, inclusive cassar títulos concedidos a associados beneméritos e honorários, mediante inquérito, assegurado o direito de defesa.

IX. Suspender, em caso de violação estatutária, assegurado o direito de defesa, o mandato do seu Presidente e Vice-Presidente, do Presidente e dos Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, e dos membros do C.O.F., mediante a aprovação de pelo menos 50% (cinquenta por cento) mais um, dos membros que compõem o C.D.

X. Punir, assegurado o direito de defesa, os seus próprios membros, os do C.O.F., o Presidente e os Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, assim como os Diretores de Departamentos que violarem os dispositivos constantes nos artigos 151 e 152 das Disposições Finais.

XI. Representar aos órgãos competentes se necessário, sem prejuízo do disposto nos incisos IX e X deste artigo, a fim de punir, com pena de suspensão temporária das atividades desportivas ou com a eliminação definitiva, quem comprovadamente, sem a expressa autorização do C.D., haja onerado o patrimônio da SEP, ou aplicado a sua receita ordinária, constituída das contribuições dos associados e do produto da venda de títulos do fundo social, no custeio de suas atividades.

XII. Indicar ao Presidente da Diretoria Executiva, a diretiva para a defesa das tradições sociais e desempenho de seus fins sem prejuízo das atribuições conferidas ao C.O.F.

XIII. Requisitar papéis e documentos da administração, necessários ao julgamento da matéria sujeita à sua decisão.

XIV. Decidir livremente, sem prejuízo deste Estatuto, acerca de julgamentos que outro poder da SEP lhe submeter à revisão e aprovar ou rejeitar proposta da Diretoria Executiva para a exclusão ou eliminação de associado.

XV. Convocar o C.O.F.

XVI. Conceder títulos de associados grão-beneméritos, beneméritos e honorários, observados os requisitos contidos neste Estatuto.

XVII. Rever este Estatuto, respeitadas as restrições do artigo 85, do parágrafo segundo do artigo 92 e do artigo 93 deste Estatuto, deliberando sobre as propostas de alteração, nos moldes do disposto em seu art. 76B e seus parágrafos.

XVIII. Interpretar este Estatuto e decidir soberanamente nos casos por ele considerados omissos, dúbios ou lacunosos.

XIX. Determinar a destinação dos bens da SEP em caso de sua dissolução respeitados os direitos patrimoniais em causa e o disposto no título XI, salvo disposição legal em contrário.

XX. Constituir comissões de inquéritos, dentre os seus membros, inclusive para apurar a responsabilidade dos membros do C.O.F., do Presidente e Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, em face de representação subscrita, de pelo menos por 50 (cinquenta) Conselheiros, em processo regular, assegurado o direito de defesa.

XXI. Elaborar, aprovar e expedir o Regimento Interno da Assembléia Geral.

XXII. Definir ao C.O.F. qualquer atribuição que não lhe seja privativa, nem de outro poder, na forma deste Estatuto.

XXIII. Praticar qualquer ato do poder soberano, adstringindo-se ao disposto neste Estatuto.

XXIV. Deliberar quanto à oportunidade de mudança da denominação da SEP e de seus símbolos.

XXV. Autorizar a alienação de bens sociais, ressalvado o disposto no título XI.

XXVI. Analisar e discutir as demonstrações financeiras, balanços, e resultados, de empresas nas quais a SEP tenha participação societária majoritária.

XXVII. Deliberar sobre a matéria contida no art. 76A e seus parágrafos deste Estatuto.

XXVIII. Convocar Assembléia Geral extraordinária, para as questões de que tratam os parágrafos e os artigos 76A e 76B deste Estatuto.

§ 1º - O C.D. poderá delegar ao C.O.F. o direito previsto no inciso IV deste artigo, inclusive para autorizar a execução do orçamento da receita e da despesa, que o Presidente da Diretoria Executiva submeter ao parecer do C.O.F., tudo sem prejuízo da decisão posterior do C.D. desde a qual serão observadas as alterações orçamentárias por este havida por indispensáveis.

§ 2º - O C.D. é competente para destituir o C.O.F. por faltas graves, apuradas em processo regular e assegurado o direito de defesa, contanto que seja a decisão tomada pelo voto de 90% (noventa por cento) de seus membros.

§ 3º - A falta grave imputada ao C.O.F. será apurada por uma comissão especial de cinco Conselheiros beneméritos, indicados pelo C.D.

§ 4º - A falta grave imputada a membros do C.D., será apurada por uma comissão especial de 5 (cinco) Conselheiros, indicados pelo C.D., conforme parágrafo terceiro do artigo 51 deste Estatuto.

TÍTULO VI

DO CONSELHO DE ORIENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO (C.O.F.).

Capítulo I

Do Fim

[...]

TÍTULO VII

DOS ADMINISTRADORES

Capítulo I

Do Presidente

Art. 113 - A Presidência da Diretoria Executiva será exercida, como administrador, por brasileiro, maior de 30 (trinta) anos, escolhido dentre os Conselheiros que tenham cumprido, no mínimo, 8 (oito) anos de mandato efetivo.

§ 1º - O Presidente que será eleito pelo C.D., exercerá o mandato por 2 (dois) anos permitindo-se-lhe uma reeleição.

§ 2º - Juntamente com o Presidente, serão eleitos, também como administradores, o 1º, 2º, 3º e 4º Vice-Presidentes, igualmente permitindo-se-lhes uma reeleição, nos seus respectivos cargos. Os 1º, 2º, 3º e 4º Vice-Presidentes, deverão reunir as condições exigíveis para o exercício para o cargo de Presidente da Diretoria Executiva e a este substituirão em caso de faltas ou impedimentos, na forma deste Estatuto.

§ 3º - No caso de falecimento, renúncia, impedimento definitivo ou vacância do Presidente, assumirá o cargo o 1º Vice-Presidente e assim sucessivamente. Em caso de vaga na Presidência e nas Vice-Presidências quando do cumprimento de $\frac{3}{4}$ (três quartos) dos respectivos mandatos, não haverá preenchimento efetivo dos cargos vagos, competindo ao C.O.F. designar um de seus membros para responder pela direção da SEP, com poderes atribuídos ao Presidente, na forma deste Estatuto, até o cumprimento do restante do mandato.

§ 4º - No caso de algumas dessas vagas, Presidência e Vice-Presidências se verificar antes de decorrido $\frac{3}{4}$ (três quartos) do mandato, os órgãos serão preenchidos por eleição.

Art. 114 - O Presidente e os Vice-Presidentes da Diretoria Executiva, os membros eleitos do C.O.F. e respectivos suplentes, serão empossados pelo C.D, testemunhando-lhes o compromisso do bem e fielmente servir, de tudo lavrando-se e subscrevendo-se o respectivo termo.

§ 1º - A transferência de poderes do Presidente para o Vice-Presidente subordinar-se-á ao disposto neste Estatuto, mediante lavratura e assinatura de termo próprio, com a interveniência do C.O.F.

§ 2º - Perderá o Presidente, automaticamente o mandato, se deixar de assumir o exercício dentro de 15 (quinze) dias da posse, salvo motivo justificado, a juízo do C.O.F. § 3º - Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior ao Vice-Presidente que não entrar no exercício do cargo dentro de 15 (quinze) dias, contados da ata de sua convocação pelo C.O.F.

§ 4º - Na vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidentes, e enquanto não se esgotar o prazo de 15 (quinze) dias, referido nos parágrafos anteriores, observar-se-á o disposto no inciso XV do artigo 110.

§ 5º - Extinto o seu mandato, o Presidente da Diretoria Executiva permanecerá no cargo até que o sucessor lhe assuma o exercício.

Capítulo II

Da Competência do Presidente

[...]

Capítulo III

Dos Vice-Presidentes

[...]

TÍTULO VIII

DA ADMINISTRAÇÃO SOCIAL

Capítulo I

Dos Departamentos

[...]

TÍTULO IX
DA ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA

Capítulo I

Do Exercício Financeiro

[...]

TÍTULO X
DOS SÍMBOLOS E UNIFORMES

[...]

TÍTULO XI
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

[...]

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

[...]

Affonso Della Monica Netto

RG. nº 1.906.988-1

Dr. Pedro Jorge Renzo de Carvalho

OAB/SP nº 85.561