



LA RAZÓN HISTÓRICA

Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas

ISSN 1989-2659

Número 56, Año 2022, páginas 124-146

www.revistalarazonhistorica.com

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NÃO-CONTRATUAIS: ANÁLISE DO CASO ELLWANGER - HC 82.424

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES NO
CONTRACTUALES: ANÁLISIS DEL CASO ELLWANGER - HC 82.424

FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS BETWEEN NON-CONTRACTUAL INDIVIDUALS:
ANALYSIS OF THE ELLWANGER CASE - HC 82.424

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA¹

RAGNER MAGALHÃES²

RESUMO. A pesquisa aborda a análise da metodologia empregada pelo Supremo Tribunal Federal para solução do caso Ellwanger (HC 82.424), no âmbito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não-contratuais. O objetivo geral é analisar o fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com ênfase para as relações não contratuais, por meio do estudo do caso Ellwanger (HC 82.424). Entre os objetivos específicos, o primeiro seria apresentar as construções teóricas sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, de forma a identificar a posição majoritária da doutrina brasileira e do Supremo Tribunal Federal. Já o segundo consistiria em verificar a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, em específico nas relações jurídicas entre particulares não-contratuais, a

¹ Pós-Doutor e Doutor em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Professor Titular da Universidade de Fortaleza e Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br.

² Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR-CE). Mestre em Direitos Fundamentais (UNAMA-PA). Professor de Pós-Graduação em Direito (UNIPE-PB). Professor da Academia de Ensino da Polícia Civil da Paraíba. Delegado de Polícia Civil do Estado da Paraíba. E-mail: dpc.ragnermagalhaes@hotmail.com.

partir da análise do caso Ellwanger (HC 82.424), no intuito de enfrentar a metodologia empregada pelo Supremo Tribunal Federal para solução do caso. Em relação à metodologia, trata-se de pesquisa bibliográfica, além de adotado o método dedutivo, uma vez que o estudo partiu de uma premissa geral para analisar casos particulares. Ao se analisar o caso Ellwanger (HC 82.424), o legislador já teria realizado o seu sopesamento, ao considerar crime inafiançável o crime de racismo (Lei 7.716/1989, art. 20, com a redação dada pela Lei 8.081/1990). Portanto, já existindo a mediação legislativa, não haveria de se cogitar da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no âmbito privado. Não necessitaria de se debater se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante de que outro princípio eventualmente envolvido. O debate possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria o relacionado sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista. E aqui o raciocínio é subsuntivo e não ponderativo. Assim, em relações jurídicas deste contexto (caso Ellwanger, HC 82.424), as disposições de direitos fundamentais podem ter efeito indireto.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações Privadas. Sopesamento. Caso Ellwanger.

RESUMEN. La investigación aborda el análisis de la metodología adoptada por el Supremo Tribunal Federal para resolver el caso Ellwanger (HC 82.424), en el ámbito de la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares no contractuales. El objetivo general es analizar el fenómeno de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, con énfasis en las relaciones no contractuales, a través del estudio del caso Ellwanger (HC 82.424). Entre los objetivos específicos, el primero sería presentar las construcciones teóricas sobre la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, con el fin de identificar la posición mayoritaria de la doctrina brasileña y del Supremo Tribunal Federal. El segundo consistiría en comprobar la incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito privado, en específico en las relaciones jurídicas entre particulares no contractuales, a partir del análisis del caso Ellwanger (HC 82.424), con el propósito de comprender la metodología utilizada por el Supremo Tribunal Federal para resolver el caso. En cuanto a la metodología, se trata de una investigación bibliográfica, además de adoptar el método deductivo, ya que el estudio partió de una premisa general para analizar casos particulares. Al analizar el caso Ellwanger (HC 82.424), el legislador ya habría realizado su sopesamiento, por considerar el delito de racismo como no afianzable (Ley 7.716/1989, art. 20., redacción dada por la ley 8.0081/1990). Por lo tanto, ya existiendo la mediación legislativa, no se plantearía la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en el ámbito privado. No habría necesidad de cuestionar si la libertad de prensa es más o menos importante que otro principio eventualmente involucrado. El posible debate, en términos de *habeas corpus* en el STF, estaría relacionado con la calificación del acto como siendo racista o no. Aquí el raciocinio es subsuntivo y no ponderativo. Así, en las relaciones jurídicas en este contexto (caso Ellwanger, HC 82.424), las disposiciones de los derechos fundamentales pueden tener un efecto indirecto.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Relaciones privadas. Sopesamiento. Caso Ellwanger.

ABSTRACT. The research addresses the analysis of the methodology used by the Supreme Federal Court to solve the Ellwanger case (HC 82.424), in the context of the applicability of fundamental rights in juridical relations between non-contractual individuals. The general objective is to analyze the phenomenon of the incidence of fundamental rights in relations

between individuals, with emphasis on non-contractual relations, through the study of the Ellwanger case (HC 82.424). Among the specific objectives, the first would be to present the theoretical constructions on the application of fundamental rights in private relations, in order to identify the majority position of the Brazilian doctrine and the Supreme Federal Court. As for the second specific objective, it would consist in verifying the incidence of fundamental rights in the private sphere, specifically in the juridical relations between non-contractual individuals, through the analysis of the Ellwanger case (HC 82.424), as a means to confront the methodology used by the Supreme Federal Court for the solution of the case. Regarding the methodology, it is a bibliographic research, in addition to adopting the deductive method, given that the study started from a general premise to analyze particular cases. When analyzing the Ellwanger case (HC 82.424), the legislator would have already carried out its weighing when considering the crime of racism as a non-bailable crime (Law 7.716/1989, art. 20, with the wording given by Law 8.081/1990). Therefore, with legislative mediation already in place, there would be no question as for the direct applicability of fundamental rights in the private sphere. There would be no need to debate whether freedom of the press is more or less important than any other principle eventually involved. The possible debate, within the scope of *habeas corpus* in the Supreme Federal Court, would be the one related to the qualification of the act as being racist or not. And here the reasoning is subsumptive rather than ponderative. Thus, in legal relations of this context (Ellwanger case, HC 82.424), the provision of fundamental rights may have indirect effect.

Keywords: Fundamental Rights. Private Relations. Weighing. Ellwanger case.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, ou seja, como direitos do cidadão em face do Estado. Com o advento do Estado Social de Direito, passou-se a conceber os direitos fundamentais não somente como direitos subjetivos oponíveis ao Poder Público, mas como direitos objetivos incidentes por todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas.

Nesse âmbito cognitivo, a problemática consiste na análise da metodologia empregada pelo Supremo Tribunal Federal para solução do caso Ellwanger (HC 82.424), no âmbito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não-contratuais.

O objetivo geral é analisar o fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com ênfase para as relações não contratuais, por meio do estudo do caso Ellwanger (HC 82.424). Por sua vez, foram definidos dois objetivos específicos. Um, apresentar as construções teóricas sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, de forma a identificar a posição majoritária da doutrina brasileira e do Supremo Tribunal Federal. Outro, verificar a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, em específico nas relações jurídicas entre particulares não-contratuais, a partir da análise do caso

Ellwanger (HC 82.424), no intuito de enfrentar a metodologia empregada pelo Supremo Tribunal Federal para solução do caso.

Em relação à metodologia, trata-se de pesquisa bibliográfica, a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros e artigos de periódicos, no sentido de abordar a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, consistente no levantamento, seleção, fichamento, análise e arquivamento de informações. Sob o ponto de vista da abordagem do problema, trata-se de uma pesquisa qualitativa, já que se buscam percepções e entendimentos sobre a natureza geral de uma questão, uma vez que a interpretação do fenômeno e a atribuição dos significados são os focos de análise.

Do ponto de vista de seus objetivos, tem-se uma pesquisa essencialmente exploratória, tendo como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito e a constituir hipóteses, na perspectiva de estabelecer um aprimoramento de ideias. Secundariamente, trata-se de uma pesquisa explicativa, pois visa identificar os fatores que contribuíram para a ocorrência do fenômeno da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por sua vez, será adotado o método dedutivo, uma vez que o estudo partiu de uma premissa geral para analisar casos particulares.

Na primeira seção, os principais modelos teóricos sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas serão apresentados. E, na segunda seção, será analisada a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, especificamente nas relações jurídicas entre particulares não-contratuais, a partir da análise do caso Ellwanger (HC 82.424).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

O constitucionalismo atual não seria o que representa sem os direitos fundamentais, existindo uma interdependência genética e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, visto que o Estado de Direito para sê-lo exige e implica a garantia dos próprios direitos fundamentais. Já os direitos fundamentais exigem e implicam para sua realização e efetivação o Estado de Direito.³

A dignidade da pessoa humana situa a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁴ Assim, a ordem constitucional do atual Estado de direitos humanos ao exigir a positivação e garantia adequadas dos direitos fundamentais, desloca seu centro gravitacional da organização do Estado para a pessoa humana.⁵

³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra, Almedina, 2007. v. 1. p. 525.

⁵ OTERO, Paulo. Direito constitucional português: identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não haverá verdadeira democracia, uma vez que os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia.⁶

Salienta-se que, por não se referir ao objetivo desta pesquisa, não existe a pretensão de abordar efetivamente as diversas teorias sobre os direitos fundamentais, a exemplo das *teorias liberal, axiológica e institucional dos direitos fundamentais*⁷. Além disso, cumpre registrar que a relevância dos direitos fundamentais possibilitou um desenvolvimento gradual de sua terminologia ao passar por diversas denominações linguísticas, de forma que desencadeou uma multiplicidade de intelecções imprecisas. Os direitos fundamentais referem-se a um termo repleto de aspectos sentimentais, ideológicos e filosóficos, além de ser inclinado à visão subjetiva.⁸

Nesse contexto, a respeito da discussão terminológica, compreende-se que a expressão direitos humanos e a direitos fundamentais, em que pese a comum utilização como sinônimas, reportam-se a significados distintos. Em termos gerais, os direitos humanos seriam os reconhecidos na esfera do direito internacional e os direitos fundamentais consistiriam nos tutelados pelo direito constitucional na órbita interna de cada Estado⁹.

Por seu turno, ao se abordar o fenômeno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais¹⁰, cumpre pontuar que os direitos fundamentais são

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

⁷ Para aprofundamento, conferir em: SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Alianza, 1996. HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. ALEXU, Robert. Teoría dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho de Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. MÜLLER, Friedrich. Teoría Estruturante do Direito. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. Além disso, conferir: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. LUHMANN, Niklas. I diritti fondamentali come istituzione. Bari: Edizione Dedalo, 2002. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Colección Teoría Social. México: Universidad Iberoamericana, 2002. DE GIORGI, Raffale. Direito, tempo e memória. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

⁹ MAGALHÃES, Ragner. Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁰ De acordo com Ubillos, pode-se afirmar que a expressão *horizontal* sugere à ideia de igualdade entre as partes na relação, não considerando, assim, o fenômeno dos poderes privados, o qual se manifesta nas relações particulares em que há proeminência de uma parte e sujeição da outra. UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de

concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, ou seja, como direitos do cidadão em face do Estado. As relações entre o Direito Constitucional e o Direito Privado eram, em essência, de ausência de vínculos.¹¹ Com o advento do Estado Social de Direito passou-se a conceber os direitos fundamentais não somente como direitos subjetivos oponíveis ao Poder Público, mas como direitos objetivos incidentes por todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas.

Nesse contexto, a questão referente ao grau dessa vinculação, especialmente à aplicação desses direitos fundamentais nas relações privadas, tem sido discutida nos diversos sistemas jurídicos, tendo a influência da doutrina alemã da *Drittwirkung*¹² ou os influxos da concepção americana da *state action*¹³. A discussão consiste na forma da incidência dos direitos fundamentais ser direta ou indireta nas relações privadas, além da existência da tese que não admite a possibilidade de vinculação dos particulares aos referidos direitos. Assim, cumpre abordar os pressupostos da ideia de aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Para Magalhães¹⁴, em relação aos pressupostos da ideia de incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, duas concepções contribuíram para a discussão. Em primeiro, a partir da formulação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também no seio da sociedade civil. Em segundo, ao se compreender a Constituição como ordem de valores da comunidade, tendo em vista que ordena todas as esferas da vida social¹⁵.

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹¹ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 51.

¹² Eficácia dos direitos fundamentais sobre terceiros. (Tradução nossa).

¹³ Ação estatal. (Tradução nossa).

¹⁴ MAGALHÃES, Ragner. Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁵ Ao analisar em específico a questão do fenômeno dos poderes privados, observa-se que, em relação ao Estado Liberal de Direito, há uma separação entre Estado e sociedade civil, de modo que o Direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas e o Direito público disciplina as relações entre indivíduos e o Estado. Sob essa forma de estruturação do sistema jurídico, não havia como conceber a aplicação dos direitos individuais constitucionais às relações jurídicas entre particulares. Entretanto, a partir do século XIX, multiplicam-se as formas de organização privada. A autoridade e poder também se manifestam na esfera privada, não sendo mais atributos exclusivos do Estado. Pode-se observar o fenômeno dos poderes privados nas relações familiares, nas relações de consumo, nas relações de emprego, entre outras. A compreensão da Constituição como ordem de valores da comunidade resulta do constitucionalismo germânico, tendo sido desenvolvida e estruturada na jurisprudência da Corte Constitucional a partir da vigência da Lei Fundamental de Bonn. A comunidade estabelece, por meio da Constituição, um conjunto de valores que deverão orientar a ordem jurídica estatal e todos os setores da sociedade. O marco inicial da consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é caso de Erich Luth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958. Os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, representam princípios que irradiam por todo o ordenamento jurídico, a ser influência em todos os

A discussão sobre a possibilidade e a forma de os direitos fundamentais incidirem nas relações privadas estabeleceu-se na Alemanha e nos Estados Unidos desde meados do século XX.¹⁶ A teoria da Constituição como ordem de valores e a necessidade de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais contribuíram para a aceitação da ideia de que tais direitos não se destinam apenas a regular as relações entre indivíduos e o Estado, mas também as relações jurídicas entre particulares.

O debate consiste em saber se a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado é direta ou indiretamente, além da existência da tese que não admite a possibilidade de vinculação dos particulares aos referidos direitos. Assim, serão abordadas as construções teóricas existentes sobre a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada¹⁷.

Em relação à *State action doctrine*, Ubbillos¹⁸ menciona que “a Constituição norte-americana é um limite à ação pública, à livre iniciativa dos poderes públicos em suas relações com os cidadãos, não atribui a um cidadão particular direitos frente a outros particulares”.

Para Sarmento¹⁹, a referida tese é quase universalmente aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência norte-americana, de forma que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13ª Emenda, a qual proibiu a escravidão. Já Steinmetz²⁰, ao analisar a referida problemática, complementa que os direitos fundamentais tão somente vinculam os poderes públicos e só podem ser acionados judicialmente ante uma ação estatal.

A ideia da não incidência dos direitos fundamentais relações privadas teve maior difusão no direito norte-americano, sendo praticamente um axioma do Direito Constitucional. Em princípio, pode-se afirmar que a jurisprudência norte-americana

seus âmbitos. MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁶ MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁷ Para aprofundamento, conferir em: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los derechos fundamentales em la frontera entre lo publico y lo privado: La noción de state action em la jurisprudencia norteamericana*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 01.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

somente admite a invocação dos preceitos constitucionais concernentes a direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal.

A teoria da eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente por Dürig²¹, para quem os direitos fundamentais seriam, em primeiro lugar, direitos de defesa contra o poder do Estado, não se justificando uma igual vinculação dos particulares. Entretanto, foi através da sua adoção pelo Tribunal Constitucional Alemão, no célebre caso de Lüth²², que a teoria recebeu destaque e se tornou a concepção dominante no direito germânico.

Para Cruz²³, sob a perspectiva da análise da doutrina de Günter Dürig, as posições jurídico-subjetivas reconhecidas e asseguradas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se de modo direto para as relações entre particulares ao considerar que a força conformadora dos direitos fundamentais ocorre por meio da legislação infraconstitucional.

Andrade²⁴ afirma que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados do direito privado seriam as zonas ou “pontos de irrupção”, que seriam as possibilidades de entrada dos valores constitucionais nas relações privadas.

A força jurídica dos preceitos constitucionais no âmbito das relações jurídicas privadas não ocorreria de forma direta e imediata, mas sim indiretamente, por meio dos princípios e regras próprias do direito privado. Os direitos fundamentais podem servir como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados suscetíveis de concretização ou ainda colmatando lacunas, mas dentro de um contexto do direito privado.

²¹ DÜRIG, Günter. Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 13-22.

²² O conflito teve origem em 1950, quando o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu, em discurso feito perante produtores e distribuidores da indústria cinematográfica, que fosse feito um boicote ao filme “*Umterbliche Gelibte*” (Amante Imortal), dirigido por Veit Harlan, em virtude de este cineasta ter elaborado filme de conotação antisemita na época de Hitler. A produtora do filme de Harlan recorreu ao Tribunal de Hamburgo objetivando que fosse determinado a Lüth que cessasse a conclamação ao boicote, com fundamento no art. 826 do Código Civil (Quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano). A demanda foi acolhida pelo Tribunal, o que ensejou a interposição de recurso perante a Corte Constitucional, que, por sua vez, reforçou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão. A Corte Constitucional decidiu que os tribunais civis, ao examinar litígios de natureza privada, devem orientar-se pelos direitos fundamentais, de forma que a interpretação dos preceitos de direito civil estejam em consonância com os valores que emanam da Constituição.

²³ CRUZ, Rafael Naranjo de La. Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almediana, 2001. p. 243.

A teoria da eficácia mediata refere-se à ideia de que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado depende da mediação concretizadora do legislador de direito privado, no primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, no segundo plano. “Caberia aos juízes e tribunais interpretar e aplicar as normas de direito privado tendo como base os direitos fundamentais, bem como rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas” em desconformidade com os referidos direitos.²⁵

Sarlet²⁶ afirma que “o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico”, de forma que a “influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho imperativo e que integram a ordem pública em sentido amplo”.

Para Hesse²⁷, o legislador deverá buscar uma regulação que concretize os pressupostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais, de modo que se obtenha uma maior determinação da regulação normativa, bem como uma maior clareza e previsibilidade jurídicas em relação à que seria obtida por um recurso direto e imediato dos direitos fundamentais.

Desse modo, para a teoria da eficácia mediata, o reconhecimento e a tutela dos direitos fundamentais no âmbito das relações de Direito privado processam-se, então, por intermédio de meios de proteção próprios desse ramo de Direito.

Em relação à teoria da eficácia direta ou imediata, sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e, posteriormente, a doutrina foi retomada e desenvolvida por Walter Leisner. Para Nipperdey²⁸, os direitos fundamentais influenciariam o direito privado, mas não apenas como um mecanismo meramente de auxílio interpretativo e de irradiação de valores, e sim porque dos direitos fundamentais fluiriam diretamente os direitos subjetivos privados para os indivíduos, afetando de forma imediata as relações civis e trabalhistas entre privados.

²⁵ MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 52.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

²⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

²⁸ NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 52-53.

De acordo com Steinmetz²⁹, a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada deve ser pautada pela Constituição visto defluir do princípio da supremacia da Constituição e da posição preferencial dos direitos no sistema constitucional, e não segundo os níveis de tolerância ou conveniência do Direito privado.

Portanto, a teoria da eficácia direta ou imediata postula que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou do juiz. Para a teoria da eficácia imediata, o direito fundamental deve ser aplicado como razão primária e justificadora de uma determinada decisão, existindo ou não regulação normativa.

Por seu turno, a teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Para Andrade³⁰, as teorias de dever de proteção, embora reflitam uma ideia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao Legislador, à Administração e ao Juiz) a obrigação de velarem efetivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas.

Nesse contexto, Canaris³¹ sustenta que, no tocante aos preceitos de direito privado, os direitos fundamentais não vigoram apenas na sua função de normas objetivas de princípio, mas também nas suas funções normais como *proibições de intervenção e imperativos de proteção*. Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de omissão.

Para a teoria dos deveres de proteção, tanto o legislador, ao elaborar as normas reguladoras das relações jurídicas privadas, como o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares, teriam que se pautar pela aplicação dos preceitos constitucionais. O dever do Estado não se limita a respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, tendo também a obrigação de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros cidadãos.

²⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira da. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

³¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

Por outro lado, cumpre destacar a existência de propostas alternativas a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a exemplo das propostas de Jürgen Schwabe, Giorgio Lombardi, Robert Alexy e Canotilho.

A doutrina desenvolvida na Alemanha por Jürgen Schwabe causou intensa polêmica, uma vez que rejeitava tanto a tese da eficácia imediata como da eficácia mediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Conforme Sarlet³², a doutrina de Schwabe designada como “teoria da convergência estatista” aponta que é sempre o Estado o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas.

A doutrina de Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio caráter estatal do direito privado. A posição deste jurista, parte da ideia de que se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens protegidos por normas de direitos fundamentais, estaria então a permiti-las. O aspecto fundamental desse modelo teórico seria a imputabilidade ao Estado de violações a direitos fundamentais perpetradas por particulares.

Em se tratando da formulação teórica de Lombardi³³, ao oferecer uma nova forma de analisar o problema e um novo critério, este jurista pontua que o debate em torno da *drittwirkung* possui como paradigma a hipótese de relações jurídicas díspares e que situam suas partes em posição de desigualdade. Para tanto, defende que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser necessariamente normatizada, não no plano infraconstitucional, mas sim no âmbito constitucional.

Em relação ao modelo integrador de Robert Alexy, observa-se uma aplicação conjunta e não excludente das teorias já abordadas. Diante disso, Alexy³⁴ propõe o modelo de conciliar as três correntes, a saber: a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia mediata e a teoria dos deveres de proteção (direitos de defesa perante o Estado).

Alexy³⁵ desenvolveu um modelo de três níveis de efeitos: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos de defesa perante o Estado e o nível das relações jurídicas entre sujeitos privados. A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos (ordem

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In*: A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³³ LOMBARDI, Giorgio M. *Potere privato e diritti fondamentali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

³⁵ Idem.

objetiva de valores) que se projetam sobre todos os âmbitos do Direito obrigam o Estado a levá-los em conta na legislação e na jurisprudência. Por seu turno, os direitos de defesa perante o Estado (a teoria dos deveres de proteção) situam-se no segundo nível, de forma que o particular em conflito com outro particular tem o direito fundamental a que o juiz e os tribunais, em suas decisões, levem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apoiam a posição ou pretensão do particular. No terceiro nível, verifica-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia direta), ressaltando que a eficácia imediata consiste em que, por motivos de direito fundamental, na relação indivíduo/indivíduo existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam. Entre esses níveis não há relação de grau, mas de mútua implicação.

Por seu turno, no tocante à metódica de soluções diferenciadas de Canotilho³⁶, percebe-se que o referido constitucionalista propõe um arranjo, em suas palavras, um meio de “arrumar” em grupos as várias constelações de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado. A ideia é superar a dicotomia entre a eficácia mediata e a eficácia imediata com base em soluções diferenciadas ao levar em consideração a especificidade do Direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global, por outro lado.

Para essa proposta de Canotilho, no primeiro grupo, ficaria situada a “eficácia horizontal” expressamente consagrada na Constituição. No segundo grupo, encontra-se a eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada. O terceiro grupo refere-se à eficácia horizontal imediata e a mediação do juiz. No quarto grupo, estão situados os poderes privados e eficácia horizontal, observando-se que as injunções aos direitos fundamentais podem ser provenientes não apenas dos poderes públicos, mas também de poderes econômicos, sociais ou privados (a exemplo das associações, empresas, igrejas). No quinto grupo, aponta-se o núcleo irreduzível da autonomia pessoal. Para esse último grupo, preserva-se um espaço da autonomia individual, em que não se pode objetar a um direito subjetivo público ou privado cujo núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia.

Portanto, esses modelos teóricos alternativos contribuíram para o debate em relação à ideia de aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, com repercussões tanto na jurisprudência como na doutrina constitucional em geral.

³⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003. p. 1290.

Ao analisar a doutrina brasileira, Magalhães³⁷ pontua que “há uma forte inclinação em aceitar a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de tal maneira que é defensora, em sua maioria, da concepção em que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas”. Todavia, cumpre ressaltar a posição de Junior³⁸, o qual defende a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visando o fortalecimento da autonomia epistemológica do Direito Civil.

Em se tratando da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Sarmento³⁹ pontua que “é possível concluir que, de modo geral, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados”, afirmando ainda que se pode inferir que “o STF tem aceito a aplicação direta de direitos fundamentais na resolução de conflitos interprivados, independentemente da mediação do legislador”. Já Silva⁴⁰ defende que o problema sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas “não é tema que ocupa de modo explícito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, ressaltando que isso não significa que situações que “envolvam essa questão nunca tenham decididos nesse Tribunal, mas apenas que o STF nunca se dedicou a desenvolver uma tese sobre o problema ou a aplicar algum modelo a tais casos”. Nesse contexto, Magalhães⁴¹ sustenta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da mediação do legislador, de forma que “é possível extrair dos seus julgamentos a ideia de que tais direitos podem ter incidência direta nas relações privadas, mas sem abordar, em profundidade, sobre as construções teóricas e as implicações no campo da hermenêutica constitucional”.

Por outro lado, o estudo sobre a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada deve ser contextualizado no domínio de uma determinada concepção relacionada à hermenêutica constitucional⁴². Com efeito, ao se focalizar no objeto

³⁷ MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 94.

³⁸ JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense Universitária, 2019.

³⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 253-255.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 93.

⁴¹ MAGALHÃES, Ragner. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 102.

⁴² Desse modo, faz-se necessária a análise da teoria constitucional dos direitos fundamentais, com destaque para a hermenêutica jurídica, a estrutura das normas de direitos fundamentais e o estudo da colisão de direitos fundamentais, de maneira a apresentar critérios para delimitação e ponderação entre a autonomia privada e a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Para aprofundamento, conferir em: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamen-*

desta pesquisa, nem toda colisão entre direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre do exercício da autonomia privada ou se dá no âmbito de uma relação contratual. E as situações mais comuns, nesse sentido, envolvem a liberdade de expressão e o direito à honra. Na atualidade, é comum que tanto a jurisprudência como a doutrina partam do pressuposto de que toda e qualquer “colisão entre direitos fundamentais deve ser resolvida por meio de sopesamento, feito pelo juiz, dos direitos envolvidos, sem levar nenhuma outra variável em consideração”. De fato, “nem toda colisão entre direitos fundamentais segue o mesmo padrão. A principal diferença que se pode verificar é a existência ou não de mediação legislativa que se aplique ao caso concreto”. Nos últimos tempos, o que se tem verificado é “uma certa hipertrofia no recurso ao sopesamento entre princípios por parte dos juízes, muitas vezes ignorando a existência de um prévio sopesamento já feito pelo legislador”.

Diante disso, torna-se imperioso abordar tal fenômeno, com ênfase na aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não-contratuais, a partir da análise da metodologia empregada pelo STF na resolução do caso Ellwanger (HC 82.424).

3 CASO ELLWANGER – HC 82.424

No ano de 1991, Sigfried Ellwanger foi denunciado pelo crime de racismo contra o povo judeu. Foi absolvido em primeira instância, porém Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o condenou a dois anos de reclusão (com sursis pelo prazo de quatro anos), por fazer apologia, por meio de livros, de ideias discriminatórias contra a comunidade judaica, sendo incurso no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, na redação dada pela Lei nº 8.081/90⁴³. O entendimento foi no sentido de considerar que, nas obras de sua autoria⁴⁴, existiam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, de forma a incitar o ódio contra os judeus, ao negar o holocausto e afirmar que o povo judeu causa males ao mundo.

Diante disso, o réu impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, não logrando êxito, sob a alegação da imprescritibilidade do crime praticado. Não satisfeito com a decisão, o réu decidiu impetrar *habeas corpus* agora no STF (HC

tais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. STEINMETZ, Wilson Antônio. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. MAGALHÃES, Ragner. Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴³ “Art. 20 – Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

⁴⁴ (“Holocausto. Judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”) e de sua distribuição (“O judeu internacional”, “A história secreta do Brasil”, “Brasil – Colônia de banqueiros”, “Os protocolos dos sábios de Sião”, “Hitler – Culpado ou inocente?”, “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”)

82.424/RS), apresentando a justificativa de que não praticou o crime de racismo, mas sim uma simples discriminação, ao considerar que os judeus são um povo, e não uma raça. Assim, não haveria racismo e já estaria prescrito o crime.

Os Ministros do STF foram em busca de um conceito jurídico para a expressão “racismo” contida na Constituição Federal. Isso porque, como notou a Ministra Ellen Gracie, a Carta não adotou nenhum conceito extrajurídico de forma exclusiva, mas elaborou conceito próprio, normativo⁴⁵.

O julgamento do pedido de *habeas corpus* (HC 82424) de Sigfried Ellwanger levou nove meses para ser concluído, considerando os sucessivos pedidos de vista dos ministros. O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger, que foi imposta a ele pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. A maioria dos ministros entendeu que a prática de racismo abrange a discriminação contra os judeus.

Como já mencionado anteriormente, a análise do fenômeno da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares de ser contextualizada no domínio de uma determinada concepção relacionada à hermenêutica constitucional. Para se enfrentar a questão do *em que medida* os direitos fundamentais incidem no âmbito privado, torna-se necessária a abordagem de questões essenciais sobre a hermenêutica jurídica e a interpretação constitucional.⁴⁶

Streck⁴⁷ ensina que a hermenêutica significa teoria da arte de interpretação e compreensão de textos, cuja finalidade precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo. Para o supracitado autor, a hermenêutica como se dá o processo descritivo, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos que orbitam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de leis, decretos, jurisprudências). As reflexões hermenêuticas sempre se desenvolvem em uma dupla perspectiva. Na perspectiva teórica, procura-se descrever como o processo de interpretação e compreensão acontece, que tipo de conhecimento é esse, como esse conhecimento se articula no interior da dualidade que rege as teorias do

⁴⁵ Interessante ressaltar que o conceito é constitucional. Nesse sentido, pertinente a observação do Ministro Moreira Alves: “A expressão ‘nos termos da lei’, que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de “racismo”, mas, sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: STF, 2004. p. 14).

⁴⁶ Considerando os objetivos desta pesquisa, não se pretende adentrar com profundidade nas inúmeras teorias sobre a hermenêutica. A ideia seria apenas contextualizar, notadamente apresentar certos elementos que integram o marco teórico desta investigação.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

conhecimento que opõem sujeito e objeto. Existe também a perspectiva prescritiva (prática), uma vez que essa descrição visa a atingir um resultado, no intuito de estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que torne possível reduzir os erros e mal entendidos que possam apresentar da leitura dos textos.

No tocante à teoria dos princípios de Robert Alexy, percebe-se que, ao conciliar a rigidez do modelo de regras com a flexibilidade do modelo de princípios, resultou em um modelo misto. Os catálogos de direitos fundamentais, segundo Alexy⁴⁸, possuem um duplo caráter, um nível de princípios e um nível de regras. Uma mesma disposição que enuncia um direito fundamental pode conter uma norma-regra e uma norma-princípio. A interpretação do sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal parte da premissa de que os dispositivos de direitos fundamentais ostentam densidades variadas. Desse modo, a Constituição deve ser aplicada e interpretada como um todo integrado e inseparável, não em módulos apartados, isolados e descontextualizados.

Para essa teoria, um dos principais aspectos é a distinção entre regras e princípios, sendo essencial para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Os princípios são mandados de otimização, de forma que eles podem ser cumpridos em graus distintos, sendo que sua eficácia está condicionada às circunstâncias fáticas e às possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível, que somente podem ser cumpridas ou não.

O fenômeno das colisões de direitos fundamentais está inserido no debate das antinomias entre as normas constitucionais, existindo duas formas de entender as referidas colisões. Desse modo, Alexy⁴⁹ sustenta que, em uma acepção estrita, o problema das colisões abrange os conflitos que envolvam direitos fundamentais. Já em uma acepção ampla, consideram-se as colisões os casos em que os direitos fundamentais entram em conflito com interesses e bem coletivos protegidos constitucionalmente.

Segundo Alexy⁵⁰, as colisões de direitos fundamentais devem, na acepção da teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. Desse modo, o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Avaliando as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada, consistente na ponderação das variantes fáticas e jurídicas do caso

⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, a. 55, n. 217, p. 68-69, jul./set. 1999.

⁵⁰ Idem

concreto, como meio de solução das colisões de direitos fundamentais. Ocorre íntima conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade. Do princípio da proporcionalidade com seus subprincípios da idoneidade, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação propriamente dita) resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais e essas, novamente, do princípio da proporcionalidade. A base do princípio da proporcionalidade residiria, assim, nos direitos fundamentais.⁵¹

Alexy⁵² sustenta que a ponderação dos direitos fundamentais se realiza no âmbito do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, devendo-se suceder em três níveis. No primeiro nível, existe a necessidade de definição da intensidade da intervenção em determinado direito fundamental. No segundo nível, deve-se identificar a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. Por sua vez, no terceiro nível, sucede a ponderação em sentido específico ou próprio. Assim, “quanto mais intensa é uma intervenção em um direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

No âmbito das relações jurídicas privadas, as colisões geralmente ocorrem entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais. Para Alexy⁵³, conforme já pontuado neste trabalho, “a própria autonomia privada, e não apenas sua restrição, é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros”, asseverando ainda que “a forma pela qual se estabelecem as restrições às competências de direito privado é uma questão substancial e, no fim das contas, uma questão de sopesamento”.

No intuito de encontrar uma solução adequada para esse problema, as colisões de direitos fundamentais no âmbito privado devem ser consideradas como colisões de princípios.⁵⁴ E, nesse caso, avaliam-se as possibilidades jurídicas e fáticas.

⁵¹ Jorge Reis Novais defende que o princípio da proporcionalidade configuraria expressão do Estado de Direito e da essência dos direitos fundamentais. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra Editora, 2010. p. 733.

⁵² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, a. 55, n. 217, p. 68-69, jul./set. 1999.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 540.

⁵⁴ No mesmo sentido: UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 364-365. CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 470. Em posição diversa, Virgílio Afonso da Silva sustenta ser inadequado o método de sopesamento de princípios, quando, de um lado, tiver o princípio da autonomia privada e, do outro, o direito fundamental envolvido. O raciocínio expressado pela lei de colisão não se aplica na relação entre particulares. O que ocorre, nesses casos, é a definição em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. E este último raciocínio não é um sopesamento. SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Para que a resolução do conflito ocorra, deve-se fundamentar no princípio da proporcionalidade. As condições fáticas serão sopesadas por meio da aplicação do princípio da adequação e da necessidade. Já as condições jurídicas, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁵

Desse modo, a problemática consiste no estabelecimento de critérios⁵⁶ para essa ponderação. E a expressão ponderação⁵⁷ compreendida como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em rota de colisão no caso em concreto, para fins de determinar qual deverá prevalecer. Ao analisar este método, Antieau⁵⁸ sustenta que “o Tribunal Constitucional identifica os interesses sociais opostos, reconcilia-os se possível e, se a reconciliação não for possível, determina que naquelas circunstâncias um dos interesses deve prevalecer”, devendo ainda apresentar uma explicação racional para a comunidade as razões de ter decidido assim.

Assim, ao focalizar no caso Ellwanger (HC 82.424), percebe-se que, “sem grandes variações metodológicas, a despeito do resultado díspar de alguns votos, os ministros recorreram à ideia de sopesamento entre princípios para solução do caso”.

⁵⁵ MAGALHÃES, Ragner. Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁵⁶ Por ultrapassar os limites do objeto desta pesquisa, para aprofundamento sobre esses critérios, conferir em: UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 364-365. SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. SARMENTO, Daniel. Direito Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. Curitiba: Juruá, 2017. p. 470. MAGALHÃES, Ragner. Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁵⁷ Humberto Ávila entende de forma diversa, para quem “a atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídicos-políticos como *Estado de Direito*, *certeza do Direito*, *democracia*. Nesse casos o interprete terá de examinar várias razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos”. (...) “As regras também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias mediante um processo de ponderação de razões”. (...) o processo mediante o qual as exceções são constituídas, também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, isto é, de ponderação. Este jurista também compreende a razoabilidade e a proporcionalidade como postulados normativos, extrapolando o patamar das normas para adentrar no âmbito das metanormas. Assim, são consideradas com normas de segundo grau, ou seja, que informam a estrutura de aplicação de outras normas (regras e princípios). ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54-91.

⁵⁸ ANTIEAU, Chester James. The jurisprudence of interests as a method of constitutional adjudication. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland (USA), v. 27, n. 4, p. 825, 1977.

Já alguns deles, a exemplo de Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Mello, “recorreram adicionalmente à regra da proporcionalidade”.⁵⁹

Para Virgílio Afonso da Silva, “de um lado, sem variações, os ministros identificaram os princípios da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa”. Por sua vez, no outro polo do sopesamento a identificação não foi tão uniforme, mas a maioria viu como princípio colidente a dignidade da pessoa humana e, em alguns casos, o direito à honra”. O foco é na abordagem da metodologia empregada pelo STF para solução do caso, mesmo sem adentrar no debate a respeito da possibilidade de a dignidade da pessoa humana ser envolvida em um processo de sopesamento de princípios.⁶⁰

Considerando o modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva, é preciso distinguir situações em que existam mediação legislativa e casos em que essa mediação não exista ou seja insuficiente. Existe mediação legislativa quando o legislador, exercendo sua competência legislativa, venha a fixar alguma solução para uma determinada colisão entre direitos fundamentais. Para ele, “se para um caso de colisão entre direitos fundamentais no âmbito privado de uma relação entre particulares, há algum dispositivo em que o suporte fático se enquadre, estamos diante de um caso desse tipo”.⁶¹

Nesse contexto, ao se analisar o Caso Ellwanger (HC 82.424), o legislador já teria realizado o seu sopesamento, ao considerar crime inafiançável o crime de racismo (Lei 7.716/1989, art. 20, com a redação dada pela Lei 8.081/1990). “Diante da existência de mediação legislativa, não há mais que se falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares”.

Portanto, não haveria a necessidade de se debater “se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante de que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforçaram em fazer todos os ministros”. O debate possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria o relacionado “sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista. E aqui o raciocínio é subsuntivo e não ponderativo”.⁶² Não haveria “espaço para sopesamento na forma como feito pelo STF”. Nessa perspectiva, observa-se que as disposições de direitos fundamentais podem ter efeito indireto em relações desse tipo⁶³.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 167-168.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

⁶³ Analisando a referida problemática, Virgílio Afonso da Silva ainda pontua que: “Isso não significa que não possa haver discordância acerca do acerto do legislador em incluir o exercício da liberdade de expressão como uma possível forma de racismo. Seria possível, sem dúvidas, que se questionasse a constitucionalidade de uma tal decisão, partindo da premissa semelhante à expressa pelo Ministro Marco Aurélio Mello, segundo o qual as liberdades de expressão e de imprensa, por serem elementos

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Delineados os aspectos teórico-jurídicos, verificou-se que a relevância dos direitos fundamentais possibilitou um desenvolvimento gradual de sua terminologia ao passar por diversas denominações linguísticas, de forma que desencadeou uma multiplicidade de intelecções imprecisas. Em termos gerais, os direitos humanos seriam os reconhecidos na esfera do direito internacional e os direitos fundamentais consistiriam nos tutelados pelo direito constitucional na órbita interna de cada Estado.

Ao se abordar o fenômeno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, pontuou-se que os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, ou seja, como direitos do cidadão em face do Estado. Com o advento do Estado Social de Direito, passou-se a conceber os direitos fundamentais não somente como direitos subjetivos oponíveis ao Poder Público, mas como direitos objetivos incidentes por todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas.

Ao analisar a doutrina brasileira, constatou-se que há uma forte inclinação em aceitar a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de tal maneira que é defensora, em sua maioria, da concepção em que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da mediação do legislador, de forma que é possível extrair dos seus julgamentos a ideia de que tais direitos podem ter incidência direta nas relações privadas.

Com o enfoque na análise sobre a metodologia empregada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do caso *Ellwanger* (HC 82.424), no âmbito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não-contratuais, percebeu-se que, sem grandes variações metodológicas, os ministros recorreram à ideia de sopesamento entre princípios. Já alguns deles, a exemplo de Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Mello, recorreram adicionalmente à regra da proporcionalidade. Em geral, de um lado, os ministros identificaram os princípios da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa; já, no outro polo (mesmo não sendo uniforme), a maioria dos ministros identificou o princípio da dignidade da pessoa humana e, em alguns casos, o direito à honra.

imprescindíveis de um Estado Democrático de Direito, devem gozar de uma garantia maior do que outros princípios constitucionais. Nesse sentido, seria de se esperar que a ponderação correta e solução ótima para o problema fosse a inconstitucionalidade da tipificação penal de manifestações racistas". SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 167-170.

Considerando o modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva, é preciso distinguir situações em que existam mediação legislativa e casos em que essa mediação não exista ou seja insuficiente. Existe mediação legislativa quando o legislador, exercendo sua competência legislativa, venha a fixar alguma solução para uma determinada colisão entre direitos fundamentais. Ao se analisar o caso Ellwanger (HC 82.424), o legislador já teria realizado o seu sopesamento, ao considerar crime inafiançável o crime de racismo (Lei 7.716/1989, art. 20, com a redação dada pela Lei 8.081/1990).

Portanto, já existindo a mediação legislativa, não haveria de se cogitar da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no âmbito privado. Não necessitaria de se debater se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante de que outro princípio eventualmente envolvido. O debate possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria o relacionado sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista. E aqui o raciocínio é subsuntivo e não ponderativo. Assim, observou-se que, em relações jurídicas deste contexto (caso Ellwanger, HC 82.424), as disposições de direitos fundamentais podem ter efeito indireto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, a. 55, n. 217, p. 68-69, jul./set. 1999.

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

ANDRADE, José Carlos Vieira da. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTIEAU, Chester James. The jurisprudence of interests as a method of constitutional adjudication. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland (USA), v. 27, n. 4, p. 825, 1977.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada*. Curitiba: Juruá, 2017.

CRUZ, Rafael Naranjo de La. Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DÜRIG, Günter. Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil. *In*: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Forense Universitária, 2019.

LOMBARDI, Giorgio M. Potere privato e diritti fondamentali. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MAGALHÃES, Ragner. Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Hermenêutica Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: Teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra, Almedina, 2007. v. 1.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e Direito Privado. *In*: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2. ed. Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OTERO, Paulo. Direito constitucional português: identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In*: A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgilio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF - habeas corpus nº 82.424/RS*. Brasília: STF, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.