

HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO AOS VALORES CONSTITUCIONAIS

THE HARMONIZATION OF PRIVATE LAW TO THE CONSTITUTIONAL VALUES

*Luciano de Araujo Migliavacca**
*Iuri Bolesina***

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da constitucionalização do Direito Privado; 2 O caso Lüth; 3 Análise de dois casos no Rio Grande do Sul; Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda a constitucionalização do direito privado e suas origens, traçando-se breve esboço histórico acerca dos direitos fundamentais e a sua influência na conformação do Estado e da Constituição. Busca-se, através de pesquisa bibliográfica, analisar o fenômeno da constitucionalização do direito privado, destacando o caráter axio-principiológico da Constituição e dos direitos fundamentais, sobretudo pela dimensão objetiva que adquirem. Tem-se assim a alteração de paradigma na interpretação da Constituição, a qual passa a irradiar a eficácia dos direitos fundamentais à legislação infraconstitucional, promovendo igualmente a função de filtragem das demais normas. Nesse contexto, analisa-se o marco histórico acerca da constitucionalização do direito privado: julgamento do caso Lüth pela Corte Constitucional Alemã; traçando-se a partir daí um sucinto exame de casos atuais envolvendo o tema.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado. Direitos fundamentais. Caso Lüth.

ABSTRACT: This article addresses the constitutionalization of private law and its origins, tracing foreshortening up short history about fundamental rights and influence in the State conception and the Constitution. Seeks, through a literature review, analyzing the phenomenon of constitutionalization of private law, highlighting the

* Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - DINTER UNESA /IMED, em Direito Público e Evolução Social, vinculado à linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito - UNISC. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário – UPF. Professor de Direito Processual Civil - IMED. Coordenador do Curso de Pós Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da IMED Advogado. E-mail: lucmig@imed.edu.br

** Mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Direitos Sociais e Políticas Públicas). Especialista em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos* coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

character axiological and principle of the Constitution and fundamental rights, especially the objective dimension they acquire. It is thus the change of paradigm in the interpretation of the Constitution, which is to radiate the effectiveness of fundamental rights constitutional legislation, also promoting the filtering function of the other rules. In this context, analyze the historical landmark on the constitutionalization of private law: trial of the case Lüth by the German Constitutional Court; tracing out from there a succinct examination of current cases involving the issue.

Keywords: Constitutionalization of private law. Fundamental rights. Lüth case.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito privado assume hodiernamente papel de destaque nos meios acadêmicos bem como repercute nas decisões judiciais ante a compreensão de que os direitos fundamentais não mais se limitam às relações entre o indivíduo e o Estado, mas principalmente nas relações particulares.

Esse fenômeno decorre da evolução dos direitos fundamentais na conformação do Estado e por consequência no modo de interpretar a Constituição, concebendo aqueles como mandados de otimização, equiparando-os a princípios.

Diante de tal compreensão, reforça-se a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, tendo a Constituição força normativa revestida de caráter axiológico, servindo como parâmetro para o ordenamento jurídico. Adquire a Constituição a função de filtragem de todo o direito infraconstitucional.

Revela-se essencial que se promova uma harmonização do direito civil com os valores constitucionais, adotando-se um novo paradigma em termos de interpretação tendente a tornar efetiva a própria norma constitucional.

Marco histórico em relação ao fenômeno da constitucionalização do direito privado é o julgamento pela Corte Constitucional Alemã do caso Lüth, emblemático exatamente por inaugurar a aproximação do direito constitucional ao direito privado, de forma a estender os critérios axiológicos dos direitos fundamentais aos demais ramos do direito, o que vem a ser observado nas recentes decisões judiciais.

1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A constitucionalização do direito privado representa fenômeno que guarda relação direta com a evolução histórica dos direitos fundamentais, cuja influência é sentida diretamente na conformação da Constituição e do próprio Estado.

Sarmento enfoca tal evolução de acordo com os paradigmas liberal, social e pós-social, relacionando-os com a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (2004, p. 21), fazendo-se, assim, necessária breve incursão sobre a evolução dos direitos fundamentais.

Sarlet define direitos fundamentais como sendo “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (2007, p. 35-36), conceito este confortado por Jorge Miranda que refere que

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material (2000, p. 7).

Canotilho refere a fundamentalidade dos direitos fundamentais, em consonância com Alexy, na dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e material (1992, p. 529).

Consoante o exposto, adota-se a posição de Perez Luño no tocante à conceituação de direito fundamental, que concilia o pensamento de Fernández-Galiano e de Peces-Barba, os quais compreendem os direitos humanos como uma

categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, assim como no reconhecimento (explícito por Peces-Barba, implícito em Fernández-Galiano) de que os direitos fundamentais são uma categoria descritiva dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico” (2011, p. 46-47)

Nesse enfoque, convém salientar que a constitucionalização dos direitos fundamentais não representaria a mera previsão de princípios, “mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia” (MORAES, 2011, p. 3).

Insero em um processo histórico evolutivo, os direitos fundamentais surgiram, consoante lição de Sarmiento (2004, p. 27-28), para salvaguardar as liberdades privadas dos indivíduos limitando o poder do Estado. Sob um paradigma liberal, tendo como base o iluminismo – cujos ideais influenciaram a Revolução Francesa e a Independência e a fundação do Estado norte-americano, a Constituição servia para racionalizar e legitimar o poder, tendo força e validade nas relações entre Estado e indivíduo ao passo que nas relações entre os indivíduos era

O Código Civil, que, tendo como base os pilares a propriedade e o contrato, buscava assegurar a segurança e a previsibilidade das regras do jogo para os sujeitos de direito nas suas relações recíprocas, a partir de uma perspectiva (falsa) de asséptica neutralidade diante dos conflitos distributivos (SARMENTO, 2004, p. 30)

Analisando-se o Paradigma Liberal, tem-se que o núcleo da proteção era a propriedade e os respectivos direitos econômicos. Prevalencia a autonomia privada, com ampla liberdade negocial (REIS, 2007, p. 2036).

Evolutivamente, surgem os direitos sociais ante a “necessidade de criação de mecanismos para evitar abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia controlar”, passando o Estado, então, a assumir um papel mais ativo, transformando-se de Estado Liberal para Estado Social (SARMENTO, 2004, p. 34-35)

Branco refere que são “chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados” (2012, p. 157).

Reforça-se a ideia de evolução e sedimentação dos direitos fundamentais uma vez que “de nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento” (TAVARES, 2012, p. 503). Virgílio Afonso da

Silva, no mesmo sentido, afirma a necessidade dos direitos sociais como forma de consolidação dos direitos fundamentais de primeira dimensão:

Esses novos direitos, chamados de direitos sociais e econômicos, e que são considerados como a segunda geração dos direitos fundamentais, surgem, contudo, não só em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais (e socialistas), que sustentavam, em linhas gerais, que as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto (2005, p. 548-549).

Aponta Bonavides que tais direitos foram idealizados “através de especulação em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico, referindo a proclamação destes nas Constituições marxistas e demais Constituições do segundo pós-guerra” (2006, p. 564).

Sarmento, identificando o que nomina como paradigma social, afirma que tal fase há a necessidade de garantia das condições mínimas de existência aos seres humanos, por meio de políticas públicas interventivas pelo Estado em prol das partes mais fracas das relações sociais. No Direito Privado, ampliam-se as normas de ordem pública e as hipóteses de limitação à autonomia da vontade das partes em prol dos interesses coletivos, advindo aqui a ideia da reserva do possível e do mínimo existencial, multiplicando-se as leis protetivas aos direitos fundamentais com notória intensificação da atuação regulamentar do Estado (2004, p. 35-37).

Com a superação deste modelo e o advento do Estado Social, houve uma redefinição da autonomia privada, passando ser o ponto central da proteção a pessoa humana, a qual sofreu limitações em sua autonomia em razão da igual autonomia dos demais que com ela convivem (REIS, 2007, p. 2035).

Tal modelo, no entanto, não resiste à crise dando espaço a um modelo neoliberal com o surgimento da Nova Direita, unindo o conservadorismo no campo social e o liberalismo na seara econômica – preconizando uma diminuição do tamanho do Estado com redução drástica dos gastos sociais, preferindo um modelo constitucional mais sintético e procedimental – tendo a constituição como um estatuto do Estado – no modelo anterior à Weimar (SARMENTO, 2004, p. 44-49).

Reconhece-se, em face de tal crise, a incapacidade do Estado em arcar com os custos sociais notadamente pela “dificuldade cada vez maior de harmonizar os gastos públicos com o crescimento da economia capitalista” (CANCIAN, 2007).

Nesse contexto, Sarmiento reconhece que “para minimizar os riscos e males do Estado pós-social, é preciso reforçar a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas” passando, assim, a Constituição a ter notória força normativa revestindo-se de caráter principiológico - onde a Lei Maior representará o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional (2004, p. 70).

Preconiza-se uma visão vinculativa da constituição e do direito privado vinculada e não dissociada, de modo a harmonizar o direito civil com os valores constitucionais bem como, por via reflexa, com os direitos fundamentais. Tem-se, como afirmado pelo autor, que o constitucionalismo transformou a configuração tradicional do sistema jurídico (PERLINGIERI, 2008, p. 07).

Os direitos fundamentais passam a ser agora compreendidos como como “postulados sociais” indicando uma determinada ordem de valores servindo, desta forma, e a partir de então, de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição (BONAVIDES, 2001. p. 541).

De acordo com Barroso, não havendo mais espaço para o positivismo jurídico, o constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito, materializando-se os princípios, abrigados na Constituição, passando a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Nesse novo contexto, a Constituição passa a sistema aberto de princípios e regras, onde justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A aplicação dos princípios dá-se via ponderação, com um mínimo de sacrifício de cada daqueles envolvidos em oposição. (2006, p. 36/37).

Passa a Constituição a representar, não apenas um sistema mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. À supremacia antes apenas formal, agregou-se valia material e axiológica à Constituição, utilizada para interpretar outros ramos do Direito. Concebe-se, então, uma mudança de paradigma tendente a buscar a efetividade das normas constitucionais e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. A Constituição exerce, assim, a função de filtragem de todo o direito infraconstitucional –

significando a interpretação e leitura de seus instintos à luz da Constituição (BARROSO, 2006, p. 44-45).

No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira discorre sobre a irradiação direta da própria Constituição, afirmando-se sua força normativa e sua posição como pedra de toque de todo ordenamento jurídico interno (2008, p.152).

Tem-se, a partir de tal concepção, a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais como função legitimadora, servindo como “elemento axiológico do Estado Democrático de Direito, além de servir como reforço de proteção” (PEREIRA, 2008, p. 153).

A dimensão objetiva denota dois aspectos, sendo o primeiro referente à competência negativa do Estado face à liberdade de ação dada ao indivíduo no sentido de que

a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais [...] (SARLET, 2007, p. 171).

O segundo aspecto diz respeito à eficácia irradiante da Constituição, no tocante aos direitos fundamentais, aos demais ramos do Direito, em uma nova concepção hermenêutica.

Essa nova compreensão acerca dos direitos fundamentais encontra no caso Lüth um marco no sentido de que a lei fundamental não representa apenas uma “ordem neutra de valores”.

2 O CASO LÜTH

Apontado como marco para esse novo significado dos direitos fundamentais, a decisão do caso Lüth, julgado pela corte Constitucional Alemã em 1958 (PEREIRA, 2008, p. 153), reconheceu uma ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais de forma a reger todos os âmbitos do direito.

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais ganhou impulso a partir de tal decisão, sendo o mesmo representativo da constitucionalização do direito, conforme ressaltado por Marmelstein:

Quase todos os constitucionalistas “germanófilos” consideram que o Caso Lüth é o mais importante da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra. E, de fato, a decisão da Corte Constitucional alemã revolucionou o direito, não apenas o constitucional (2008).

O caso Lüth-Urteil trata de fato ocorrido no início da década de cinquenta, onde o cidadão alemão Erich Lüth – crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo – promoveu um movimento junto a todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, no intuito de boicotar o filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (SCHWABE, 2005, p. 381).

Harlan, então, promoveu, conjuntamente com seus parceiros comerciais, uma ação cominatória contra Lüth com base em dispositivo da lei civil alemã (§ 826 BGB) que obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob pena de uma pena pecuniária (SCHWABE, 2005, p. 381).

Milhoranza, em análise do caso Lüth refere:

Em suma, o feito em comento era concernente à exibição (ou não) de um filme por parte da indústria cinematográfica germânica. Tal filme produzido por Veit Harlan foi boicotado, de plano, por Erich Lüth, Presidente do Clube de Imprensa da Cidade de Hamburgo.

Em primeira instância, Veit Harlan obteve êxito na sua pretensão: a justiça de 1º grau alemã declarou fora de questão o boicote ao filme, pois entendeu o Tribunal Estadual de Hamburgo de que o artigo 826 da Norma Substantiva Civil da Alemanha (“quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”) amparava a pretensão de Veit Harlan. Inconformado com a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, Erich Lüth recorreu, pela via de um recurso constitucional “Verfassungsbeschwerde”, para a Corte Constitucional.

A Corte Constitucional Alemã decidiu pela afastabilidade do artigo 826, sob a alegação de que não se pode interpretar das cláusulas gerais de direito civil em desacordo com os valores previstos e protegidos pela Constituição. Entendeu, ainda, a Corte Constitucional Alemã que os direitos

fundamentais possuem dupla dimensão; pugnando pela existência de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (Drittwirkung), bem como, acolhendo a tese dos deveres de proteção (Schutzpflicht) (2007).

A ação inicialmente foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, seguindo recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, sob a alegação de violação do direito fundamental à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional Federal julgou a reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual (SCHWABE, 2005, p. 381).

Em tal julgamento a Corte Constitucional Alemã desenvolveu alguns conceitos que representam a base para a teoria dos direitos fundamentais como “(a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, (b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e (c) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos” (MARMELSTEIN, 2008).

Da decisão da Corte Constitucional Alemã, se extrai a ideia de que o direito privado deve ser permeado por valores constitucionais, havendo a permanente interpenetração da Constituição, cujo conteúdo axiológico é imanente a sua configuração, nas relações entre os indivíduos, até então regidas exclusivamente pelo Direito Civil.

Oportuno transcrever trecho de tal decisão ao indicar a mudança de paradigma bem como trecho do dispositivo no intuito de ilustrar o pensamento que veio a ser difundido posteriormente:

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz notar sobretudo em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim uma parte da ordem publica lato sensu, i.e., junto aos princípios, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se sobretudo de “cláusulas gerais” para a realização desta influência, que, como § 826 BGB, remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até a critérios extra-jurídicos, como os “bons costumes”. Pois para a decisão a respeito da

questão sobre o que tais mandamentos sociais exigem no caso concreto, tem-se que, em primeiro lugar, partir do conjunto de concepções axiológicas, as quais um povo alcançou numa certa época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição. Por isso, foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de “pontos de entrada” (Einbruchstellen) dos direitos fundamentais no direito civil (Dürig, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, die Grundrechte, Tomo II, p. 525).

[...]

IV.

O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada (apud MARMELSTEIN, 2008)

Pondera Jane Reis Gonçalves Pereira, em análise da decisão da Corte Alemã que esta entendeu que os tribunais civis devem considerar os direitos fundamentais ao interpretar litígios de natureza privada “interpretando os preceitos de direito civil de forma a harmonizá-los com os valores que emanam da constituição” (2008, p. 166).

A partir de tal decisão, portanto, a questão referente à questão objetiva dos direitos fundamentais tornou-se emblemática e objeto de debate na dogmática e jurisprudência alemãs, donde se desenvolveram os conceitos de eficácia “irradiante” dos direitos fundamentais¹ e a teoria dos deveres de proteção² (SARMENTO, 2004, p. 142).

¹ A eficácia irradiante “significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário” (SARMENTO, 2004, P. 155).

² “O Estado não deve apenas abster-se de violar tais direitos (fundamentais), tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana” (SARMENTO, 2004, p. 160-161).

Segundo Leonardo Martins, a tese vigente no direito constitucional alemão “que liga o dever estatal de tutela baseado nos direitos fundamentais à eficácia horizontal direta parte do princípio que Estado seria obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana – da qual os direitos fundamentais seriam desdobramentos, razão pela qual teria o Estado de proteger e observar cada direito fundamental. (P. 83)

Os direitos fundamentais, portanto, exprimem uma ordem axiológica, não mais contida no aspecto subjetivo em relação ao indivíduo opor-se em face do Estado, mas igualmente numa dimensão objetiva de validade em relação às relações privadas interpessoais.

A ponderação de direitos fundamentais nas relações privadas, vem sendo objeto de análise em feitos onde há o aparente conflito, como se vê adiante.

3 ANÁLISE DE DOIS CASOS NO RIO GRANDE DO SUL.

Passados mais de 50 anos da decisão do caso Lüth, a “vis expansiva” dos direitos fundamentais” nas relações privadas continua sendo objeto de discussão jurisprudencial nos dias atuais.

Nesse aspecto, analisam-se casos tópicos oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, embora sem uma repercussão relevante a ponto de identificar casos paradigmáticos, permitem a identificação da influência das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão no sentido da constitucionalização do direito privado.

Evidente que se tratam de casos que poderiam ser classificados de insignificantes se comparados ao caso Lüth, porém, servem para denotar o processo de incorporação da teoria adotada pela Corte Constitucional Alemã acerca da constitucionalização do direito privado.

A referida “vis expansiva” revela-se presente na análise do Processo n° 70047061239, julgado na 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 18 de outubro de 2012.

Tal processo versa sobre pedido de indenização por dano moral promovida por agentes de trânsito do município de Cruz Alta – RS, que se sentiram ofendidos com o texto em um painel colocado em frente ao Hotel da Cuia com os dizeres “Guarda Municipal de Trânsito (azuizinhos) - caça níqueis - indústria de multas”.

No caso em tela, o pedido de indenização foi julgado improcedente, tendo o recurso mantido a decisão de primeiro grau, tendo

o relator da apelação, Desembargador Artur Arnildo Ludwig, afirmado que

O painel posto em frente ao hotel nada mais foi do que a expressão do sentimento vivido pela população naquele momento, estando ausente qualquer conteúdo pejorativo ou ofensivo diretamente a um agente de trânsito em específico, que pudesse ser identificado naquela mensagem.

[...]

O exercício do direito de crítica, não deve ser tolhido, principalmente, quando exercido dentro de seus limites, não se estando aqui a inverter valores como sugeriram os apelantes em suas razões de apelo. Ainda que se considere de suma importância a reeducação no trânsito, ainda mais diante da atual conjuntura de acidentes oriundos da imprudência de alguns motoristas, não se pode olvidar o direito da população em manifestar seu sentimento de indignação com alguns profissionais do trânsito. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70047061239, Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig, 2012)

Reconheceu-se, no caso citado, que o direito de expressão e de crítica afasta o direito de indenização, afastando-se a caracterização de ilícito. Alie-se a isso o fato de que o contexto fático auxilia a compreensão do julgado, qual seja, a população do Município de Cruz Alta – RS “estava indignada com o proceder de alguns agentes de trânsito, organizando, assim um movimento contra a denominada ‘indústria da multa’” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70047061239, Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig, 2012)

O presente caso tem nuances que podem ser destacadas em comparação com o caso Lüth, onde igualmente foi negada a reparação dos danos em face do reconhecimento do direito de expressão.

Outra decisão, igualmente oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo 70043745116, julgado pela Décima Sétima Câmara Cível, teve decisão em sentido oposto, tendo havido a explicitação no acórdão proferido acerca da colisão entre direitos fundamentais – o que não ocorreu na decisão antes mencionada.

Tal processo trata do ajuizamento de ação com pedido cominatório promovida por construtora em face de clientes por terem estes afixado na janela de seu apartamento – adquirido da primeira – cartaz contendo os seguintes dizeres ““CONSTRUTORA RIO NOVO =

INCOMODAÇÕES, INFILTRAÇÕES, DESNÍVEIS E INSATISFAÇÃO”.

Alegou a construtora, autora do pedido para retirada do cartaz, ofensa à imagem e o prestígio perante clientes, fornecedores e a sociedade em geral, tendo os réus alegado, em sua defesa que a sua conduta encontra-se protegida pelo direito constitucional de liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º, IV, da Constituição da República.

Diante de tal impasse, a Desembargadora Liége Puricelli Pires destacou o conflito posto a apreciação, indicando os direitos individuais em comento:

Quanto ao mérito, a matéria da presente demanda possui amplo espectro de discussão, por se estar frente à colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito de personalidade da empresa autora (honra e imagem) e o direito à manifestação do pensamento dos réus em virtude dos vícios construtivos do imóvel por eles adquirido.

Consta do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal serem “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. Por outro lado, prevê o inciso IV do art. 5º da Carta Magna que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”.

Para solucionar o confronto de direitos fundamentais, incumbe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão por meio do sacrifício mínimo dos direitos em jogo, guiando-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros. Por seu turno, a máxima da proporcionalidade significa a distribuição necessária e adequada dos custos, de forma a salvaguardar direitos fundamentais colidentes. O processo da ponderação é puramente racional, podendo ser enunciados os fundamentos que estabelecem as condições de harmonização e, se for necessário, a preferência de um direito sobre o outro. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70043745116, Relatora Des. Liége Puricelli Pires, 2012)

No caso referido, entendeu-se que prevalece o direito fundamental à imagem da autora, uma vez que, segundo a Desembargadora Relatora,

a empresa trabalha com padrão diferenciado, de classe média ou alta, já estando esta, ainda, a resolver os problemas dos vícios construtivos.

Muito embora possa haver discordância em relação a tal decisão, desconsiderando-se o direito à livre manifestação quanto ao descontentamento em relação ao bem adquirido, verifica-se que os direitos fundamentais são postos a apreciação na relação entre os particulares.

Evidencia-se com isso a constitucionalização do direito privado, fazendo com que os direitos fundamentais assumam uma nova condição, não mais de oposição frente ao Estado mas, agora, um uma dimensão objetiva, nas relações entre os particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o caso Lüth, adquiriu a constitucionalização do direito privado contornos efetivos para que a força normativa da Constituição passasse a representar a pedra de toque do ordenamento jurídico infraconstitucional, balizando-o através da carga valorativa dos direitos fundamentais.

Passou-se a conceber a dimensão objetiva dos direitos fundamentais de modo que sua eficácia se estendesse para além a relação do indivíduo com o Estado, mas aplicável igualmente nas relações privadas.

O conteúdo axiológico dos direitos fundamentais devem ser observados nos demais ramos dos direitos, passando-se a interpretar os preceitos de direito civil harmonizando-os com os valores da Constituição.

A Constituição consubstancia-se, assim, não meramente em um sistema mas igualmente em uma perspectiva para interpretar todos os demais ramos do Direito.

O caso Lüth, representativo do marco inicial da constitucionalização, já denotava, há mais de cinquenta anos atrás, a ideia de que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, pugnando pela existência de eficácia irradiante dos direitos fundamentais e acolhendo a tese dos deveres de proteção.

Essa concepção, preconizada pela Corte Constitucional Alemã, reflete seus ideais nos dias atuais, doutrinária e jurisprudencialmente, atentando-se ao fato de que os direitos fundamentais devem ser observados igualmente nas relações entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-153.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANCIAN, Renato. **Estado do bem-estar social: História e crise do welfare state**. 29 de maio de 2007. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e-crise-do-welfare-state.htm>. Acesso em: 05 dez.2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1992

LIMA, GEORGE MARMELSTEIN. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/> Acesso em: 05 dez. 2012.

MARTINS, Leonardo. **Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, in Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. SCHWABE, Jürgen, compilação, organização e introdução: Leonardo Martins, editor responsável: Jan Woischnik, Montevideu – Uruguai, Fundação Konrad Adenauer, Programa Estado de Direito para América do Sul, 2005. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf . Acesso em 19 de julho de 2013.

MILHORANZA, Mariangela Guerreiro. **A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 23 de Janeiro de 2007. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/210-artigos-jan-2007/5378-a-incidencia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-entre-particulares>. Acesso em 04 dez. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Ed.Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição Federal da República federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª. ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio Martínez. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “**Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**”, in *A nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Jorge Renato dos. Os Direitos Fundamentais de Tutela da Pessoa Humana nas Relações entre Particulares. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (org.) Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 2033-2064.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. Ed. rev. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: **A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins, editor responsável: Jan Woischnik, Montevideu – Uruguai, Fundação Konrad Adenauer, Programa Estado de Direito para América do Sul, 2005. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf . Acesso em 19 de julho de 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 01-11.

REIS, Jorge Renato dos. Os Direitos Fundamentais de Tutela da Pessoa Humana nas Relações entre Particulares. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (org.) Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 2033-2064

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70047061239**, Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Sexta Câmara Cível. Julgado em 18 de outubro de 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70043745116**, Relatora Des. Liége Puricelli Pires. Décima sétima Câmara Cível. Julgado em 08 de março de 2012

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 59-78.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3.ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A evolução dos direitos fundamentais**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6, 2005, p. 541-558. Disponível em <<http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>
Acesso em 31 out. 2012.