

Interesse Público

REVISTA BIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO



Interesse Público

Ano XVIII - 2016 - Nº 99

Conselho Editorial

Presidente: Prof. Juarez Freitas (PUCRS, UFRGS,
Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público)

Prof. Anderson Teixeira (Unisinus)
Profa. Antonia Pereira (PUC-SP e Pres. do IBDM)
Prof. Carlos Ari Sundfeld (SBDP e FGV/SP)
Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (STF)
Conselheiro Cezar Miola (TCE/RS)
Prof. Clèmerson Merlin Clève (UFPR e UNIBRASIL)
Prof. Clovis Beznos (PUC-SP e Pres. do IBDA)
Profa. Cristiana Fortini (UFMG, IMDA)
Profa. Denise Lucena (UFC)
Prof. Fabio Saponaro (Università Unitelma Sapienza Roma)
Prof. Fabrício Motta (UFG)
Prof. Fernando Facury Scaff (UFPA)
Profa. Germana de Oliveira Moraes (UFC)
Prof. Giovanni Girelli (Università Roma Tre)
Prof. Heleno Taveira Tôres (USP)
Conselheiro Helio Saul Mileski (TC/RS)
Prof. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Igor Danilevicz (UFRGS e PUCRS)
Prof. Des. João Batista Gomes Moreira (TRF 1ª)
Ministro José Augusto Delgado (UniCEUB)
Prof. José Casalta Nabais (Universidade de Coimbra)
Prof. Luís Roberto Barroso (UERJ)
Prof. Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Prof. Márcio Cammarosano (PUC-SP e Pres. do IBDA)
Dr. Oscar Breno Stahnke (DPM)
Prof. Paulo Affonso Leme Machado (UNIMEP)
Prof. Paulo Bonavides (UFC)
Prof. Paulo Caliendo da Silveira (PUCRS)
Prof. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto)
Prof. Paulo Modesto (UFBA e UNIFACS)
Prof. Rafael Vêras de Freitas (FGV Rio)
Prof. Rodrigo Valgas (IDASC)
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho (UFPR e PUCPR)

Editor-Chefe

Prof. Alexandre Pasqualini
(IDARGS, AJURIS)



www.interessepublico.com.br

ISSN: 1676-8701

© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenador editorial: Leonardo Araújo
Pesquisa jurídica: Ézio Lacerda Júnior – OAB/GO 37488
Ana Paula de Almeida Queiroz
Darlan Amorim de Abreu - OAB/GO 47.432

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar - Savassi - Belo Horizonte - MG - Brasil
CEP 30130-012
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o território nacional

Interesse Público, ano 18, n. 99, setembro/outubro 2016.
Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Revista de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.
Bimestral.

Publicada do ano 1, n. 1, jan./mar. 1999 ao n. 42, mar./abr. 2007
pela Editora Notadez, Porto Alegre.

Publicada a partir do ano 9, n. 43, maio/jun. 2007 pela Editora
Fórum, Belo Horizonte.

1. Direito Público-Periódico. 2. Direito Administrativo-Periódico
3. Direito Tributário-Periódico

CDU: 34(05)

Repositório autorizado de Jurisprudência
Supremo Tribunal Federal: nº 28/00
Superior Tribunal de Justiça: nº 44/00
Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões

Esta revista está catalogada em:

- Base RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)



Interesse Público

Colaboradores

Ada Pellegrini Grinover
Adão Sérgio do Nascimento Cassiano
Adilson Abreu Dallari
Adílson José de Oliveira
Adircélio de Moraes Ferreira Júnior
Adriana da Costa Ricardo Schier
Adriana Maurano
Adriano Sant'Ana Pedra
Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Airton Guilherme Berger Filho
Alcides da Fonseca Sampaio
Alejandro Montiel Alvarez
Alessandra Okuma
Alex Assis de Mendonça
Alexandre Aboud
Alexandre Burmann Pereira
Alexandre Coutinho Pagliarini
Alexandre de Castro Nogueira
Alexandre D. Faraco
Alexandre Figueiredo Morato
Alexandre Maciel Simões
Alexandre Pasqualini
Alexandre Pinheiro dos Santos
Alexandre Rodrigues Oliveira Signorelli
Alexandre Santos de Aragão
Alexandre Schubert Curvelo
Alexandre Zamprogno
Alice Gonzalez Borges
Alice Mouzinho Barbosa
Álisson José Maia Melo
Alvaro de Oliveira
Alzemer Martins Ribeiro de Britto
Amir José Finocchiaro Sarti
Ana Carla Bliacheriene
Ana Lucia Ikenaga Warnecke
Ana Lúcia Xavier Siqueira
Ana Luísa Soares de Carvalho
Ana Maria Janovik
Ana Maria Moreira Marchesan
Ana Paula Coimbra Rodrigues
Ana Paula de Barcellos
Ana Paula Martins Albuquerque
Ana Teresa Ribeiro da Silveira
Anderson Sant'Ana Pedra
Anderson Vichinkeski Teixeira
André Evangelista de Souza
André Janjácómo Rosilho
André L. Borges Neto
André Luiz Carvalho Estrella
André Saddy
Andrea Carla Veras Lins
Andrea Teichmann Vizzotto
Andreas Joachim Krell
Andrei Pitten Velloso
Ângela Cássia Costaldello
Angélica Petian
Angelo Braga Netto Rodrigues de Melo
Antônio Augusto Mayer dos Santos
Antônio Carlos Cintra do Amaral
Antonio Carlos Flores de Moraes
Antônio Carlos Machado Volkweiss
Antonio Joaquim Moraes Rodrigues
Neto
Antonio López Díaz
Antônio Zeferino da Silva Junior
Armando João Perin
Armando Moutinho Perin
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Arno Werlang
Arthur Moura de Souza
Augusto Durán Martínez
Augusto Franke Dahinten
Aurélio Pitanga Seixas Filho
Ayrton de Mendonça Teixeira
Bartolomé Borba
Bernardo de Souza
Bernardo Franke Dahinten
Bruno José Ricci Boaventura
Bruno Meneses Lorenzetto
Caio de Souza Loureiro
Calixto Salomão Filho
Carin Prediger
Carla Amado Gomes
Carlo Artur Basilio
Carlos Alberto Bencke
Carlos Araújo Leonetti
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Eduardo Bergamini Cunha
Carlos Eduardo Lustosa da Costa
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Carlos Figueiredo Mourão
Carlos Konder
Carlos Mário da Silva Velloso
Carlos Maurício Figueiredo
Carlos Roberto Siqueira Castro
Carlos Thompson Flores
Carolina Zancaner Zockun
Cass R. Sunstein
Cassiana Alvina Carvalho
Cassyra L. Vuolo
Celso Antônio Bandeira de Mello
Cesar A. Guimarães Pereira
César Augusto Hülsenderger
Cezar Britto
Cezar Miola
Christianne de Carvalho Stroppa
Christopher Forsyth
Cibele Fernandes Dias
Cibele Granzotto Léger
Cintia Estefania Fernandes
Cintia Schmidt
Cirilo Augusto Vargas
Ciro Cardoso Brasileiro Borges
Claiton Renato Macedo Marques
Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira
Cláudia Honório
Cláudio Grande Júnior
Claudio Penedo Madureira
Cláudio Pereira de Souza Neto
Cleber Demetrio Oliveira da Silva
Clèmerson Merlin Clève
Cleucio Santos Nunes
Clóvis Beznos
Cristiana Fortini
Cristiane da Costa Nery
D'Alembert Arrhenius Alves dos Santos
Dalvan Charbaje Colen
Dâmares Ferreira
Daniel Machado da Rocha
Daniel Silva Passos
Daniel Uchôa Costa Couto
Daniel Wunder Hachem
Daniela Campos Libório Di Sarno
Daniela Zago Gonçalves da Cunda
Daniele Russi Campos
Darlã Martins Vargas
Débora de Carvalho Baptista
Débora Guimarães Togni
Demian Guedes
Demóstenes Tres Albuquerque
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Diego Marín-Barnuevo
Dimas Macedo
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogenes Gasparini
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Diogo Duarte Barbosa
Diogo Roberto Rimgemberg
Dione Ferreira Santos
Dirceu Rodolfo de Melo Júnior
Djalma Antônio Moller Garcia
Doris T. Pinto Cordeiro de Miranda
Coutinho
Douglas Fischer
Draiton Gonzaga de Souza
Edda Karina Gomes Pereira
Ederson Garin Porto
Edgar Guimarães
Edilson Pereira Nobre Júnior
Edmar Vianei Marques Daudt
Edmilson Todeschini
Eduardo Cunha da Costa
Eduardo Fortunato Bim
Eduardo García de Enterría
Eduardo Luz Gonçalves
Eduardo Oliveira Agustinho
Eduardo Rocha Dias
Egon Bockmann Moreira
Elaine Harzheim Macedo
Élida Graziane Pinto
Eliezer Pereira Martins
Emerson Affonso da Costa Moura
Eriberto Francisco Bevilacqua Marin
Erik Jayme
Ermelino Costa Cerqueira
Ernani Ignácio de Oliveira
Ernst Benda
Eros Roberto Grau
Evandro T. Homercher
Evelyn Freire de Carvalho Langaro Pareja
Fabio Artigas Grillo
Fábio Canazaro
Fábio Konder Comparato
Fábio Rodrigo Victorino
Fabio Saponaro



Interesse Público

Colaboradores

Fabrcio Motta
Farlei Martins Riccio de Oliveira
Felipe Esteves Grandó
Felipe Faiwichow Estefam
Felipe Gonçalves Fernandes
Fernanda Greco Laureano
Fernando Baptista Bolzoni
Fernando Facury Scaff
Fernando L. Lobo d'Eça
Fernando Laércio Alves da Silva
Fernando Luiz Ximenes Rocha
Fernando Menezes
Fernando Quadros da Silva
Fernando Rey Martínez
Fernando Simões dos Reis
Filipo Bruno Silva Amorim
Flávia Piovesan
Flavio C. de Toledo Jr.
Flávio Cheim Jorge
Flávio de Araújo Willeman
Flávio Dino de Castro e Costa
Flávio Henrique Unes Pereira
Flávio Ramos
Flávio Sant'Anna Xavier
Flávio Sátiro Fernandes
Floriano de Azevedo Marques Neto
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
Francisco Taveira Neto
Frederico Costa Miguel
Gabriel Cozendey Pereira Silva
Gabriel Real Ferrer
Gabriel Wedy
Gabriela Verona Pércio
Georges Louis Hage Humbert
Geraldo Costa da Camino
Germana de Oliveira Moraes
Gerson dos Santos Sicca
Gildázio Saldanha Brum
Gilmar Ferreira Mendes
Giovani Bigolin
Giovani da Silva Corralo
Gisela Gondin Ramos
Giuliana Mendonça Pessoa
Gizele Ficher da Silva Toffoli
Gladston Bethônico B. Rocha Macedo
Grazyelly Alessandra Baggenstoss
Gregorio Robles
Guadalupe M. Jungers Abib de Almeida
Guido Corso
Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer
Gustavo Augusto Ferraz Rodrigues
Gustavo Calmon Holliday
Gustavo da Gama Vital de Oliveira
Gustavo da Rocha Schmidt
Gustavo Nygaard
Gustavo Terra Elias
Heinrich Scholler
Heleno Taveira Tôrres
Hélio Cardoso Neto
Helio Saul Mileski
Henrique Mello
Henrique Motta Pinto

Heron Nunes Estrella
Horácio Augusto Mendes de Sousa
Hugo de Brito Machado
Hugo de Brito Machado Segundo
Ígor Danilevicz
Ingo Wolfgang Sarlet
Irene Patrícia Nohara
Ives Gandra da Silva Martins
Ivo Dantas
Jacintho Arruda Câmara
Jacques Chevallier
Jacques Ziller
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jair Eduardo Santana
Jairo Gilberto Schäfer
Jalusa Prestes Abaide
Janaína Rigo Santin
Jânia Maria Lopes Saldanha
Jayme Weingartner Neto
Jessé Torres Pereira Junior
João Agnaldo Donizeti Gandini
João Batista Gomes Moreira
João Bellini Júnior
João Carlos de Carvalho Rocha
João Eduardo Lopes Queiroz
João Francisco dos Santos Silva
João Gabriel Laprovitera Rocha
João Pedro Lamana Paiva
João Ricardo Catarino
Joaquim B. Barbosa Gomes
Joaquim José Gomes Canotilho
Joel de Menezes Niebuhr
Joelson Vellozo Jr.
Jonas Ebbesson
Jonathan Doering Darcie
Jorge Miranda
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
José Adão Figueiredo dos Santos
José Afonso da Silva
José Amengual Antich
José Anacleto Abduch Santos
José Casalta Nabais
José de Ribamar Caldas Furtado
José dos Santos Carvalho Filho
José Eduardo Figueiredo Dias
José Eduardo Martins Cardozo
Jose Luis Bolzan de Moraes
José Marcos Domingues
José Maria Tesheiner
José Nilo de Castro
José Roberto Pimenta Oliveira
José Sebastião dos Santos
José Sérgio da Silva Cristóvam
José Sérgio Monte Alegre
José Valdir Rodrigues da Silva
Joselaine Pereira
Juan Pablo Cajarville Peluffo
Juarez Freitas
Julia Ávila Franzoni
Júlia Silva Araújo Carneiro
Juliana Francisconi Cardoso
Juliano Heinen

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão
Juliano Taveira Bernardes
Júlio César Ballerini Silva
Julio Cesar Finger
Júlio César Fucilini Pause
Julio Pinheiro
Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira
Júlya Sotto Mayor Wellisch
Jusara Aparecida Bratz
Karin Kässmayer
Karine Demoliner
Karine Viganigo da Silva
Katy Isaguirre
Laerte Marques
Leandro Adiers
Leandro Antonio Pamplona
Leandro de Azevedo Bemvenuti
Leandro Paulsen
Leonardo Buissa Freitas
Leonardo Coelho Ribeiro
Leonardo da Rocha de Souza
Leonardo Papp
Letícia Queiroz Andrade Liane Tabarelli Zavascki
Linda Maria de Pontes Gondim
Lisandra Christian de Abreu
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Lucas Asfor Rocha Lima
Lucas Bevilacqua
Lucas Catib de Laurentiis
Lucas de Moraes Cassiano Sant'Anna
Lúcia Valle Figueiredo
Luciana de Campos Maciel
Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto
Luciana Neves Bohnert
Luciana Ramalho Gomes
Luciana Stocco Betiol
Luciano Ferraz
Luciano Ramos
Luciano Silva Costa Ramos
Luciano Zambrota
Luís Armando Viola
Luís Carlos Figueiredo
Luís Manuel Fonseca Pires
Luís Ossamu Gelati Nagao
Luís Paulo Sirvinskas
Luís Roberto Barroso
Luísa Alves Rodrigues da Cunha
Luiz Alberto Blanchet
Luiz Alberto dos Santos
Luiz Antônio Bins
Luiz Carlos Figueira de Melo
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Rodriguez Junior
Luiz Guilherme Marinoni
Luiz Henrique Antunes Alochio
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Luiz Otávio Rodrigues Coelho
M^g Jesús García-Torres Fernández
Magda Azario Kanaan Polanczyk
Magno Federici Gomes



Interesse Público

Colaboradores

Maíra Ayres Torres
Manoel Cavalcante de Lima Neto
Manoel Gustavo Neubarth Trindade
Manoel Lauro Volkmer de Castilho
Manolo Del Olmo
Marçal Justen Filho
Marcelo Abelha Rodrigues
Marcelo Casseb Continentino
Marcelo Figueiredo
Marcelo Harger
Marcelo Luiz Bomfim do Amaral
Marcelo Rodrigues Mazzei
Márcia Bello de Oliveira Braga
Márcia Carla Pereira Ribeiro
Márcia Ferreira Cunha Farias
Márcia Pelegrini
Márcia Raquel Paiva e Holanda
Márcia Rosa de Lima
Márcia Walquiria Batista dos Santos
Márcio Cammarosano
Márcio Manoel Maidame
Marco Aurélio de Barcelos Silva
Marco Aurélio Souza da Silva
Marco Túlio Reis Magalhães
Marcos Fey Probst
Marcos Juruena Villela Souto
Marcos Nóbrega
Marcus de Freitas Gouvêa
Marga Inge Barth Tessler
Margalene Cavalcante Cordeiro
Maria Aparecida Cardoso da Silveira
Maria Cecília Borges
Maria Coeli Simões Pires
Maria Cristina C. de Oliveira Dourado
Maria de Lourdes M. Rosário
Maria de Lourdes P. Deroza
Maria Elisa Braz Barbosa
Maria Fernanda Pires
Maria Garcia
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Mariana Leão Ledur
Mariana Mêncio
Mariana Novis
Mariana Oiticica Ramalho
Mariângela Guerreiro Milhoranza
Marianna Montebello Willeman
Marilda de Paula Silveira
Marina Vasquez Duarte
Marinês Restelatto Dotti
Marlos Lopes Godinho Erling
Marta Marques Avila
Martha Priscylla Monteiro Joca
Martins
Martin Haerberlin
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Mathias Haraldo Müller
Maurício Antonio Kamiya
Maurício Barros
Maurício Zockun
Mauríciomer Esteves
Maurizio Fioravanti
Maurizio Oliviero

Mauro Roberto Gomes de Mattos
Mayr Godoy
Melina Breckenfeld Reck
Michael Richard Reiner
Michele Gomes Cioccarri
Michelle Fernanda Martins
Mila Batista Leite Corrêa da Costa
Miriam Mabel Ivanega
Moises Zugman
Monica Cappelletti
Nadja Araujo
Nagib Slaibi Filho
Natália Barbieri Bacha
Natália Fontenele Garcia
Natália Silva Mazzutti Almeida
Nathalia Lima Barreto
Nei Simões Pires Gallois
Neiva Santos Silva
Nelson Oscar de Souza
Newton Patrício Crespi
Ney Fayet Júnior
Noel Antonio Tavares de Jesus
Nylson Paim de Abreu
Odete Medauar
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Pablo Schiavi
Patrícia Collat Bento Feijó
Patrícia Dornelles Schneider
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Patrick Roberto Gasparetto
Paula Santos Araujo
Paulo Affonso Leme Machado
Paulo Afonso Brum Vaz
Paulo Bonavides
Paulo Brossard de Souza Pinto
Paulo Caliendo
Paulo de Barros Carvalho
Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Henrique dos Santos Lucon
Paulo Márcio Cruz
Paulo Ricardo Ceni Barreto
Paulo Ricardo Opuszka
Paulo Ricardo Rama
Paulo Ricardo Schier
Paulo Roberto Coimbra Silva
Paulo Roberto de Souza Júnior
Paulo Roberto Ferreira Motta
Paulo Roberto Soares Mendonça
Paulo Sérgio de Moura Franco
Paulo Valério Dal Pai Moraes
Pedro A. Batista Martins
Pedro Camara Raposo Lopes
Pedro de Menezes Niebuhr
Pedro Fernández Sánchez
Pedro José Jorge Coviello
Pedro Paulo de Rezende Porto Filho
Pedro T. Nevado-Batalla Moreno
Pedro Thomé de Arruda Neto
Perpétua Leal Ivo Valadão
Phillip Gil França
Rachel Lopes Telésforo

Rachel Biderman
Rafael Barreto Garcia
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Rafael Köche
Rafael Lopes Torres
Rafael Mallmann
Rafael Martins Costa Moreira
Rafael Severo de Lemos
Rafael Vêras de Freitas
Rafael Wallbach Schwind
Raimundo Márcio Ribeiro Lima
Raphael Silva Rodrigues
Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Raquel Dias da Silveira
Raquel Melo Urbano de Carvalho
Raul de Mello Franco Júnior
Rebecca J. Cook
Regina Linden Ruaro
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Regina Neri Ferrari
Reinaldo Moreira Bruno
Rémy Janner
Renata Dantas
Renato Bernardi
Renato Costa
Ricardo Berzosa Saliba
Ricardo Carvalho Fraga
Ricardo José Pereira Rodrigues
Ricardo Marcondes Martins
Ricardo Moraes Silva
Ricardo Pereira Lira
Ricardo Schneider Rodrigues
Ricardo Seibel de Freitas Lima
Ricardo Villas Bôas Cueva
Ricardo Guastini
Rita Tourinho
Rizzatto Nunes
Robert Alexy
Roberto Caldas
Roberto Correia da Silva G. Caldas
Roberto Fernández Llera
Roberto Rosas
Robertônio Santos Pessoa
Rodolfo de Camargo Mancuso
Rodrigo Andreotti Musetti
Rodrigo Coimbra
Rodrigo Ferrés Rubio
Rodrigo Meyer Bornholdt
Rodrigo Oliveira de Faria
Rodrigo Pinto de Campos
Rodrigo Pironti Aguirre de Castro
Rodrigo Valgas dos Santos
Rogério Delatorre
Rogério Favreto
Rogério Gesta Leal
Romer Mottinha Santos
Romeu Felipe Bacellar Filho
Ronald Dworkin
Ronaldo Corrêa Martins
Roque Antonio Carrazza
Roque Joaquim Volkweiss
Rosane Heineck Schmitt



Interesse Público

Colaboradores

Rosângela do Socorro Alves
Rubén Flores Dapkevicius
Rubens Maia Castelani
Ruy Rosado de Aguiar
Ruy Samuel Espíndola
Sabino Cassese
Sabrina Nunes Iocken
Sandra Lopes Luís
Sandra Mara Vale Moreira
Sandra Pires Barbosa
Sandra Regina Vilela
Sandro Trescastro Bergue
Schubert de Farias Machado
Sebastião Sérgio da Silveira
Séfora Porto Mendonça
Sérgio Antônio Ferrari Filho
Sérgio Ciquera Rossi
Sérgio Cruz Arenhart
Sérgio da Silva Mendes
Sergio de Andréa Ferreira
Sérgio Guerra
Sérgio Renato Tejada Garcia
Sérgio Sérvulo da Cunha
Sílvio Dobrowolski
Sílvio Luís Ferreira da Rocha
Simone de Almeida Carrasqueira

Simone Rodolfo Masera
Simone Santos Moretto
Simone Somensi
Soraya Santos Lopes
Susana Sbrogio'Galia
Taís Schilling Ferraz
Tânia Ishikawa Mazon
Tarcísio Francisco Dal Ri
Tarcísio Teixeira
Tathiane Piscitelli
Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia
Tatiana Martins da Costa Camarão
Têmis Limberger
Teori Albino Zavascki
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Villac
Thiago Danilevicz
Thiago Perez Bernardes de Moraes
Tiago Fensterseifer
Tiago Machado Burtet
Tiago Nunes da Silva
Ticiani Garbellini Barbosa Lima
Tito Costa
Tomás-Ramón Fernández
Torsten Ehmcke
Toshio Mukai
Tula Wesendonck

Ubaldo Cesar Balthazar
Valéria Furlan
Válter Kenji Ishida
Valtuir Pereira Nunes
Vanêscia Buzelatto Prestes
Vanice Lírio do Valle
Vanir Fridriczewski
Vera Michels
Vera Monteiro
Verusca Citrini Braga
Vicente Nogueira
Victor J. Faccioni
Vinicius Jucá Alves
Vitor Rhein Schirato
Vittorio Cassone
Viviane de Freitas Oliveira
Vladimir da Rocha França
Vladimir Passos de Freitas
Vladimir Rossi Lourenço
Volnei Moreira dos Santos
Wagner Balera
Wallace Paiva Martins Junior
Walton Alencar Rodrigues
Weder de Oliveira
Wellington Pacheco de Barros
Zaiden Geraige Neto

Editorial	11
DOCTRINA	
Seção de Direito Constitucional, Administrativo e Previdenciário	
Transplantes jurídicos ou análise comparativa de direitos, qual a vocação do legislador brasileiro no processo de elaboração de suas leis? Monica Cappelletti, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira	15
Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória Hugo de Brito Machado	37
Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar Carlos Konder	47
O princípio da precaução na visão do Supremo Tribunal Federal: uma análise do Recurso Extraordinário nº 627.189/SP Pedro de Menezes Niebuhr	67
A revisão legal do direito comunitário na União Europeia: o direito ao meio ambiente e as transformações do Estado Constitucional e a COP 21 Mariângela Guerreiro Milhoranza	79
Áreas de preservação permanente e urbanização: muitos conflitos e uma controvérsia Rafael Martins Costa Moreira	91
Doutrina Estrangeira	
O direito à boa administração como motor de reforma da legislação de contratação pública (a experiência portuguesa) Pedro Fernández Sánchez	119
Seção de Direito Tributário	
Sobre o sistema tributário de referência para os gastos indiretos Henrique Mello	137
Seção de Direito Municipal	
Dimensão constitucional do direito à cidade no Brasil Vanêsa Buzelato Prestes	153
Seção de Tribunais de Contas, Controle Externo	
O banco de preços de bens e serviços como instrumento de controle das despesas governamentais e da transparência administrativa Têmis Limberger, Alexandre de Castro Nogueira	169
Seção de Direito da Regulação	
Ensaio sobre o estado da arte da regulação do setor de saneamento básico Maria Magalhães de Bustamante	191

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**Acórdãos na íntegra****Supremo Tribunal Federal**

Direito Constitucional – ADI – Controle de Constitucionalidade – Emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei – Conteúdo temático distinto daquele originário da Medida Provisória – Prática em desacordo com o princípio democrático e com o devido processo legal legislativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF215

Superior Tribunal de Justiça

Administrativo – Constitucional – Mandado de Segurança – Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público – Artigos 129, VII da CF e 9º, II da Lei Complementar n. 75/93 – Ordem de Missão Policial – Atividade-fim policial configurada – Atos sujeitos a controle.
Recurso Especial nº 1.365.910/RS.....271

Superior Tribunal de Justiça

Administrativo – Servidor público – Horário especial – Decisão que determina o exercício do cargo de Auditor de Contas no horário em que o Tribunal estaria fechado, viabilizando a frequência do servidor em dois cursos simultaneamente – Suspensão deferida – Existência de lesão à ordem administrativa e econômica.
Agravo Interno na Suspensão de Segurança nº 2.836/PB297

Superior Tribunal de Justiça

Direito Tributário – IRPF – Servidor público – Não incidência sobre o valor do abono permanência – Interpretação que deve levar em conta o sentido garantístico dos direitos e interesses do contribuinte – Orientação da 1ª turma do STJ no AGRG no Resp. 1.021.817/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJE 1.9.2008 – Mutação jurisprudencial procedida pela 1ª Seção do STJ. Resp. 1.192.556/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 6.9.2010
Recurso Especial nº 1596978/RJ301

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Processo Civil – Tributário – Ação Civil Pública – Ministério Público Federal – Ilegitimidade ativa – Direito individual homogêneo divisível e disponível – Não ocorrência – Pedido de isenção da taxa de inscrição na prova da OAB – Ação cujos efeitos alcançam apenas um grupo específico de indivíduos – Ilegitimidade ativa reconhecida. Apelação Cível nº 2004.36.00.001943-2/MT ...309

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Administrativo – Servidor público – Recebimento de “quintos” incorporados em outros cargos – Impossibilidade – Orientação do Superior Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 370801313

Ementário317

Instruções para os autores.....345

Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar

Carlos Konder

Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O artigo apresenta as principais teorias sobre a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, destacando que as distinções entre elas não as impede de levar a resultados comuns, à luz do caso específico da distinção de gênero nos planos de previdência complementar.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Isonomia. Igualdade. Previdência complementar.

Sumário: 1 Introdução – 2 Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – 3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil – 4 Por uma abordagem compatível com a unidade e complexidade do ordenamento e com a relativização da dicotomia entre direito público e direito privado – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

Há alguns anos ganhou grande destaque na doutrina nacional o tema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dissertações e teses foram desenvolvidas e grandes obras publicadas difundindo o relevante debate teórico acerca da chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Foram trazidas ao cenário nacional as diversas correntes e seus argumentos acerca das hipóteses e da forma em que os direitos fundamentais podem ser invocados por um particular não contra o Estado, mas perante outros particulares.

Não será precipitado afirmar, como será exposto adiante, que no Brasil a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas era premissa razoavelmente consolidada. Ainda mais do que em outros países, nossa história conta com diversos exemplos de opressão perpetrada por “poderes privados”, como nas relações entre consumidor e fornecedor, empregador e empregado, marido e mulher, pais e filhos, e nossa jurisprudência não descurou desse fato, fazendo valer o respeito aos princípios constitucionais também nas relações privadas.

Diante disso, a utilidade das construções teóricas alienígenas centrou-se aqui mais na forma mais adequada de aplicar e fundamentar os direitos fundamentais nas relações privadas. Não se pode deixar de reconhecer que foi enorme

contribuição ao processo mais amplo de constitucionalização do direito privado, revitalizando com os princípios constitucionais as tão tradicionais estruturas conceituais do direito privado.

Hoje nossa jurisprudência volta-se a debater a possibilidade de que contratos de previdência complementar estabeleçam diferenças entre homens e mulheres no que tange aos requisitos de contribuição para a fruição dos benefícios. Tendo em vista que tais planos envolvem o recebimento de uma prestação quando da aposentadoria, e que a aposentadoria das mulheres ocorre mais cedo por determinação constitucional, os planos de previdência complementar vêm exigindo um sistema mais custoso para as mulheres, impondo contribuições maiores, ou prevendo aposentadorias menores, para compensar o período inferior de contribuição.

No caso da previdência pública, isso não ocorre, diluindo-se o custo da aposentadoria anterior das mulheres no sistema de solidariedade social que permeia todo o sistema. No entanto, na previdência privada o regime é contributivo e, por conta disso, combinar a aposentadoria anterior das mulheres com um sistema de contribuição igual ao dos homens imporia às entidades a internalização ou o repasse de tais custos. A questão que se coloca hoje é se a eficácia dos direitos fundamentais poderia implicar a exigência disso no âmbito dos contratos privados. A doutrina especializada no tema parece reticente: “Não se pode falar exatamente em solidariedade se o regime é de capitalização. A pessoa recebe sobre o que pagou. O sistema é contratual” (MARTINS, 2004, p. 484).

Dessa forma, utiliza-se esse exemplo para ilustrar as diversas teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e debater sua eficácia em uma fundamentação argumentativa da solução para esse tipo de problema no ordenamento jurídico brasileiro.

2 Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

As diversas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas têm sua origem na superação da concepção liberal burguesa dos direitos fundamentais e partem do pressuposto de que eles expressam uma ordem de valores objetiva, que tem efeito irradiante (SARLET, 2000). Trata-se da chamada *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, consistente na afirmação de que as escolhas valorativas expressas pelo rol de direitos fundamentais devem orientar a ação de todos os setores da sociedade. A função legitimadora dos direitos fundamentais, que é também um reforço de sua proteção (efeitos jurídicos autônomos), faz com que eles tenham efeito de irradiação sobre os diversos ramos do ordenamento, atuando como uma fórmula de integração entre o direito constitucional e o ordinário (PEREIRA, 2003). Sob essa perspectiva comunitária dos direitos humanos, os direitos fundamentais também consagram os valores mais importantes em uma comunidade política, sem descuidar, todavia,

de sua dimensão subjetiva – ao contrário, reforçando-a (SARMENTO, 2004). Assim, os direitos fundamentais exprimem valores que o Estado não deve apenas respeitar, mas também promover e proteger, e que se irradiam por todo o ordenamento. Tal concepção tem origem na Corte Constitucional alemã, que reconheceu nos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores, com influência na criação, interpretação e aplicação das normas (HESSE, 1995). No caso em exame, o valor em jogo seria a igualdade substancial entre homens e mulheres, que implica não um tratamento formalmente idêntico, mas a compensação de desigualdades fáticas historicamente consolidadas no que tange aos gêneros.

Também são teorias que partem de um pressuposto fático comum: a existência dos chamados *poderes privados* (SARLET, 2000). A partir de Foucault, constata-se que o poder se manifesta nos diversos setores da sociedade, que a opressão e a violência proveem não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa (PEREIRA, 2003). Como assevera Bilbao Ubillos (2003), com a progressiva multiplicação dos centros de poder privados, a igualdade formal passa a esconder, de maneira recorrente, a proeminência real de uma das partes. Observa-se, nesse contexto, um poder formalmente privado, mas com coação e autoridade assimiláveis substancialmente ao Poder Público, como é o caso das relações de trabalho. O poder estatal perde, assim, na expressão de Böckenförde, seu caráter terrorista, pois se constata que o problema de fundo é o mesmo – a liberdade do mais fraco – e, portanto, a solução deveria ser a mesma. Percebe-se, assim, que a liberdade também carecia de proteção no âmbito da sociedade, da esfera privada, exigindo-se postura ativa do Estado (SARLET, 2000). Ganha importância, neste ponto, sobrelevar a dimensão funcional dos direitos fundamentais, isto é, sua finalidade de assegurar dignidade aos indivíduos, de maneira a tornar pertinente sua aplicação em qualquer esfera de ameaça (PEREIRA, 2003). Assim, novamente o exemplo ilustra a disparidade de forças entre as entidades de previdência complementar e seus contratantes, que, no mais das vezes, estão em posição ainda mais frágil quando se aposentam e vêm a requerer a retribuição por suas contribuições.

Essas premissas, contudo, confrontam-se com uma peculiaridade das relações privadas: nesse tipo de conflito, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, ao contrário da relação diante do Estado. As controvérsias têm origem, assim, na indicação de como coordenar hermeneuticamente os direitos em jogo, como (construção) e em que medida (colisão) se dá essa vinculação (ALEXY, 1997). Ou seja, assim como as contribuintes fazem jus a um direito fundamental ao tratamento substancialmente isonômico, também as entidades têm protegida sua liberdade contratual, como projeção da livre iniciativa constitucionalmente assegurada.

2.1 A doutrina da *state action*

A teoria mais tímida acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é a doutrina americana da *state action*. Afirma-se que nos Estados Unidos a Constituição é concebida como norma fundamental de garantia: embora dotada de supremacia, serve essencialmente a garantir aos indivíduos espaços livres da intervenção estatal (PEREIRA, 2003). Daí a concepção de que os direitos fundamentais seriam oponíveis apenas ao Estado e, apenas excepcionalmente, aos particulares, quando eles agirem como Estado, isto é, quando os comportamentos lesivos não possam ser entendidos como puramente privados, assemelhando-se, em essência, ao exercício do poder público. Seriam basicamente duas hipóteses: a) o exercício de função típica do Estado (*public function theory*), ou seja, atividades que entranham materialmente exercício de função pública; ou b) circunstâncias em conexão ou com implicação estatal, de maneira a permitir vincular a conduta privada a uma ação estatal (PEREIRA, 2003).

O precedente mais referido no sentido da aplicação da doutrina envolve um caso de discriminação religiosa: *Marsh v. Alabama* (1946). Uma empresa privada (*Gulf Shipbuilding Company*) possuía terras dentro das quais havia ruas, residências, estabelecimentos privados (verdadeira *company town* ou *private owned town*) e queria proibir testemunhas de Jeová de pregarem dentro de suas terras (não havia limite de tráfego e a separação não era visível). Especificamente Marsh se recusou e foi presa por *trespass*. A Suprema Corte declarou inválida a proibição porque a empresa atuava como Estado e então estava sujeita à 1ª Emenda (liberdade religiosa). Especialmente para o Juiz Black, as liberdades não poderiam ser negadas só porque uma única empresa tem um título legal que abrange toda a cidade, pois quando o proprietário abre sua propriedade, em proveito próprio, ao uso do público em geral, seus direitos se tornam mais limitados, principalmente a liberdade de imprensa e religião (*preferred position*) (PEREIRA, 2003).

No entanto, o critério de avaliação da equiparação ou vinculação à atividade estatal é ambíguo o suficiente para permitir grande diversidade de interpretações. Assim, no final do século XIX, foi fixado o entendimento de que faltava ao Congresso a competência constitucional para forçar o banimento da discriminação racial entre indivíduos particulares e a inconstitucionalidade de lei que punisse discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público (SARMENTO, 2004).¹

No julgamento dos chamados *white primary cases* (1927-35), em que se discutiam convenções partidárias que restringiam a participação de negros

¹ Determinava o *Civil Rights Act* (1875): "all persons within the jurisdiction of the United States shall be entitled to the full and equal enjoyment of the accommodations, advantages, facilities, and privileges of inns, public conveyances on land or water, theaters, and other places of public amusement; subject only to the conditions and limitations established by law, and applicable alike to citizens of every race and color, regardless of any previous condition of servitude".

nas eleições primárias, a Suprema Corte chegou a declarar sua inconstitucionalidade (*Nixon v. Herndon*, 1927) e que os comitês executivos dos partidos não poderiam violar a cláusula constitucional de *equal protection* porque utilizavam um *state-given power* (*Nixon v. Condon*, 1932) (KLARMAN, 2011). No entanto, vinte e dois dias depois a Suprema Corte reputou constitucional a restrição de filiação só a brancos, sob argumento de que não havia *state action* (*Grove v. Townsend*, 1935). O precedente somente foi superado na década de 1940, com *Smith v. Allwright* (1944), quando se voltou a afirmar que o partido atua como agência pública, então a mesma vedação nas eleições é aplicável ao âmbito interno de eleição primária.

Posição ambígua foi assumida quanto aos chamados, *racially restrictive covenants*, contratos que proibiam aos proprietários de imóveis a sua alienação a membros de minorias raciais (RAMOS, 2001). Depois de alguns julgamentos de improcedência, a mudança da jurisprudência, com a adoção de uma posição intermediária, veio com o caso *Shelley v. Kraemer* (334 U.S. 1 (1948)), quando se afirmou que o Judiciário não poderia promover execução a tais acordos, pois estaria emprestando sua força e autoridade à discriminação (SARMENTO, 2004). Ou seja, para evitar algum tipo de “cumplicidade” do Poder Público com a conduta privada ofensiva aos direitos fundamentais, reputou-se que o ajuste em si era válido e não violaria nenhum direito, mas não caberia o apoio do Estado pelo *enforcement* (PEREIRA, 2003).

A oscilação persistiu na segunda metade do século XX. Assim, de um lado entendeu-se que um restaurante (*Eagle Coffee Shoppe*) que ocupava espaço alugado do Poder Público (ao lado de estacionamento público) e recebia benefícios do Poder Público estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar a clientela racialmente, porque o Estado estava de alguma maneira envolvido, e que a Constituição estadual não poderia impedir o Estado de legislar no sentido de garantir o direito dos proprietários de recusar venda ou arrendamento a quem quiserem, sob o fundamento de que o Estado não pode colaborar com a discriminação.² De outro lado, entendeu-se que: a mera licença estatal de um clube para vender bebidas alcoólicas não o impede de praticar discriminação racial; o licenciamento e a regulamentação estatal das redes de rádio e TV não gerava a vinculação, e assim a CBS podia se recusar a transmitir propaganda pacifista contra guerra do Vietnã; o corte de energia não se submete à cláusula do devido processo legal porque o serviço é prestado por empresa privada; o armazém que vende bens guardados (sem autorização) para custear depósito não se submete ao devido processo legal; e o comitê olímpico, entidade privada que recebe por lei a exclusividade do uso da palavra “olímpico”

² Respectivamente, *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1961) e *Reitman v. Mulkey* (1967) (SARMENTO, 2004).

não está vinculado aos direitos constitucionais e, portanto, pode impedir o uso dessa palavra por evento atlético *gay*.³

Em 1999, em julgado de ampla divulgação, a Suprema Corte americana entendeu pela inconstitucionalidade da aplicação da *New Jersey's public accommodations law*, que proibia discriminação contra homossexuais, à associação dos escoteiros, que impedia que homossexuais fossem *troop leaders*, sob o argumento de que a lei estadual não se aplicava porque não era lugar de *public accommodation* e feriria a liberdade de associação e expressão (1ª Emenda).⁴

Observa-se, assim, que pela doutrina da *state action*, somente certos particulares devem observar os direitos fundamentais alheios, e somente se enquadrarão nessa categoria conforme um critério obscuro de avaliação da atividade do particular, que busca verificar a existência de analogia ou vinculação com a atividade estatal. No caso em exame, eventual dever das entidades de previdência privada de internalizar custos para garantir tratamento isonômico entre homens e mulheres pressuporia uma construção que envolvesse a realização de uma função estatal, no tocante à assistência social, ou a necessidade de prévia autorização estatal para a constituição e o funcionamento dessas entidades.

2.2 Eficácia indireta ou mediata

A corrente que defende a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas sustenta uma posição intermediária, segundo a qual eles são valores que devem ser fortemente considerados na interpretação do direito privado, mas não são direta e imediatamente aplicáveis para a solução de conflitos interprivados (MENDES, 1998). A grande preocupação desses autores é o resguardo dos espaços de autonomia privada, da separação de poderes e da democracia (PEREIRA, 2003). Nessa linha, Hesse (1995) argumenta que os direitos fundamentais não obstam que os titulares assumam obrigações em face de outros, vinculando-se a partir da liberdade individual.

A Constituição, sob esse entendimento, não cria direitos subjetivos para particulares, mas apenas os objetivos, cuja irradiação impregna as leis civis por valores constitucionais (SARMENTO, 2004). A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe que eles sejam levados em consideração na criação legislativa e na interpretação do direito privado; mas sempre haverá a necessidade de que um órgão estatal – este, sim, destinatário de tais normas – atue como mediador (PEREIRA, 2003). Como ilustra Sombra (2007, p. 274), “a teoria da

³ Respectivamente, *Moose Lodge n. 107 v. Ivis* (1972), *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee* (1973), *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* (1974), *Flagg Bros Inc. v. Brooks* (1978) e *San Francisco Arts & Athletics v. US Olympic Committee* (483 U.S. 522) (1987). Os casos são narrados por Sarmento (2004).

⁴ *Boy Scouts of America et al. v. Dale* (1999) (Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999_99_699>. Acesso em: 22 ago. 2014).

eficácia mediata poderia ser traduzida em um pedido de permissão dos direitos fundamentais ao direito privado para que pudessem incidir nas relações por este reguladas”. Por isso que se trata de uma eficácia sempre por via indireta: através do legislador ou do juiz.

A exigência de mediação legal, mais rigorosa, é objeto de críticas mais duras, por permitir que a omissão do legislador ordinário esvazie o caráter fundamental do direito, mas a exigência de mediação pelo juiz é posição mais recorrente, que implica defender que o espaço para a incidência da Constituição é a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado (BILBAO UBILLOS, 2003). Assim, na concepção de Günther Dürig, existiriam *portas de conexão* pelas quais os direitos fundamentais ingressam na dinâmica jurídica privada, consistentes nesses enunciados normativos carentes de preenchimento valorativo (boa-fé, bons costumes, moral) (PEREIRA, 2003). Eles funcionariam como fontes de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado.

A aplicação prática dessa teoria costuma ser atribuída à Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgerichts*). Nesse sentido, o grande *leading case* é o chamado caso *Lüth* (1958). Nele, um cineasta de passado nazista (Veit Harlan) ia estrear um filme e o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, organizou um boicote. Pressionou distribuidores e donos de cinema e o público, afirmando que alemães decentes não deveriam ver o filme. O produtor e o distribuidor o processaram por perdas e danos e ganharam, com base no dispositivo do Código Civil alemão que prevê o ressarcimento dos danos causados por ato ilícito, isto é, contrário à boa-fé e aos bons costumes (BGB §826). Lüth, por sua vez, apresentou uma reclamação constitucional e sua posição prevaleceu, com base na ideia de que liberdade de expressão constitucional vincularia a interpretação da expressão “bons costumes” do dispositivo privado (PEREIRA, 2003).

Outros precedentes vão na mesma linha, como a proteção do pequeno jornal *Blinkfüer*, que continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática alemã depois da construção do muro de Berlim, e ameaçou ser boicotado pela grande editora Springer, suspendendo o fornecimento de seus produtos às bancas que continuassem a vender o jornal (1969) (CASTRO, 2003). Ou ainda a decisão favorável à editora do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung* contra Günther Wallraff, repórter que foi empregado adotando identidade falsa e depois lançou um livro com as informações internas do jornal (no Brasil lançado pela Editora Globo com o título *Fábrica de mentiras*), sob o argumento de que a confiança no trabalho de redação é condição da função de uma imprensa livre e assim é lícita a pretensão de impedir a publicação de informações obtidas por meio de artifícios dolosos (MENDES, 1998).

Canaris (2003) menciona ainda a discussão sobre a responsabilidade do fiador em graves dificuldades financeiras, em que a Corte Constitucional alemã destacou a necessidade de avaliação sobre a compatibilidade da autonomia

com as cláusulas gerais de boa-fé e bons costumes, para verificação de eventual violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O autor também relata o caso de aprendiz de torneiro mecânico que alegava ter deixado de ser contratado em razão de artigo que publicara em jornal contra a construção de usina nuclear. A Corte Constitucional alemã invocou a cláusula geral da lei relativa à organização das empresas que determina que os empregados devem ser tratados conforme os princípios de direito e de equidade e que deve ser evitado qualquer tratamento distinto em virtude de convicções políticas do empregado (CANARIS, 2003).

Uma versão diferenciada dessa posição é a teoria dos deveres de proteção, na qual se sustenta que o Estado continua sendo o destinatário precípua dos direitos fundamentais, mas a ele é imposta a obrigação de intervir para prevenir ou reprimir agressões perpetradas por outro particular, na medida em que é o detentor do monopólio do uso legítimo da força (SARLET, 2000). Os direitos fundamentais impõem ao Estado, portanto, não apenas uma proibição de excesso na sua atuação, mas também uma proibição de omissão (CANARIS, 2003).

Canaris (2003), principal defensor dessa corrente, sustenta que podem ser objeto do exame de comportamento atos do Estado, como leis jusprivatistas, e decisões, aferidas neste caso sem mediações, mas não contratos, negócios jurídicos e outros atos privados. O autor exemplifica com a legislação que descriminalizou o aborto: ela envolve um dever de tutela, um mandamento de proteção, pois não é o Estado que intervém no bem jurídico, mas os particulares. O Estado simplesmente deixa de proteger aquele bem. Nesses casos pode ocorrer “eficácia externa mediata”, esta é a forma como os direitos fundamentais podem ter efeitos nas relações interprivadas (via oblíqua).

Afirma-se, assim, um dever do Estado de resguardar os particulares contra ameaças perpetradas por outros particulares: o Estado não deve apenas abster-se de lesar, mas tem o dever de atuar positivamente para proteger o particular contra quaisquer ameaças. Desse modo, o titular de um direito fundamental tem direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de outros particulares (PEREIRA, 2003).

Como destaca Sarmento (2004), essa teoria aproxima-se muito à eficácia indireta, pois reclama, em princípio, a atuação do legislador, mas autoriza a ação do judiciário quando o legislador descuro do direito fundamental, ou então da autonomia privada. Os particulares, no exercício da autonomia privada, não se sujeitam à mesma vinculação, mas caberia ao legislador disciplinar tais comportamentos de maneira a evitar lesões a direitos fundamentais.

Canaris (2003) destaca, além dos exemplos já citados de violação dos direitos fundamentais pelo juiz, casos em que a violação decorreu do legislador, como a disposição do Código Civil alemão que restringe as hipóteses de cabimento à ação de investigação de paternidade durante o matrimônio dos pais civis, e que a Corte Constitucional entendeu cabível em princípio, pois protege

o matrimônio, mas no caso concreto violava o princípio da proporcionalidade, pois ambos os cônjuges concordavam com a investigação. Em outro exemplo mais recente, questionou-se a constitucionalidade da liberação das microempresas da proteção contra demissões sem justa causa, mas a Corte grifou que o Estado tem ampla margem de discricão no cumprimento do dever de tutela. Ou ainda o julgado da Corte Constitucional alemã, de 1990, relativo à cláusula contratual, expressamente autorizada por lei, que proibia representante comercial de exercer a profissão por dois anos em caso de descumprimento do contrato, no caso firmado com uma vinícola: a Corte afirmou que o legislador não protegeu o direito fundamental do representante diante de desequilíbrio entre as partes e, portanto, violara seu dever de proteção (SARMENTO, 2004).

Para Pereira (2003), embora tributária da aplicabilidade mediata, a teoria dos deveres de proteção alargou a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas para além do preenchimento das cláusulas gerais, mas Bilbao Ubillos (2003), sob uma perspectiva mais crítica, entende que se o juiz está obrigado a proteger o direito porque está vinculado pela norma constitucional é porque esse direito rege a relação jurídico-material e o particular tem a obrigação de respeitá-lo – para o autor a teoria dos deveres de proteção seria uma perspectiva especulativa artificiosa que não leva a lugar nenhum, a não ser ao ponto de partida.

A teoria da eficácia indireta, em geral, em razão de sua posição intermediária, é objeto de críticas pelos dois lados: por provocar uma erosão do princípio da legalidade, aumentando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, e por não proporcionar a tutela integral dos direitos fundamentais, que fica submetida aos humores do legislador ordinário (SARMENTO, 2004). Afirma-se que é uma frustrada tentativa de conciliar valores da tradição liberal com a nova realidade social e o papel contemporâneo das Constituições, resultando em uma série de incoerências (PEREIRA, 2003). Mesmo no caso mais radical de mediação legal, a aplicação ao caso em exame poderia se dar por meio das cláusulas gerais que vedam práticas abusivas no âmbito dos contratos, como a vedação genérica, no Código de Defesa do Consumidor, de estabelecimento de obrigações consideradas iníquas e abusivas (art. 51, IV) ou a exigência geral, no âmbito do Código Civil, de que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421).

2.3 Eficácia direta ou imediata

A teoria da eficácia direta e imediata sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito particular não depende das cláusulas gerais para atingir as relações particulares, não requer um ponto de infiltração, pois as liberdades não mudam de natureza por operar frente ao Estado ou a particular e a unidade da ordem jurídica é incompatível com conceber o direito privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais (SARLET, 2000). Nessa

perspectiva, é sempre a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora de determinada decisão, quer tenha ocorrido o desenvolvimento do direito fundamental pela norma legal, quer na ausência desta (BILBAO UBILLOS, 2003).

É exemplo de aplicação da teoria a decisão da 1ª Câmara da Corte Federal do Trabalho alemã, na qual se afirmou a nulidade de cláusula de celibato em contrato de formação profissional de enfermagem por violar proteção ao casamento e família (art. 6º, 1) e a dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 2º), determinando que a igualdade entre os sexos também se aplica na elaboração de acordos salariais no âmbito das relações privadas. Ou, ainda desta corte, a decisão de 1989 em que um químico que – invocando a liberdade de consciência, se recusou a participar de pesquisa para desenvolver medicamento antinúcleares para guerra nuclear – não pôde ser demitido (SARMENTO, 2004). Podem ser aduzidas, ainda, na Corte Federal alemã (BGH), a decisão de que houve ofensa a direitos da personalidade do advogado cuja carta enviada a cliente, no exercício da sua função, foi publicada como se fosse expressão de seu pensamento, e a decisão de que a mudança de religião do cônjuge não configura culpa pela separação, pois a liberdade de crença se projeta na vida matrimonial (PEREIRA, 2003). Castro (2003) faz referência a decisões que aplicam os direitos fundamentais a relações privadas também em outros países, como a decisão francesa que reputou inconstitucional uma disposição testamentária que impunha revogação do legado caso o beneficiário viesse a desposar mulher judia e as reiteradas decisões italianas declarando a inconstitucionalidade de cláusulas de contrato de trabalho que consideram justa causa para a dispensa da mulher do compromisso de casamento.

A crítica de que esta teoria levaria à aniquilação da autonomia privada é refutada no sentido de que a autonomia privada não fica desprotegida, só perde seu poder absoluto, de prevalecer em face dos demais direitos fundamentais, se colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais, a ser ponderada levando em conta se há mínimas condições materiais de liberdade, o que é obstado pela desigualdade entre as partes (SARMENTO, 2004).

Critica-se também a ameaça que levaria à segurança jurídica, ante o conteúdo amplo e indeterminado dos direitos fundamentais, mas destaca-se que isso é efeito geral do próprio modelo de constitucionalismo do pós-guerra, vinculado à força normativa da Constituição, e que o valor segurança, além de ser ponderado com o de justiça, passa a ser assegurado por meio da evolução da argumentação jurídica e da racionalidade prática, sob a fiscalização da “comunidade de intérpretes” (HESSE, 1995, p. 60). Alega-se ainda uma suposta subversão da divisão funcional dos poderes, uma vez que o juiz estaria, ao aplicar diretamente os direitos fundamentais, substituindo o legislador, crítica que, contudo, descarta a já devidamente consolidada e fundamentada legitimidade da jurisdição constitucional (SARMENTO, 2004).

Uma última crítica seria que, uma vez que se reconhecesse o envolvimento de direitos fundamentais nas relações privadas, tais litígios poderiam ser arguidos em termos de constitucionalidade, o que acarretaria a sobrecarga das cortes constitucionais (HESSE, 1995). A constitucionalização de todo o direito privado, receia-se, poderia fazer com que os tribunais constitucionais virassem instâncias de resolução de conflitos civis (PEREIRA, 2003). São constantes as ameaças de um *supertribunal de revisão* (CANARIS, 2003) ou “superinstância revisora” (MENDES, 1998, p. 225). Essa crítica, que já de início está restrita aos países de sistema concentrado de controle de constitucionalidade, com recurso direto à corte constitucional, não atenta para a distinção entre o prisma material da questão – a existência ou não da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – do prisma processual – os meios para tornar efetivos tais direitos nos casos de vinculação (SARLET, 2000). No exemplo ilustrativo utilizado, a crítica se dirigiria à possibilidade de o juiz impor às entidades de previdência complementar, com base no genérico princípio constitucional de igualdade de gênero, um encargo não previsto em lei.

3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil

No Brasil, a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é amplamente reconhecida, especialmente em vista das características de desigualdade da sociedade brasileira (SARMENTO, 2004). Alguns julgados de tribunais superiores podem ser indicados a respeito do tema.

Um primeiro exemplo é relativo à possibilidade de condução forçada do réu na ação de investigação de paternidade para a realização de exame de DNA. Como é cediço, a recusa é interpretada desfavoravelmente ao réu, mas questiona-se a necessidade de atingimento da verdade real, para a adequada satisfação do direito da criança à sua identidade genética, que não se volta a fins patrimoniais supérveis com a presunção, especialmente tendo em vista o sacrifício ínfimo à integridade física ou privacidade do réu. Esta, contudo, não foi a posição dominante no STF, em votação apertada.⁵

Outro exemplo que pode ser aduzido refere-se ao constrangimento das empregadas de fábrica de *lingerie* pelo cumprimento de cláusula do contrato de trabalho autorizadora de revista íntima, o que alegavam violar sua privacidade. O STF, todavia, não pôde analisar o caso por conta de prescrição superveniente, mas o relator afirmou estar “lamentando a perda da oportunidade”.⁶

O primeiro caso em que se pode encontrar verdadeira manifestação do STF no sentido da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais diz respeito à exclusão de associados por terem desafiado publicamente, através da

⁵ STF, Pleno. HC nº 71.373. Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. Julg. 10.11.1994. *DJ*, 22 nov. 1996.

⁶ STF, 1ª T. RE nº 160.222. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julg. 11.4.1995. *DJ*, 1º set. 1995. O caso é analisado por Branco (2001).

imprensa, a assembleia geral a julgá-los por certos acontecimentos. A assembleia teria deliberado sem observância dos estatutos exatamente por conta desta provocação, todavia, para o Ministro Marco Aurélio, trata-se de preceito de ordem pública, portanto irrelevante a exaltação de ânimos.⁷

Outra manifestação marcante foi no julgamento de uma reclamação trabalhista de um empregado brasileiro da Air France, que pleiteava direitos que o estatuto da empregadora reservava exclusivamente a empregados franceses. No STF se destacou que a natureza do trabalho não era diferente, mais importante ou mais complexa, e não havia conexão lógica ou racional que justificasse o tratamento diferenciado. Concluiu-se que a empresa estrangeira tem que se submeter à lei brasileira, inclusive no tocante à isonomia da ordem constitucional, e que só são admissíveis as discriminações feitas pela própria Constituição.⁸

Mais um caso paradigmático foi referente à exclusão, pela União Brasileira de Compositores (UBC), de um de seus sócios sem o amplo direito à defesa e o STF, por maioria, entendeu que o direito à ampla defesa e ao contraditório, por tratar-se de direito fundamental, deve ser respeitado também nas relações privadas, e portanto se aplica a todo processo que se desenvolva em associações e outras entidades, especialmente tendo em vista que o pertencimento à associação envolvia o acesso do autor a seus direitos autorais.⁹

Outra decisão que merece menção diz respeito à constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador. Revertendo a decisão monocrática proferida pelo então Ministro Carlos Velloso, o Plenário do STF decidiu que a exceção prevista no inc. VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 continua valendo e, portanto, não há impedimento para a penhora de bens de família de fiadores nos contratos de locação. A decisão anterior, de 26.4.2005, se baseava na nova redação do art. 6º da Constituição Federal, decorrente da Emenda Constitucional nº 26, promulgada em 14.2.2000, que incluiu expressamente o direito à moradia entre os direitos sociais constitucionais. Em virtude dessa alteração do texto constitucional, o disposto na Lei nº 8.009/90, art. 3º, VII, não teria sido recepcionado. No julgamento do RE nº 407.688, em 8.2.2006, todavia, prevaleceu, por maioria, o entendimento contrário, capitaneado pelo relator da matéria, Ministro Cezar Peluso. Para o relator, o direito à moradia constitui direito à prestação, dependente da atividade mediadora dos poderes públicos, ao qual não repugna que seja implementado por uma norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, “mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Então, caso se acabasse com a penhora do bem de família do fiador, acabariam restringindo-se as formas de garantia nos contratos locatícios. Assim sendo, muitos dos

⁷ STF, 2ª T. RE nº 158.215. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 30.4.1996. *RTJ*, 164-02/757.

⁸ STF, 2ª T. RE nº 161.243. Rel. Min. Carlos Velloso. Julg. 29.10.1996. *DJ*, 19 dez. 1997. Caso também analisado por Branco (2003).

⁹ STF, 2ª T. RE nº 201.819. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Julg. 11.10.2005. *DJ*, 27 out. 2006.

que não têm imóveis e veem no fiador a única possibilidade de garantia para a locação ficariam sem chances de alugar.

O caso sob exame encontra-se afetado ao regime de recurso repetitivo junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento do mérito.¹⁰ A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça para a discussão de validade da cláusula distintiva, mas o Tribunal entendeu que, por tratar-se de fundamento constitucional, não lhe competia a manifestação sobre o assunto.¹¹ Não há, portanto, jurisprudência em âmbito nacional, somente decisões locais sobre o assunto.

4 Por uma abordagem compatível com a unidade e complexidade do ordenamento e com a relativização da dicotomia entre direito público e direito privado

O tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas se coloca essencialmente a partir de problemas concretos que refletem a incompatibilidade de estruturas teóricas tradicionais – marcadas pela dissociação entre direito público e direito privado – e a necessidade de efetivar os valores tutelados de maneira prioritária pelo ordenamento em todas as esferas sociais.

Historicamente se conferiu destaque à proteção dos direitos fundamentais frente ao Estado porque eles nasceram e se afirmaram como reação ao poder das monarquias absolutas (PEREIRA, 2003). A ascendente classe burguesa, sufocada pela rigidez do *ethos* aristocrático de uma estrutura social calcada no poder dos senhores de terras e pouco receptiva à circulação de riqueza e à atividade comercial, encontrou nos ideais liberais uma bandeira revolucionária.

Todavia, uma vez erigido o Estado Liberal através das revoltas de inspiração iluminista, a consolidação da classe burguesa no poder impôs o represamento de movimentos de inspiração mais radical, e assim a revolução se distanciou de seus ideais iniciais, defendendo uma concepção de direitos e liberdades bastante distintas daquela que viabilizou seu nascimento (PEREIRA, 2003).

Esse Estado Liberal se caracteriza pela separação rígida entre Estado e sociedade, autoridade e liberdade, política e economia, direito e moral. Na concepção clássica de Schmitt, a liberdade do indivíduo é em princípio ilimitada, enquanto o poder do Estado é limitado. Concebe-se este Estado limitado, mínimo, como um *veilleur de nuit*, que atua apenas excepcionalmente, deixando todo o funcionamento social a cargo do mercado, entendido como uma instituição natural, pré-política, cuja mão invisível se encarrega de garantir o equilíbrio social, a circulação de riqueza e a atividade produtiva.

¹⁰ STF. RE nº 639.138 RG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 30.6.2011. Public. 29.5.2013.

¹¹ Por exemplo, STJ, 4ª T. AgRg nos EDcl no REsp nº 105.7696/RS. Rel. Min. Marco Buzzi. Julg. 25.2.2014. DJE, 11 mar. 2014; STJ, 3ª T. EDcl no AREsp nº 179.870/DF. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julg. 18.2.2014. DJE, 28 fev. 2014; STJ, 3ª T. EDcl no AREsp nº 161.703/RN. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julg. 5.11.2013. DJE, 12 nov. 2013.

Nesse contexto, o papel do direito privado era apenas estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas, que desfrutam de ampla liberdade, uma vez que são iguais, enquanto o direito público regula as relações das pessoas com o Estado, caracterizadas pela verticalidade (PEREIRA, 2003). O indivíduo era concebido – e protegido – exclusivamente por meio da figura abstrata e fictícia da autonomia da vontade, e as garantias fundamentais concebidas pelo Poder Público servem exatamente para afastar as ingerências do Estado da esfera privada (TEPEDINO, 2004).

Com Estado e sociedade civil separados, o Código Civil se erige em verdadeira Constituição dessa vida social, que se concebe autossuficiente, guiada pela autonomia da vontade dos particulares (BILBAO UBILLOS, 2003). Garante-se, assim, ao eliminar a intervenção estatal, a segurança jurídica e a previsibilidade das relações privadas, valores tão caros à teoria liberal (PEREIRA, 2003).

O desenvolvimento das mais diversas consequências do reconhecimento da Constituição como norma sobre a qual assenta a unidade do ordenamento deu origem a um constitucionalismo renovado, mais adequado à sociedade contemporânea. Como afirma Pereira (2003), a fórmula rigidez – controle de constitucionalidade – direitos fundamentais, adotada por países egressos de regimes totalitários, pôs em xeque premissas do arquétipo liberal, tais como a separação entre Estado e sociedade civil, a igualdade formal e a suposta neutralidade do Estado. O paradigma do Estado intervencionista pressupõe a imposição de valores às pessoas privadas. Em virtude disso, a difusa fronteira entre o público e o privado não desaparece (pois isso importaria um sistema de totalitarismo), mas é cada vez menos nítida. Constrói-se um progressivo entrecruzamento, uma continuidade (BILBAO UBILLOS, 2003).

De maneira geral, como afirma Pereira (2003), tais elementos refletem o desmoronamento do dique que separava direito público e direito privado, fazendo com que os direitos fundamentais se precipitem sobre o direito privado, pois a ordem constitucional regula tanto o poder político como a sociedade civil. São recorrentes as referências a Jean Rivero, no sentido de que não existem duas éticas diferentes, duas concepções opostas de homem, em uma mesma sociedade, e a J. J. Nunes Abrantes, afirmando como seria absurdo admitir que a mesma pessoa possa ser simultaneamente livre perante o Estado, não sendo em sociedade, isto é, perante seus semelhantes (CASTRO, 2003).

Destaca Gustavo Tepedino, ao afirmar a insuficiência das técnicas de direito privado de proteção da pessoa (direitos da personalidade), que, na democracia capitalista globalizada, os instrumentos refinados de proteção aos direitos humanos serão de pouca valia se a atividade econômica privada escapa a este controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade humana (TEPEDINO, 2004). Leciona o autor em outra ocasião:

Com efeito, ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutores particulares que, como

expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a ótica de solidariedade constitucional. (TEPEDINO, 2009, p. 45-46)

De fato, o ordenamento jurídico, embora complexo em suas fontes e dinâmico em sua estrutura, é caracterizado por sua unidade, sob pena de perder sua sistematicidade. A harmonia e a coerência que se impõem para o conceito de sistema de direito não admitem que certos valores somente sejam tutelados contra o Estado e não nas relações privadas. A unidade é garantida, formal e materialmente, pelo texto constitucional, então não é possível conceber que as normas constitucionais não possam incidir sobre as relações privadas. Como explica Perlingieri (2008, p. 200-201), “o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes”.

O que ocorre é que a aplicação das normas abstratas pressupõe a adaptação às peculiaridades relevantes do caso concreto: “o ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos” (PERLINGIERI, 2008, p. 200-201).

Trata-se, então, menos de reconhecer uma distinção geral das relações privadas frente as públicas, mas de reconhecer as peculiaridades de cada relação jurídica concreta. Os princípios constitucionais não se aplicarão da mesma forma na relação entre pai e filho, marido e mulher, patrão e empregado, locador e locatário etc. (SARMENTO, 2004).

Nesse processo, percebe-se que a autonomia privada e os espaços de liberdade perdem a posição de prevalência *a priori* e passam a figurar com o mesmo *status* de princípios como a igualdade, a privacidade e a solidariedade: sua justificação tem a mesma alçada, sua aplicação é que dependerá do exame das circunstâncias concretas.¹² Assim, por exemplo, diante de circunstâncias fáticas de nítida desigualdade, a incidência do princípio da liberdade não será tão forte, uma vez que o respeito à autonomia privada, puramente formal, não garantiria uma liberdade autêntica, eis que seu exercício estaria contaminado pela relação de poder socialmente configurada.

Trata-se de averiguar o sopesamento de tais elementos no caso específico da distinção de gêneros quanto aos planos de previdência complementar. De fato, verifica-se disparidade de forças nessa relação contratual, o que se depreende de plano do fato de se tratarem de contratos de adesão, caracterizando

¹² Boa parte da doutrina reconhece que independente da opção por cada teoria, embora indicativa de um viés ideológico, os problemas acabam por ser resolvidos pela técnica da ponderação. Nesse sentido, Alexy (1997), Bilbao Ubillos (2003) e Pereira (2003).

relações de consumo nos casos de regime de previdência aberto. No entanto, observa-se que o ônus a ser suportado pela parte mais forte no caso será repassado aos demais contratantes, razão pela qual deve-se ter em mente que, na verdade, a imposição será de distribuição solidária desse ônus.

O percurso pelas diversas teorias sobre o assunto colabora para a identificação dos índices argumentativos que devem guiar esse debate hermenêutico, sob a premissa de um ordenamento unitário e complexo. Assim, é em primeiro lugar duvidoso que se possa atribuir aos planos de previdência complementar uma função solidarista e assistencial similar à previdência pública, exatamente por conta de seu caráter complementar, facultativo e contributivo. Tampouco parece possível extrair essa função solidarista da autorização estatal para seu funcionamento.

Embora inquestionável que a vedação ao abuso do direito e o respeito à função social do contrato possam impor aos contratantes um controle do exercício da liberdade de contratar, para o atendimento de interesses coletivos juridicamente protegidos. No entanto, esse controle deve ser pautado pela função econômico-individual do contrato firmado. Novamente, o caráter contributivo dos planos de previdência complementar, efeito essencial desse tipo de contratação, em que a aposentadoria obtida guarda proporcionalidade direta com as contribuições vertidas, parece afastar a qualificação abusiva à cláusula que aumenta as contribuições ou reduz a aposentadoria de mulheres em razão do menor tempo de contribuição. Da mesma forma, a ilação, a partir da função social do contrato, da exigência de uma compensação sistêmica para garantir igualdade de termos a despeito da diferença de tempo de contribuição parece frágil, na falta de uma expressa previsão legislativa nesse sentido.

Por fim, ainda que se tenha por direta e imediatamente eficaz o direito fundamental à igualdade substancial de gênero nas relações entre particulares, sua eficácia não é absoluta, devendo ser ponderado com a liberdade individual da entidade de previdência complementar, assim como dos demais contratantes que acabariam por suportar o ônus desse acréscimo. De fato, a maior parte das decisões envolvendo o tema destaca a lição doutrinária acerca da distinção funcional entre a previdência obrigatória e a complementar: “envolve a previdência privada natureza securitária, contratual e não de resseguro. Tem o aspecto social, mas o ponto importante é a contratualidade” (MARTINS, 2004, p. 484). Nesse sentido, os elementos expostos não trazem subsídios favoráveis à sua prevalência no caso concreto.

5 Conclusão

O trajeto até aqui percorrido serviu a demonstrar como as distintas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas lidam com o ônus argumentativo de dar suporte à aplicação desses direitos em concreto, à luz do caso específico da distinção de gênero nos planos de previdência

complementar. Mais especificamente, como responderiam à indagação sobre se é exigível de tais planos que internalizem (e distribuam entre os demais contratantes) o custo decorrente de se exigir que as mulheres, embora se aposentem após um tempo inferior de contribuição, contribuam e recebam em paridade de condições com os homens.

Nessa linha, foi abordada a ênfase na analogia com a função assistencial da previdência pública e seu controle estatal pela doutrina da *state action*; o foco na aplicação das cláusulas de vedação de abuso e de função social do contrato pela teoria da eficácia indireta e mediata; e a colisão do direito fundamental a um tratamento substancialmente isonômico frente a liberdade fundamental de iniciativa pela teoria da eficácia direta e imediata. Observou-se que as teorias referidas tendem a desaguar em um procedimento hermenêutico de ponderação, o qual deve ser guiado por uma concepção do ordenamento como unitário e complexo.

Nessa linha, foram extraídos das distintas abordagens teóricas índices argumentativos que pudessem contribuir para a interpretação desse caso específico, levando em conta principalmente a incompatibilidade do caráter contributivo, facultativo e particular desse tipo de regime previdenciário com a exigência de isonomia substancial. Ponderou-se que a internalização dos custos de tal suporte seria repassada aos demais contratantes sem que houvesse elementos normativos suficientes para embasar a prevalência do princípio de solidariedade sobre o princípio de liberdade nesse caso concreto.

Fundamental rights and private relations: the example of distinction by gender in pension plans

Abstract: The article presents the main theories on the application of fundamental rights in private relations, noting that the distinctions between them does not prevent them to give similar results, in light of the specific case of gender discrimination in pension plans.

Keywords: Fundamental rights. Equality. Pension plans.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F. (Org.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

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

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier Albuquerque (Org.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

KLARMAN, Michael J. The white primary rulings: a case study in the consequences of Supreme Court decisionmaking. *Florida State University Law Review*, v. 29, n. 1, Fall 2001. Disponível em: <<http://www.law.fsu.edu/Journals/lawreview/downloads/291/Klarman.pdf>>.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

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

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, Christopher. The educational legacy of racially restrictive covenants: their long term impact on Mexican Americans, 4. *The Scholar: St. Mary's Law Review on Minority Issues*, v. 4, p. 149-184, Fall 2001. Disponível em: <<http://academic.udayton.edu/race/04needs/housing01.htm>>.

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

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

SOMBRA, Thiago Luís Santos. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 19, p. 274-320, jan. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas*. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KONDER, Carlos. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 47-65, set./out. 2016.

Recebido em: 09.09.2016

Aprovado em: 14.10.2016