

A PROVA ILÍCITA OBTIDA ATRAVÉS DE REVISTA PESSOAL REALIZADA POR SEGURANÇA PRIVADA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

THE UNLAWFUL PROOF OBTAINED THROUGH PERSONAL JOURNAL
CARRIED OUT BY PRIVATE SECURITY IN STJ JURISPRUDENCE AND
THE LEGAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
RELATIONS BETWEEN PRIVATE

João Pedro Valentim Bastos¹
Luiz Phillipe de Oliveira Gomes Martins²

RESUMO

A discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou destaque nos noticiários com a recente decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A decisão firmou tese jurídica de que apenas as autoridades judiciais, policiais e seus agentes são as autoridades competentes a realizar busca domiciliar ou pessoal. A decisão inédita proferida nos autos do *Habeas Corpus* 470.937-SP (2018/0250223-0) estimula análises pela Ciência do Direito. O objetivo deste artigo é propor uma avaliação da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares a partir do caso julgado. Metodologicamente, adota-se a análise da legislação nacional e doutrinária acerca do tema, aplicando o método lógico dedutivo ao partir de uma premissa maior – normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais – para uma premissa menor – o caso concreto julgado pelo STJ, neste ponto destacando a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Palavras-chave: eficácia - direitos fundamentais – relações privadas – revista pessoal – segurança privada.

ABSTRACT

The discussion about the effectiveness of fundamental rights in private relations was highlighted in the news with the recent decision of the 5th Panel of the Superior Court of

¹ Advogado. Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Email: vbastosjp@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL (2014). Atualmente é analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Email: luizphillipe.ogmartins@gmail.com

Justice (SCJ). The decision established a legal thesis that only the judicial authorities, police and their agents are the competent authorities to perform home or personal search. The unpublished decision in the *Habeas Corpus* case file 470.937-SP (2018/0250223-0) encourages analysis by the Science of Law. The purpose of this article is to propose an assessment of the effectiveness of fundamental rights among individuals from the *res judicata* case. Methodologically, the analyses of the doctrine and national legislation on the subject is adopted, applying the deductive logical method from a larger premise - constitutional and infraconstitutional legal norms - to a minor premise – the specific case judged by the SCJ, highlighting the direct effectiveness of fundamental rights in private relations.

Keywords: effectiveness – fundamental rights – private relations – personal search – private security.

INTRODUÇÃO

Às 21 (vinte e uma) horas e 13 (treze) minutos, horário local de Brasília, do dia 11 de setembro, o marcador do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística registrou 210.440.590 (duzentos e dez milhões, quatrocentos e quarenta mil, e quinhentos e noventa) brasileiros, dos quais 45.987.262 (quarenta e cinco milhões, novecentos e oitenta e sete mil, e duzentos e sessenta e dois) habitam o estado de São Paulo.³

A capital paulista, cidade mais populosa do país, conta com os serviços da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) para assegurar o transporte de milhares de passageiros de diferentes grupos sociais, idades e classes econômicas. Diariamente, estima-se que mais de 2.800.000 (dois milhões e oitocentos mil) passageiros são transportados.⁴ No endereço eletrônico da CPTM está disponibilizado, inclusive, um Regulamento de Viagem⁵ para maior “conforto e segurança” dos passageiros que desejarem optar por seus serviços. Contudo, esquece-se de noticiar a possibilidade de submissão a revistas íntimas quando desejado o uso de transportes da companhia.

É nesse contexto que um passageiro foi submetido à revista íntima de seus pertences por dois seguranças privados da CPTM. O número de pessoas submetidas ao

³ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 11/09/2019

⁴ Disponível em: <http://cptm.sp.gov.br/a-companhia/Pages/a-companhia.aspx>. Acesso em: 11/09/2019

⁵ Disponível em: <http://cptm.sp.gov.br/sua-viagem/Pages/RegulamentoViagem.aspx>. Acesso em: 11/09/2019.

procedimento vexatório pode ser ainda maior, já que dificilmente outros casos tenham apresentado repercussão similar à julgada e noticiada pelo STJ.⁶

A pequena digressão apresentada serve para contextualizar o cenário da discussão objeto do presente estudo: seria legítima a realização de busca pessoal a partir de revistas íntimas sobre os pertences pessoais dos particulares por segurança privada? Aplica-se no caso a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares?

Percebe-se que o assunto está na ordem do dia, uma vez que, recentemente, o STJ, embora não tenha conhecido o *Habeas Corpus* substitutivo de recurso próprio, concedeu a ordem para absolver o paciente de ofício, ao decidir que apenas as autoridades judiciais, policiais e seus agentes são competentes para realizar busca domiciliar ou pessoal.

Destarte, a reflexão vai ter início a partir da análise do julgado promovido pela 5ª turma do STJ no *Habeas Corpus* 470.937-SP (2018/0250223-0), a qual contribuirá para compreensão da adoção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no cenário atual da jurisprudência brasileira.

1. CRITÉRIO ESTABELECIDO PELO STJ QUANTO À BUSCA PESSOAL REALIZADA POR SEGURANÇA PRIVADA

No caso julgado pela 5ª Turma do STJ, a Defensoria Pública impetrou *Habeas Corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que havia condenado o paciente pela prática de tráfico de drogas. Alega a defensoria que a prova presente nos autos da Apelação Criminal n. 0002952-74.2015.8.26.0050 seria ilícita, uma vez que teria sido obtida através de revista pessoal realizada por agente de segurança privada da CPTM.

A revista pessoal realizada pelos funcionários da CPTM ocorreu sobre a mochila do passageiro que transitava na Estação Perus do Metrô de São Paulo. Segundo os autos, a demonstração de “certa preocupação” pela presença da segurança privada e a aparência de vendedor ambulante foram as justificativas para a abordagem com busca pessoal. No ato da

⁶ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Prova-obtida-em-revista-pessoal-feita-por-seguranca-particular-e-ilicita-decide-Quinta-Turma.aspx>. Acesso em: 11/09/2019.

revista foram encontrados dois tabletes de maconha no interior da mochila, elemento que acarretou a imputação da prática do delito de tráfico de drogas.

A existência do entorpecente restou incontroversa nos autos, pois a defesa realizada através da Defensoria Pública não questiona o conteúdo encontrado, mas sim a ilicitude da prova obtida que levou à condenação do paciente. Embora o Juízo de primeiro grau tenha absolvido o acusado da imputação da prática do delito de tráfico de drogas, o TJ-SP condenou o paciente pelo do crime nos termos do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06⁷ (tráfico de drogas), após apelação do Ministério Público.

Como destacado, a 5ª Turma do STJ, a despeito de não ter conhecido o *Habeas Corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado contra o acórdão do TJ-SP que condenara ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, concedeu a ordem para absolver o paciente de ofício com base no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal (CPP).⁸

Nesse contexto, o ponto controvertido consistiu na verificação quanto à ilicitude da prova obtida através de revista pessoal realizada por segurança privada, assim, analisando a existência de eventual constrangimento ilegal.

Expõe-se a ementa do julgado proferido pela 5ª Turma do STJ, a qual decidiu sobre o *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública a favor do paciente. Registre-se que os comentários que serão elaborados em seguida se limitarão a analisar a questão debatida quanto à validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada, como também o aspecto da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, com o propósito de contribuir com as pesquisas na seara.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. REVISTA PESSOAL REALIZADA NO AGENTE POR INTEGRANTES DA SEGURANÇA PRIVADA DA COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁸ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] II - não haver prova da existência do fato;

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado.
2. Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM.
3. Segundo a Constituição Federal – CF e o Código de Processo Penal – CPP somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal.
4. Habeas corpus não conhecido. Todavia, concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP (STJ - HC Nº 470.937-SP (2018/0250223-0), Relator Ministro: Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 04/06/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: 17/06/2019).

O julgado proferido pela 5ª Turma do STJ, ao apreciar o *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública, entendeu que o procedimento de revista realizado nos pertences pessoais do usuário dos serviços do metrô de São Paulo não poderia ser realizado por agentes da segurança privada da CPTM.

Primeiramente, cumpre ressaltar a ação constitucional utilizada pela Defensoria Pública: o *Habeas Corpus*. O *writ* é uma ação constitucional clássica do direito brasileiro, passando a constar, pela primeira vez, expressamente no art. 183 e seguintes do Código Criminal de 1830 (BRASIL, 1830),⁹ ao tutelar os crimes contra a liberdade individual.

Embora expressamente previsto, o instituto jurídico carecia de regulamentação (MOSSIN, 1996, p. 29). Logo em seguida, o Código de Processo Criminal de 1832 foi um marco para o *Habeas Copus*, ao estabelecer no art. 340 que “todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor” (BRASIL, 1832). Um dos destaques do Código de Processo Criminal do Império foi o reconhecimento da concessão de ofício do *Habeas Corpus* conforme o art. 344 (BRASIL, 1832), possibilidade assegurada no atual CPP, nos seguintes termos:

⁹ Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem fôr permittido passar ordens de - habeas-corpus - concedel-as, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar.

Art. 185. Recusar, ou demorar a pessoa, a quem fôr dirigida uma ordem legal de - habeas-corpus - e devidamente intimada, a remessa, e apresentação do preso no lugar, e tempo determinado pela ordem; deixar de dar conta circunstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, nos casos declarados pela Lei.

Art. 654, §2º: Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, entende-se a possibilidade de a 5ª Turma do STJ, embora não tenha conhecido o *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria por alegar a utilização do *writ* como substitutivo de recurso próprio, conceder a ordem de ofício.

Registre-se que o *status* constitucional do *mandamus* só adveio com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no §22 do art. 72 (BRASIL, 1891).¹⁰ Em todos os textos constitucionais seguintes o *Habeas Corpus* esteve expressamente presente tendo como objeto tutelar a liberdade de locomoção das pessoas, estando na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no título dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, LXVIII, a partir da previsão de que “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

No caso, o *Habeas Corpus*, remédio jurídico com o intuito de tutelar a liberdade de ir e vir do paciente, apresentou objeto e autoridade coatora bem delimitados. No que concerne à legitimidade passiva, esteve presente como autoridade coatora o TJ-SP, que através de seus desembargadores condenou o paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, portanto, justificando a competência do STJ para o julgamento nos termos do art. 105, I, “c” da CF/88 (BRASIL, 1988).¹¹ Quanto ao objeto, questionou-se o constrangimento ilegal do TJ-SP por condenar a partir de uma prova ilícita: a revista pessoal realizada em transeunte por agente de segurança privada da CPTM.

Adentra-se, agora, na questão específica: seria legítima a prova obtida através de revista pessoal realizada por segurança privada? Seguranças particulares, em seu espaço privado, poderiam realizar busca pessoal através de revistas em outros particulares?

¹⁰ Art. 72, § 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

¹¹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Conforme decisão representativa da 5ª Turma do STJ, constata-se uma posição contrária à conduta fiscalizatória relacionada à busca pessoal ou domiciliar realizada por agentes de segurança privada sobre outro particular, tendo como fundamento a própria CF/88. Segundo o julgado, “somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal”, indo ao encontro das normas constitucionais que tutela o direito à vida, à liberdade e à segurança (art. 5º, *caput*); bem como a vedação à imposição de que o particular faça ou deixe de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, *II*).

Nesse sentido, o STJ consignou no julgamento que o paciente não era obrigado a se submeter à fiscalização invasiva por parte da segurança privada da CPTM, uma vez que é competência das autoridades judiciais, policiais e seus agentes procederem buscas pessoais e domiciliares. Além disso, deixou claro que os agentes da CPTM não poderiam sequer “serem equiparados a guardas municipais, porquanto são empregados de uma sociedade de economia mista operadora de transporte ferroviário no Estado de São Paulo, sendo regidos, portanto, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

Destarte, o STJ reconheceu que a prova obtida foi ilícita, pois produzida a partir de busca ilegal, logo, concedendo a ordem para absolver o paciente com fundamento no art. 386, II, do CPP que dispõe quanto à falta de prova.

Como será visto adiante, o conjunto de normas constitucionais atreladas às infraconstitucionais estabelece limites à atuação de um particular que pretende revistar outro particular. Medidas que pretendam comprometer a liberdade e a dignidade do indivíduo encontram na contrariedade à ordem jurídica.

2. DIREITO À SEGURANÇA

A temática em pauta tem raízes interdisciplinares, uma vez que trafega a partir do direito penal e pelo direito constitucional, tendo como problema a análise sobre quem estaria legitimado para efetuar a busca pessoal sobre particulares para, assim, garantir a segurança. Indaga-se até que ponto os particulares podem fiscalizar através de buscas pessoais os pertences de outros particulares.

O caso em análise se amolda ao que se entende por busca pessoal. Segundo Julio Fabbrini Mirabete, busca pessoal consiste “na inspeção do corpo e das vestes de alguém para apreensão dessas coisas. Inclui, além disso, toda a esfera de custódia da pessoa, como bolsas, malas, pastas, embrulhos etc., incluindo os veículos em sua posse” (MIRABETE, 2001, p. 322). Destarte, busca pessoal tem um conteúdo que não se restringe ao corpo do indivíduo, isto é, o seu objeto é mais amplo, trazendo por extensão, a título de ilustração, os pertences pessoais que se encontram sob a proteção da pessoa humana.

O direito à segurança está estampado na cabeça do art. 5º da CF/88. Percebe-se que é um direito fundamental de natureza dual, já que não somente consiste em um direito conferido a todo indivíduo, como também se apresenta enquanto dever do Estado. É nessa segunda faceta que recai o debate julgado. Canotilho, ao tratar da função dos direitos fundamentais de proteção perante terceiros, aponta que “da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros” (CANOTILHO, 2003, p. 409). Dessa maneira, o direito de segurança também se amolda à ideia de garantia constitucional como instrumento à efetividade do direito (SILVA, 2017, p. 242).

Cumprе ressaltar que não é a insuficiência dos organismos de segurança do Estado capaz de legitimar as revistas realizadas pela segurança privada. A inexistência de legislação específica autorizando a revista pessoal pela segurança privada não legitima essa prática adotada rotineiramente em diversos estabelecimentos, sejam comerciais, estações de metrô, ambiente de trabalho, entre outros. Quanto ao assunto, Rômulo Lunelli é categórico ao destacar que:

[...] diante da permissão do Código Penal da atuação de qualquer pessoa em legítima defesa própria ou de terceiro, o agente privado contratado para prestar segurança a pessoas ou estabelecimentos comerciais pode, na iminência de um crime, atuar para defender a vida ou a incolumidade de quem o contratou. Mas tal conduta deve ocorrer estritamente sob o regramento do art. 25 do Código Penal [...] (LUNELLI, 2013).

O art. 25 do Código Penal¹² (BRASIL, 1940) dispõe sobre a legítima defesa. Ocorre que a excludente de ilicitude – legítima defesa – deve ser utilizada para repelir injusta agressão através dos meios necessários. Portanto, não pode ser vista como norma legitimadora das revistas pela segurança privada, já que nas revistas pessoais a finalidade é explicitamente preventiva.

Nesse contexto, o CPP disciplina infraconstitucionalmente a busca pessoal, destacando-se os arts. 240 ao 244, dispositivos que também constam no julgado da 5ª Turma do STJ. Ressalte-se que a dispensa de mandado para busca pessoal ocorrerá em três ocasiões bem específicas: “no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

A previsão infraconstitucional corrobora o entendimento do STJ, o qual fundamentou a decisão proferida no art. 144 da CF/88. A norma constitucional elenca os órgãos da polícia federal; da polícia rodoviária federal; da polícia ferroviária federal; das polícias civis; e das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, como competentes para assegurar a segurança pública. Nesse caminho, com base nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, disserta Rômulo Lunelli que:

[...] a revista preventiva feita por seguranças de shows, casas noturnas, ou mesmo as revistas repressivas feitas nas saídas de lojas de departamento são ilegais, eis que realizadas por agentes não estatais, que não detém poder de polícia ou mesmo qualquer delegação estatal para o exercício da atividade policial, esta que é ação típica de estado e, por isso, indelegável (LUNELLI, 2013).

O fato de o art. 144 da CF/1988 prever ser a segurança pública responsabilidade de todos, não delega aos particulares um dever do Estado, em especial, quando envolve uma busca pessoal. Essa é uma medida excepcional que demandaria previsão legal autorizando o particular se valer deste ato invasivo. Nesse ponto, destaca José Afonso da Silva, ao tratar da segurança pessoal como uma garantia constitucional, que “as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conformes com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas” (SILVA, 2017, p. 242). O art. 144 da Constituição é cristalino ao conferir legitimidade às

¹² Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

autoridades públicas, e não às pessoas jurídicas privadas, para a proteção da segurança pública.

No caso, não se discute apenas a segurança pública, mas também a segurança individual de quem sofre a revista. Percebe-se que a segurança individual estará atrelada à proteção, ao gozo de outro direito individual fundamental (SILVA, 2017, p. 440), há uma relação simbiótica, como, por exemplo, com a intimidade e a liberdade pessoal. Quando se limita a busca pessoal às autoridades competentes, o objetivo principal não é tutelar ou assegurar a propriedade sobre quem recai as revistas praticadas pela segurança privada, mas sim a própria personalidade da vítima, conferindo eficácia social à norma constitucional no caso concreto em análise.

Ainda que a proteção aos direitos fundamentais nos seus primórdios tenha sido dirigida ao Estado, como se verá a seguir, já é pacífico no Brasil a eficácia desses direitos nas relações privadas, a partir da convencionalizada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Quando se trata da análise a respeito da extensão da produção de efeitos dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas, ainda que seja natural alguns serem exercitáveis apenas em face do Estado e de seus agentes – como, a título de ilustração, o direito do nacional não sofrer extradição (art. 5º, LI, da CRFB/88) – é importante ter em mente as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro:

[...] Outros direitos e garantias constitucionais, porém, que representam a grande maioria, aplicam-se e são exigíveis indistintamente em face do Poder Público e das pessoas físicas ou jurídicas privadas, inclusive, a própria garantia secular do Habeas Corpus, que sabidamente se presta para assegurar a liberdade de locomoção em face de coator particular, que sabidamente se presta para assegurar a liberdade de locomoção em face de coator particular, como ocorre em inúmeras situações de cárcere privado” (CASTRO, 2005, p. 249).

No mesmo sentido, Canotilho, reconhece a aplicabilidade direta das normas que trazem direitos e garantias fundamentais, afirmando que não são apenas normas para produção de normas, mas sim normas diretamente aptas a regular as relações jurídicas. Contudo, lembra que é necessário identificar como e de que forma a eficácia horizontal das

normas garantidoras de direitos, garantias e liberdades repercutem nas relações jurídicas entre os particulares (CANOTILHO, 2003, p. 238 e 248).

Encontra-se na doutrina três campos principais de correntes a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares. Da negativa da produção de efeitos, passa-se pela defesa da produção indireta ou mediata, até chegar ao polo oposto de defesa da eficácia imediata ou direta.

3.1. NÃO PRODUÇÃO DE EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Sem embargos, é impositivo registrar que para além dos modelos de efeitos diretos e indiretos, majoritariamente trabalhados pela doutrina, há dois modelos alternativos que negam, à primeira vista, como artifício, a possibilidade de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. O artifício consiste, alternativamente, em atribuir ao Estado a responsabilidade por atos privados ou em equiparar esses últimos aos atos estatais. Virgílio Afonso da Silva lembra que na Alemanha tais ideias ganharam destaque a partir das lições de Jurgen Schwabe, na década de 1970, enquanto que nos Estados Unidos tal caminho foi trilhado pela construção jurisprudencial do *state action* (SILVA, 2005, p. 98).

Na tese do *state action*, há fidelidade à concepção liberal de direitos fundamentais, que os concebe aplicáveis somente às relações em que o Estado participa. A sua construção se concentra na busca por determinar quando um ato privado violador de direitos fundamentais, especialmente o de igualdade, poderá ser objeto de controle judicial. Há, contudo, uma busca por flexibilizar a concepção liberal adotada sem rompê-la. Para alcançar esse objetivo, tenta-se definir quando uma ação privada pode ser equiparável a uma ação pública, de uma forma assimétrica e casuística. E sempre que essa equiparação for possível – na maioria das vezes de forma artificial –, as relações entre particulares estarão vinculadas às disposições de direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 100).

Sobretudo para o presente estudo, é interessante perceber, na obra de Virgílio Afonso da Silva, o momento em que chama a atenção para o fato de alguns aspectos da jurisprudência brasileira sobre mandados de segurança e *habeas corpus* guardarem alguma semelhança com a doutrina norte-americana do *state action* (SILVA, 2005, p. 100).

Pela corrente construída a partir da teoria alemã de Jurgen Schwabe, mais uma vez recorrendo às pesquisas de Virgílio, o particular é livre de vinculação aos direitos fundamentais e seus atos são imputados diretamente ao Estado. Contudo, o ato privado não é equiparado a um ato estatal, mas a responsabilidade pelos efeitos do ato é entendida como se estatal ele fosse. Assim, se um particular, no exercício de um direito fundamental, viola o direito fundamental de outro indivíduo com uma ação não disciplinada pela legislação infraconstitucional, sua conduta deve ser encarada como permitida pelo Estado. Em consequência, a responsabilidade pela violação deve ser imputada ao Estado e não ao particular violador.

Contudo, como anotado nas posições de Canotinho que foram adiantadas neste trabalho, em que pese a presença de três grandes campos de posicionamentos em torno do tema da eficácia horizontal das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, a maior parte da doutrina já aceita a produção de efeitos dessas normas para além das relações jurídicas entre indivíduos e Estado. Destarte, o problema central das discussões se concentra em torno de “como” tais efeitos são produzidos nas relações entre particulares, superando, assim, a questão do “se” há a produção de efeitos nessas relações (SILVA, 2005).

Daniel Sarmiento também aponta que na doutrina e nos tribunais alemães predominam a discussão sobre a forma de produção dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, superando as teses negativistas dessa produção (SARMENTO, 2004, p. 238). As posições, como já dito, se dividem entre a defesa da eficácia direta ou imediata e entre os argumentos em torno da eficácia indireta ou mediata. Fixada essa premissa, faz-se necessário distinguir como essas duas teorias se desenvolvem.

3.2. EFICÁCIA INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Steinmetz pontua que as correntes de produção indireta dos efeitos normativos têm se sobressaído no caso alemão (STEINMETZ, 2004, p. 135). Grosso modo, enquanto o modelo de eficácia direta sustenta uma imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, o modelo de eficácia indireta preconiza apenas uma influência das normas de direitos fundamentais na interpretação das normas de

direito infraconstitucional. Tal influência acarretaria uma verdadeira reinterpretação das normas e direitos do campo normativo privado.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, também referenciando o âmbito de construção alemão da produção mediata ou indireta de efeitos dos direitos fundamentais, explica que essa eficácia foi denominada de irradiante (*Ausstrahlungswirkung*). O caráter irradiante parte de uma perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na qual não se admite uma contrariedade de seu conteúdo por parte das normas de direito privado (SARLET, 2011). Com isso, o direito privado passa a ser interpretado conforme novos parâmetros axiológicos, agora contidos nas normas constitucionais de garantias fundamentais. Assim sendo, os direitos fundamentais exercem sua influência – ou seja, produzem efeitos – no âmbito das relações entre particulares por intermédio dos dispositivos que regem cada área específica do direito e, de modo especial, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

Retornando às lições de Virgílio Afonso da Silva para elucidar o que dito, os diferentes posicionamentos em torno da forma de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares partem, antes, das noções de dois tipos distintos de produção de efeitos desses direitos para além da relação entre Estado e indivíduo: a produção de efeitos na atividade legislativa e a produção de efeitos nas relações jurídicas entre indivíduos propriamente ditas (SILVA, 2005, p. 68).

Como visto, o primeiro caso corresponde à tese dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nos outros ramos do direito, à exemplo do direito privado. A partir dessa noção, a constitucionalidade da atividade do legislador ordinário – incluindo-se aí sua atividade como criador de dispositivos de direito privado – depende diretamente da sua compatibilidade com os direitos fundamentais previsto na constituição. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais, ainda que no campo do direito privado, é, e somente pode ser, direta (SILVA, 2005, p. 68).

Em resumo, para compreender o cerne dessa posição de produção indireta dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, deve-se adotar como ponto de partida o reconhecimento de um direito geral de liberdade, que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas. Os participantes de uma relação civil têm de gozar de uma liberdade que os permita contornar disposições de direitos

fundamentais, que são incontornáveis para a ação estatal, sob pena de terem suas autonomias comprometidas. Haveria uma relativização dos direitos fundamentais, nas relações privadas, em favor da garantia constitucional da autonomia privada e da responsabilidade individual.

Para conciliar os direitos fundamentais de todos com a liberdade e a autonomia individuais dos particulares, sem que haja domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado – pela produção de efeitos na legislação, que constitui a base de defesa dos efeitos indiretos. Assim, nasce uma concepção de direitos fundamentais como “sistemas de valores” ou como “cláusulas gerais”, referências já feitas linhas acima, diferenciando-se do preconizado pela teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares (SARLET, 2011).

3.3. EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Como dito, os argumentos em defesa de uma eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares conquistaram maior aceitabilidade na Alemanha e na maior parte dos países ocidentais (SILVA, 2005, p. 75). No Brasil, por outro lado, há amplo destaque de autores que se debruçaram sobre esse tema, mas que, com algumas variações, seguem a linha da eficácia direta ou imediata, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet (2011), Daniel Sarmiento (2004), Carlos Roberto Siqueira Castro (2005) e Wilson Steinmetz (2005).

Por essa linha, da mesma forma em que aplica os direitos fundamentais nas relações entre Estado e cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que também os aplique nas relações entre particulares. Há uma defesa pelo efeito absoluto dos direitos fundamentais – que não se deve confundir com “direitos absolutos” – e por um maior esforço interpretativo para sua aplicação em relações jurídicas que não incluam o Estado como ator.

Não se visualiza qualquer necessidade de mediação legislativa nesses dois processos. Ainda que sem material normativo de direito privado, ou a despeito desse, os direitos fundamentais conferem direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si.

Não se necessita de nenhuma porta de entrada ou pontos de infiltração criados pela legislação para que se irradiem direitos constitucionais em outros ramos do direito, pois que o direito se constitui em uma unidade que somente é válida se com base na constituição e dentro dos limites por ela impostos. Completando essa linha de raciocínio, também o direito privado somente será válido quando não contrário à constituição.

O que a corrente prega, basicamente, é a ideia de que quando um determinado direito fundamental é aplicável a uma relação jurídica entre particulares, essa aplicação deverá ser direta, com a imediata produção de efeitos. No entanto, a verificação da aplicabilidade deve ser individualizada e guardar dependência com as características de cada norma de direito fundamental. Ou seja, não se exclui a possibilidade de alguns direitos fundamentais não serem aplicáveis a relações concretas entre particulares, tampouco a possibilidade de seus efeitos serem mitigados, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas do caso em análise.

Quer dizer, ao sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, aceita-se a possibilidade de colisões entre essas garantias na teoria e, sobretudo, na prática, com a solução passando pelo reconhecimento das possibilidades de limitações de alguns deles diante de casos concretos.

Há inúmeras críticas ao modelo de eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Destaca-se uma preocupação com a convivência entre os diferentes ramos do direito, especialmente quanto à sobrevivência de conceitos-chaves de cada um deles. No caso do direito privado, sustenta-se o zelo para com a autonomia privada, enquanto princípio basilar do direito civil, e com uma possível perda de clareza no arcabouço conceitual de todo o ramo privatista, ameaçando a segurança jurídica.

Na busca por enfrentar tais obstáculos, visualiza-se a tese construída por Daniel Sarmento. O autor, à luz da preocupação com a salvaguarda da autonomia privada como princípio constitucional que norteia o direito civil, buscou uma posição própria diante da temática. Ao lado de outros constitucionalistas, Sarmento partiu da realidade jurídico-constitucional brasileira para propor soluções aplicáveis ao nosso sistema jurídico.

Sarmiento alerta para o fato de que a incidência dos direitos fundamentais no campo privado – seja por meio de uma eficácia direta, seja através de uma eficácia indireta –

passa pela imposição de adaptações e cuidados, principalmente em virtude da realidade de ambos os polos da relação jurídica serem ocupados por particulares titulares de direitos fundamentais e em desfrute de sua autonomia privada constitucionalmente protegida (SARMENTO, 2004, p. 125).

Para ele, o campo das relações privadas também é permeado pelo poder e pela sujeição e a questão da produção de efeitos dos direitos fundamentais nesse âmbito envolve um problema de ponderação da autonomia privada, a qual deve ser realizada primariamente pelo legislador. No entanto, a despeito da atividade legislativa, a produção de efeitos desses direitos é direta e imediata, tanto sobre o legislador, como por sobre as relações jurídicas entre particulares, impondo-se com isso a possibilidade real de flexibilização ou sopesamento da própria autonomia privada, norte do direito privado. Contudo, para tanto, é necessária a adoção de critérios gerais, tendo em mente o fato de que o Direito possui a característica de fazer generalizações construídas a partir das regras ordinárias de experiência.

Apenas como resumo de sua obra, o autor, assumindo a difícil tarefa de encontrar os critérios gerais necessários, parte do princípio geral de proteção da dignidade da pessoa humana, posto como principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Avançando, estabelece que um dos fatores primordiais a ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. A desigualdade fática é, portanto, conceito chave na obra e tese do autor e quanto mais forte ela se apresentar no caso concreto, maior deverá ser a proteção do direito fundamental em disputa e menor a tutela da autonomia privada (SARMENTO, 2004, p. 303).

Seguindo, mais um critério apontado é o da identificação do objeto de exercício do poder de autonomia privada. Trata-se de dois outros conceitos chaves na obra do autor: o de questões existenciais e o de questões patrimoniais. Nesse ponto, adota distinções entre as relações jurídicas patrimoniais partindo do seu objeto, que poderá consistir em bens de caráter supérfluo ou de caráter essencial para a personalidade. Para os primeiros casos, como critério geral, deverá ser conferida inicialmente uma proteção mais forte à autonomia privada; para os segundos, há de se conferir inicialmente uma proteção menos forte (SARMENTO, 2004, p. 312).

Há ainda a necessidade de fixação de critérios adequados e específicos para duas situações distintas de lesão a um direito fundamental de um particular decorrente de uma

decisão heterônoma por parte de um outro agente privado, como nos casos de negócios jurídicos bilaterais cuja validade dependa do consentimento formal do afetado: a lesão ao direito fundamental poderá atingir um particular que não participa do ato gerador da lesão, ou poderá atingir um particular que empresta consentimento ao ato. Nos primeiros casos, estará em jogo a defesa da autonomia privada de apenas uma das partes da relação jurídica; nos segundos casos, tem-se em conta a autonomia da vontade das duas partes, sobretudo em relação paritária.

Daniel Sarmento, portanto, defende o modelo de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, admitindo a possibilidade teórica e prática de flexibilização ou mitigação da produção de efeitos dos direitos fundamentais e da autonomia privada, por meio da aplicação da técnica de ponderação. Como método para a aplicação direta, sugere a construção de critérios gerais de sopesamento que forneçam parâmetros e balizas a tal modelo, com o fim de se evitar um totalitarismo dos direitos fundamentais que esvazie o conteúdo da autonomia privada.

3.4. A POSIÇÃO ORIGINAL DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Virgílio Afonso da Silva enxerga na aplicabilidade direta um modelo sem flexibilidade, que prejudica a finalidade de enquadrar situações que muitas vezes são extremamente díspares e que demandam flexibilidade na aplicação. Sendo assim, propõe a defesa de um modelo de solução diferenciado, que consiga envolver as distintas configurações do problema, o que, segundo o autor, é recurso adotado em vários outros âmbitos da dogmática constitucional. Antes de apontar sua sugestão de solução, Virgílio anuncia que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduos não podem ser sempre diretos, como também não podem ser sempre indiretos – ao contrário do que ocorre nas relações entre Estado e indivíduo (SILVA, 2005, p. 175).

Segundo a posição de Virgílio, a resposta para o problema de como os direitos fundamentais irradiam efeitos para além do âmbito de relação Estado-cidadão pode ser encontrada no conceito dos direitos fundamentais como princípios. O autor define os princípios como normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Como os direitos fundamentais são

mandamentos de otimização, há a exigência de produção de seus efeitos também nas relações privadas (SILVA, 2005, p. 146).

A existência de um código civil, cujas normas são, em geral, estruturalmente regras, impede, de início, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assim, os efeitos dos direitos fundamentais chegariam a essas relações por via indireta, por meio das normas do próprio direito privado. O direito privado servirá, nesse momento, de transporte aos direitos fundamentais, exigindo-se uma interpretação dos seus dispositivos que tenha como base os princípios constitucionais. Com essa ideia, a autonomia privada tende a ser preservada.

Contudo, os efeitos dos direitos fundamentais são contínuos e não se esgotam com a eficácia indireta proporcionada pelo sopesamento prévio na atividade do legislador no âmbito do Direito Privado. Quando não houver mediação legislativa, ou quando for essa insuficiente, somente a aplicabilidade direta poderá fornecer uma solução adequada para os casos concretos. São nessas situações que os direitos fundamentais mais se chocam com a autonomia privada (SILVA, 2005, p. 149).

Nesse momento, há um primeiro conceito-chave na obra de Virgílio Afonso da Silva: os princípios formais como normas de validade, e não de conduta (SILVA, 2005, p. 148). A característica fundamental desses princípios é a de fornecer razões para a obediência a uma norma independente do seu conteúdo. O exemplo mais importante, para o autor, é o da competência decisória do legislador, que faz com que sua decisão deva ser respeitada na maior medida possível independentemente de ser considerada uma boa decisão, apenas por se basear no princípio formal da competência democrática e da separação das funções do Poder. A função do princípio formal da competência decisória do legislador, assim, é a de lhe garantir uma liberdade de ação que não o reduza a simples otimizador dos direitos fundamentais. Garante-se uma área de atuação autônoma ao legislador, a despeito de possíveis discordâncias com outros poderes, como o judiciário.

Virgílio sustenta que a autonomia privada desempenha papel semelhante no âmbito das relações privadas com direitos fundamentais em jogo: da mesma forma que a competência decisória fornece razões para que decisões do legislador sejam respeitadas ainda que restrinjam direitos fundamentais, a autonomia privada é um princípio formal que fornece

razões para que um ato de vontade entre particulares seja aceito e considerado válido, ainda que também restrinja direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 152).

Necessário, então, compreender como os princípios formais se relacionam com os princípios materiais – com os próprios direitos fundamentais, por exemplo. Há uma relação de tensão existente, pois enquanto os direitos fundamentais, como princípios materiais ou mandamentos de otimização, desempenham a função de limitar a autonomia privada, esta, enquanto princípio formal, busca exercer a função exatamente oposta: de se afirmar ainda que provoque restrição à produção de efeitos dos direitos fundamentais.

Para resolver tal tensão, Virgílio desenvolve mais dois conceitos-chaves em sua obra: as razões para competência e as razões para não competência. Enquanto os direitos fundamentais são razões para *não-competências*, os princípios formais são razões para *competência*. Como ferramenta de trabalho, o autor desenvolve tais conceitos recorrendo aos trabalhos de Robert Alexy: um sujeito de direito (A) tem uma competência em face de um outro sujeito de direito (B), quando, com base nessa competência, “A” pode alterar uma posição jurídica de “B”. Ou seja, “B” encontra-se em uma posição de sujeição face a “A” (SILVA, 2005, p. 150).

Os direitos fundamentais em sua forma negativa – liberdades públicas – podem ser entendidos como uma forma de bloquear competências legislativas, na medida em que restringem a competência geral do legislador, retirando-lhe competências específicas de criar ou modificar posições jurídicas dos indivíduos. É a compreensão de direitos fundamentais como razões de não competência, inserindo o Estado na posição de não autorizado a agir e o indivíduo numa posição de não sujeição. Ocorrerá o mesmo com a competência do particular amparada na autonomia privada: não se poderá celebrar atos de vontade que criem ou modifiquem posições jurídicas que eliminem ou reduzam direitos fundamentais a um mínimo que os desfigure. Nesse ponto da obra, é possível enxergar um ponto de contato entre a teoria de Virgílio e o conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais, presente também na obra de Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2011).

Chega-se, então, ao ponto nevrálgico de preocupação do autor: encontrar uma força contrária à tendência totalizante dos direitos fundamentais para que, com isso, a autonomia privada não seja completamente eliminada por eles nas relações particulares. O autor adverte que se não houver essa força contrária, os direitos fundamentais, em hipertrofia,

levarão ao definhamento da competência decisória do legislador e também da autonomia privada dos indivíduos.

Há um aspecto original na posição de Virgílio que o faz divergir de Daniel Sarmiento. O autor nega a possibilidade, e mesmo a necessidade, de um sopesamento entre a autonomia privada e o direito fundamental presente no caso concreto. Isso porque, recorde-se, o autor não vê a autonomia privada como um direito fundamental – como um princípio material –, mas sim como um princípio formal, como uma norma de validade, como uma razão para competência. Logo, o conflito da autonomia privada com um direito fundamental não obedece à mesma lógica dos conflitos envolvendo direitos fundamentais contrapostos, onde se invoca o sopesamento. O sopesamento implica reconhecer que quanto maior for o grau de não realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide. O que significa reconhecer, em outras palavras, que o que se perde de um lado, deverá ser compensado pelo que se ganha do outro. Ou seja, na colisão entre direitos fundamentais, tem-se que levar em consideração os dois lados (SILVA, 2005, p. 154).

Já nos critérios para uma relativização da autonomia privada no âmbito das relações particulares não há conexão direta entre o grau de restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização da autonomia privada. Ou seja, não há um sopesamento, mas apenas uma valoração do grau de autonomia privada a ser garantido na relação, obedecendo a critérios que o autor busca, por fim, encontrar e estabelecer.

Na valoração do grau de autonomia da vontade a ser resguardado, um dos parâmetros mais recorrentes para uma eventual desvalorização da autonomia privada é o da assimetria entre as partes envolvidas na relação jurídica. O autor mais uma vez lembra as lições de Daniel Sarmiento, para quem quanto maior for a desigualdade fática entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada (SARMENTO, 2004, p. 303). Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental em conflito.

Virgílio aceita a ideia geral, mas novamente diverge de Sarmiento ao entender que, embora a desigualdade de posições no interior da relação jurídica e verificável no caso concreto possa ser levada em consideração, ela não surge, automaticamente, de uma

desigualdade material. Também discorda defendendo que se a resolução de colisões entre princípios está sempre condicionada ao caso concreto, não é possível pressupor desigualdades materiais como fundamento incondicionado de assimetrias nas relações particulares para assim concluir, também incondicionalmente, que em toda relação onde houver desigualdade material a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado.

Para o autor, sempre que houver, de fato, fatores que impeçam a tomada de decisões de uma das partes no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena. Encontram-se novos conceitos fundamentais na obra em referência: a autonomia real e a autonomia aparente (SILVA, 2005, p. 158). Cuidadosamente desenvolvidos por Virgílio, esses conceitos guiarão um critério unilateral que dirá respeito somente à autonomia privada nas relações jurídicas contratuais entre particulares.

Por fim, quando nenhum dos fatores de relativização da autonomia privada estiver presente, deve-se partir de uma precedência *prima facie* – que, portanto, pode ser revertida – da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos. O fator mais importante para reversão dessa precedência é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação. Vale dizer, ainda que haja simetria de poderes na relação jurídica dos particulares e real exercício da autonomia privada, o peso do princípio formal – autonomia privada – tende a ser menor quanto maior for a intensidade de restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Contudo, o autor reafirma que ainda assim não haverá emprego de sopesamento, já que a autonomia privada, como princípio meramente formal, não dispõe de conteúdo para ser sopesado.

CONCLUSÕES

A assunção teórica quanto à aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conduz à ideia de tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, interpretando disposições da Constituição ou de leis infraconstitucionais no sentido de criar direitos e obrigações dos particulares não apenas em face do Estado, mas também nas relações intersubjetivas privadas.

No caso em análise, o STJ, como anotado, ressaltou que os funcionários da segurança privada não estão incluídos dentre os agentes legitimados a realizar a busca pessoal, considerando, desse modo, ilícita a prova obtida através dos funcionários da CPTM. Verifica-se com isso que o caso envolve a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

De início, diante do que demonstrado neste trabalho, cumpre perceber que as normas constitucionais são prescrições que obrigam não apenas o Estado, mas também toda a sociedade (DANTAS, 2015, p. 235). A proteção a favor dos direitos fundamentais não só limita o Estado, como também alcança os particulares em suas relações entre si.

Pelo conteúdo da decisão, o STJ estabeleceu um limite negativo à entidade de segurança privada. Constata-se que no caso apreciado pela 5ª Turma do STJ, o tribunal, ainda que não tenha tratado diretamente do tema, reconheceu tacitamente uma eficácia dos direitos fundamentais capaz de fundamentar a não intervenção privada da segurança da CPTM na esfera de outro particular.

A posição de Virgílio Afonso da Silva a respeito do tema ajuda a elucidar a questão diante do conteúdo decisório do caso analisado. Interpreta-se que o STJ, ao reconhecer na legislação ordinária do CPP, respaldada no texto constitucional, um limite negativo à entidade de segurança privada da empresa CPTM, reconheceu a eficácia indireta do direito fundamental de um particular a uma relação jurídica privada. Explica-se.

Recorde-se que no caso em análise houve lesão a direitos fundamentais de um particular por atos praticados por outro particular. O julgado da 5ª Turma do STJ refere-se a *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele mesmo Estado (TJ-SP), que havia condenado o paciente pela prática de tráfico de drogas. A Defensoria alega que a prova presente nos autos da Apelação Criminal n. 0002952-74.2015.8.26.0050 seria ilícita, uma vez que teria sido obtida através de revista pessoal realizada por agente de segurança privada da CPTM. A questão, portanto, gira em torno da alegação de prática de atos privados por um particular, não legitimado pela ordem jurídica, que violou direitos fundamentais de outro indivíduo.

Para Virgílio, os direitos fundamentais funcionam como princípios materiais que, como mandamentos de otimização, impõem sua realização na maior medida possível. Desse

modo, agiriam como razões de não competência para o exercício de direitos, liberdades ou competências que lhe reduzam ou eliminem totalmente o conteúdo. Dentre essas competências e liberdades, se destacariam o desempenho da atividade legislativa e o exercício da autonomia privada. Vistos dessa forma, haveria uma tendência totalizante e absoluta dos direitos fundamentais que poderia colapsar o sistema jurídico ao esvaziar por completo direitos e liberdades a eles contrapostos. Acontece que os princípios materiais convivem com outras espécies normativas dentro do ordenamento jurídico, como os princípios formais. Estes funcionam como normas de validade e como razões de competência que garantem, por exemplo, a liberdade de ação dos legisladores, no âmbito da competência democrática, e o exercício da autonomia privada dos indivíduos no âmbito das relações entre particulares, ainda que envolvam direitos fundamentais.

No caso em análise, a violação ao direito fundamental de um passageiro por parte da CPTM estaria legitimada, segundo esta, pelo exercício do direito de proteção e segurança, garantido a si, como particular, pelo instituto da legítima defesa do seu patrimônio. A legítima defesa, nesse caso, é invocada para a proteção individual amparada no poder e liberdade do sujeito particular assegurar, autogovernar e auto regulamentar seus interesses e sua esfera jurídica. A empresa particular afirma sua autonomia privada, enquanto princípio formal, como razão de competência para a prática de atos privados direcionados à proteção, autogoverno e autorregulamentação da sua esfera jurídica individual, que legitimamente flexibiliza direitos fundamentais de outros particulares que nela adentram ou que com ela se relacionam.

As empresas de segurança privada atuam no âmbito do direito privado e exercem direitos privados, como dito na decisão. Esses direitos incluem o uso da força em contextos constitucionalmente restritos, como da legítima defesa e do flagrante delito, encontrando, assim, limites expressamente previstos na legislação. Quer dizer, a autonomia privada da empresa de segurança particular da CPTM encontra limites no texto constitucional e na legislação ordinária, que buscam garantir direitos fundamentais ameaçados pelo exercício do direito privado de segurança. Em sentido idêntico, também o Estado encontra limites para o exercício da sua competência de segurança pública.

Assim, no caso concreto julgado pelo STJ, impuseram-se os limites constitucionais e legais a um exercício específico da autonomia privada por parte de uma empresa privada, que, por fim, salvaguardaram direito fundamental de outro particular, um

passageiro. Contudo, antes da aplicação direta desse direito fundamental como razão de não competência para o exercício concreto da autonomia privada, enxerga-se a mediação legislativa, através do Código de Processo Penal, que, consagrando o texto constitucional, estabeleceu limites para o exercício da segurança privada e da busca pessoal. Dessa forma, então, percebe-se que não houve a necessidade de se valorar o grau de importância da autonomia privada nesse caso concreto – de acordo com a tese defendida por Virgílio, que nega a adoção do sopesamento nesses casos.

Pela função mediadora da legislação ordinária, que absorveu a irradiação dos princípios constitucionais de garantias fundamentais, o direito fundamental do agente foi salvaguardado pelo reconhecimento da ilicitude na prática de atos privados por parte da segurança privada da CPTM. O STJ reconheceu os limites impostos pela legislação ao exercício do direito de segurança por parte da empresa privada. Somente dentro desses limites há legitimidade para o exercício da autonomia privada, enquanto razão de competência para restringir direitos fundamentais de outros particulares.

Houve a produção direta de efeitos dos direitos fundamentais sobre a atividade legislativa do parlamentar. Os mandamentos constitucionais, através da atividade do legislador ordinário, irradiaram por sobre o Código de Processo Penal, cuja aplicação no caso concreto era impositiva. Portanto, em virtude da lei, era vedada a prática do ato em questão por parte da CPTM.

Assim, pela existência de disposições legais que estabelecem os limites ao exercício privado da segurança, bem como proibições ao emprego da busca pessoal, o agente impetrante do *habeas corpus* julgado pelo STJ não tinha a obrigação de sujeitar-se aos atos praticados pela empresa de segurança da CPTM, a qual, por sua vez, não tinha razões de competência – ou margem de liberdade – para restringir direitos fundamentais de outros particulares.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** – 3ª ed. revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.698**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. **Costituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de constitucionalidade e cláusulas pétreas implícitas: a irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

DE SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Editora Forense, 2005.

LUNELLI, Rômulo Gabriel M.. A busca pessoal (revista) feita por agente de segurança privada. Análise dos aspectos jurídicos pertinentes. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3629, 8 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24655>. Acesso em: 18 set. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 12. ed. rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2001.

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 privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2018/03/SARLET-Direitos-fundamentais-e-direito-privado.pdf>.

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

SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 272-297. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/18337051.pdf>.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, Mai/2005: 173, p. 173-180. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35274/34067>.

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

Submetido em 16.10.2020

Aceito em 10.04.2021