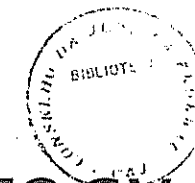
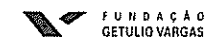


70021634



Revista DIREITO GV

V. 1 N. 1 MAIO 2005



DIREITO GV

ISSN 1808-2432

31 / 05 / 2005
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 2100 EXEMPLARES

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL

ÁLVARO PIRES (UNIVERSIDADE DE OTAWA - CANADÁ) ALBERTO AMARAL JR (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO) DAVID TRUBEK (WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA) DAMIEN CHALMERS (LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCES) DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA (UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLOMBIA) CHARLES SABEL (YALE LAW SCHOOL - EUA) GREGORY SCHAFFER (WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA) JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO (UNIVERSIDADE DE BARCELONA - ESPANHA) JOSÉ EDUARDO FARIA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO) JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES (UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL) JOSÉ MARIA AREILZA (INSTITUTO DE EMPRESA - ESPANHA) JUDITH MARTINS-COSTA (UFPA) KAZUO WATANABE (USP-CEBEP) KEITH S. ROSEN (MIAMI LAW SCHOOL - EUA) NORBERT REICH (UNIVERSIDADE DE BREMEN - ALEMANHA) MARCOS NOBRE (UNICAMP-CEBRAP) MARIA TERESA SADEK (USP-CEBEP) MIGUEL POIARES MADURO (FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA) MIGUEL REALE JR (USP) PÉRSIO ARIDA, RAFAELLE DI GIORGI (UNIVERSIDADE DE LECCE-ITALIA) ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO (IESA, CARACAS - VENEZUELA) RICARDO RIBEIRO TERRA (USP-CEBRAP)

EDITORES ASSOCIADOS: ARNO DAL RI (FONDAZIONE CASSAMARCA) ANTONIO MAUES (UFPA) CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT (UNESP) JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES (UFRRJ) SOLANGE TELES DA SILVA (UEA/UNISANTOS) VERA THORSTENSEN (ASSESSORA DA MISSÃO DO BRASIL EM GETEUBRA) WILSON MADEIRA (UFF)

COMISSÃO EXECUTIVA

CONRADO HUBNER MENDES; DIOGO ROSENTHAL COUTINHO; FLÁVIA PORTELLA PUSCHELL; LUCIANA GROSS CUNHA; JEAN PAUL ROCHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MARCELO NEVES; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS

ATUAM COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL, PROFESSORES, PESQUISADORES E ALUNOS DA REVISTA GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUAM COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA DIREITO GV OS SEQUENTES PROFESSORES

AIRTON SEELAENDER; ALEXANDRE DITZEL FARACO (CENTRO UNIVERSITÁRIO FRANCISCANO DO PARANÁ); ANTONIO RODRIGUEZ DE FREITAS JR. (USP); ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS (UNIVALI-SCI); ARTHUR BARRIONUEVO FILHO (UESP-EAESPI); BARBARA ROSENBERG (MINISTERIO DA JUSTICA); CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO; CARLOS EDUARDO BATALHA (CEBRAP/SÃO BERNARDO); CARLOS KLEIN ZAHN (UFRO); CELSO CAMPILONGO (USP); CLAUDIA ROESLER (UNIVALI-SCI); DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA (UNIVERSIDADE FEDERAL STA MARIA-RS); DENISE VITALE MENDES (CEBRAP); ESTÉVÃO MALLET (USP); GILBERTO BERCOVICI (USP); JAIR SADDI (IBEMEC); JOSÉ AUGUSTO FONTOURA (UNISANTOS E UNIVERSIDADE DO AMAZONAS); JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA (UFMG); KATHIA MARTIN-CHEJUT; LAURINDO DIAS MINHO (USP - SAÚDE PÚBLICA); LUCIANO CAMARGO PENTEADO; LUIS VIRGILIO AFOUSO DA SILVA (USP); OTAVIO YASBEK; RABIH ALI NASSER (OV LAW); RICARDO MARCELO FONSECA (UFPA); RICARDO SEITENFUS (UNIVERSIDADE STA MARIA-RS); ROGÉRIO ARANTES (FUCSFI); SAMUEL RODRIGUES BARBOSA (UFF); TERESA NEGREIROS; TIAGO CORTEZ (CEBRAP); VALDIR GASSEN (UNIVALI-SCI)

REDAÇÃO

ANA MARA MACHADO (ESTAGIÁRIA)
CLÁUDIA DE CARVALHO GUARNIERI (REVISÃO)

Fundado

O segundo comentário refere-se à visão dos autores segundo a qual a análise dos grupos de sociedades seria apenas uma linha de pesquisa subsequente à caracterização da anatomia do direito societário. Conforme já se notou (SKEEL JR., David. *Corporate anatomy lessons*. 113 *Yale Law Journal* 1519), e isto é de particular relevância para a realidade nacional, a dinâmica dos grupos de sociedades não é mais um simples aspecto do direito societário, mas um traço constitutivo e quase universal da própria organização das unidades econômicas. Não seria exagero julgar incorreta a afirmação dos autores no sentido de que, nas modernas economias de mercado, a regra é a organização dos grandes empreendimentos sob a forma de companhia. A regra, em verdade, é a organização das grandes unidades econômicas e dos grandes empreendimentos sob a forma de *grupos de companhias*, cuja morfologia não necessariamente espelha, com meras diferenças de proporção, a morfologia das companhias isoladas. Assim, não obstante tenha sido levado em consideração o *Konzernrecht alemão*, o prisma que domina os argumentos da obra é o da sociedade isolada, e não o da integrada em grupos de coordenação ou subordinação. Essa perspectiva atomista, do mesmo modo, diminui em alguma medida, segundo se defende nesta rese-

nha, o valor do livro para o enriquecimento do debate societário brasileiro.

Para concluir, é importante dizer que, sem prejuízo do teor defensivo dos comentários acima apresentados, e inclusive em razão deles, a leitura do livro é certamente recomendável, senão necessária. Com efeito, é um dado da economia brasileira atual a sua progressiva abertura para o recebimento de investimentos externos. É também incontornável a necessidade de convivência, tanto quanto possível harmônica e mutuamente proveitosa, entre as instituições nacionais e os investidores estrangeiros já presentes no País. Nesse contexto, cabe ao direito societário um importante e inegável papel de mediação e disciplina dos conflitos que dele surgem, bem como a função de criar modelos úteis de cooperação entre os agentes econômicos envolvidos. Sendo assim, é autorizado exigir dos que estudam e aplicam o direito societário brasileiro que conheçam e entendam as *formas de pensamento* e a *linguagem* que tendem a se tornar cada vez mais comuns aos operadores dos direitos societários dos países do capitalismo central, pois é destes que partem, em geral, os investimentos externos acima referidos. E, pelo menos para essa finalidade, *The anatomy of corporate law* é um tomo de lógica, gramática, e também retórica, que não será dado ignorar.

Luís Gustavo Haddad

ADVOGADO

MEMBRO DO NÚCLEO DE ESTUDOS EM DIREITO SOCIETÁRIO
E MERCADO DE CAPITAIS DA FGV-EDESP

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Virgílio Afonso da Silva

RESENHA

SARMENTO, DANIEL. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E
RELAÇÕES PRIVADAS*. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2004.

STEINMETZ, WILSON. *A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES
A DIREITOS FUNDAMENTAIS*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004.

1. (META-)INTRODUÇÃO

Antes de iniciar a análise das obras indicadas acima, parece-me ser necessário um esclarecimento inicial sobre a própria idéia de resenha, para que mal-entendidos sejam evitados. Isso porque, no Brasil, pelo menos na área jurídica, costuma-se entender por resenha a simples exposição do conteúdo de alguma obra, um mero resumo. Resenha, no entanto, é muito mais do que isso, já que pressupõe menos a exposição sistemática de um trabalho e mais uma abordagem crítica das teses centrais defendidas por seu autor ou por seus autores. Essa é

a tarefa que aceitei, a pedido do conselho editorial desta *Revista*. Passo, então, a desenvolvê-la.

2. PRELIMINARES

Ambos os trabalhos que são objetos desta resenha têm como origem teses de doutorado, ambas defendidas em 2003. Daniel Sarmento defendeu seu doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, em junho de 2003. Já Wilson Steinmetz, orientado pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève,

defendeu sua tese na Universidade Federal do Paraná (UFPR), alguns meses antes, em fevereiro do mesmo ano. Os trabalhos têm como objeto o mesmo problema: a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão que está por trás do problema é bastante simples: os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações entre particulares? Se sim, e mais importante, que efeitos podem ser esses e de que forma poderão ser realizados? Ainda que a idéia seja simples, a resolução do problema não o é. Esse é um debate que ocupou especialmente a jurisprudência e os juristas alemães por várias décadas após a promulgação da constituição de 1949. De uma certa forma, é também um debate que ocupa tribunais e juristas dos Estados Unidos, onde o debate é travado sob a epígrafe da "doutrina da ação estatal".

No Brasil, contudo, com exceção de alguns artigos esparsos,¹ o tema não havia ainda sido objeto de monografias mais extensas até a publicação, em 2004, das obras de Sarmento e Steinmetz. O pioneirismo de ambos é, portanto, inegável.

Pioneirismo não é, contudo, um valor em si mesmo e os trabalhos resenhados não merecem atenção simplesmente por isso. Pioneirismo sem qualidade nada significa. Os trabalhos de Sarmento e Steinmetz devem ser encardados como referência pelo pioneirismo

aliado à qualidade acadêmica. E, ainda que involuntariamente, ambos os trabalhos têm outro mérito: o de derrubar o mito, muito difundido no Brasil, de que somente o acesso ao debate travado na Alemanha proporciona as condições para se elaborar um trabalho de dogmática constitucional de qualidade. E o enfrentamento desse mito, no caso em questão, tem um significado ainda maior, já que o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é um tema *genuinamente germânico* e grande parte da produção acadêmica sobre ele é feita em língua alemã. Mas tanto Sarmento quanto Steinmetz, a despeito de não terem tido acesso a boa parte desse material, já que pouco foi traduzido nessa área, puderam mostrar que a qualidade de um trabalho é decorrência da acuidade da argumentação e não do argumento de autoridade.²

3. O PROBLEMA

Poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical). A grande maioria deles aceita a existência de uma produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais, ou seja, naquelas das quais o Estado não participa. O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do "se" os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do "como" esses efeitos são produzidos. Na literatura e na jurisprudência alemãs, o debate é dividido em dois grandes blocos de teses

(cf. SARMENTO, p. 238-258; STEINMETZ, p. 135-175): de um lado ficam aqueles que entendem que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta às relações entre particulares, da mesma forma como são aplicados na relação entre o Estado e os indivíduos; do outro lado ficam aqueles que defendem que os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações entre particulares, mas que esses efeitos são apenas indiretos, produzidos sobretudo por meio de uma espécie de reinterpretção do direito infraconstitucional.³ Essa dicotomia entre efeitos diretos e efeitos indiretos foi "resolvida", no caso alemão, de forma francamente favorável à segunda posição. O caso brasileiro é, por diversas razões, diferente do alemão e uma simples transposição do debate seria um equívoco. Ao abordar a nossa realidade, embora Sarmento e Steinmetz partam, ao menos no plano teórico, da mesma dicotomia que pautou o debate alemão, ambos propõem-se a encontrar soluções que sejam aplicáveis ao caso brasileiro, em face das peculiaridades de nosso texto constitucional e de nossa realidade. Em vista da limitação de espaço, pretendo me ater ao que me parece ser o essencial na questão, que é a forma de se compatibilizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com a autonomia privada que está na base dessas relações. Qualquer trabalho que pretenda enfrentar esse problema deve se demonstrar apto a resolver essa situação de tensão. E, nesse ponto central, os trabalhos de Sarmento e Steinmetz diver-

gem, já que o primeiro confere um peso decisivo à questão da assimetria nas relações entre particulares, enquanto que o segundo, embora também leve essa assimetria em consideração, salienta a importância da aplicação do chamado princípio da proporcionalidade.⁴

4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Nos próximos dois tópicos, pretendo fazer uma análise rápida do que considero ser alguns pontos centrais nos trabalhos de Sarmento e Steinmetz, que são as propostas de elaboração de parâmetros para a solução da tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada. Considero esses pontos como centrais por duas razões: (1) por ser, obviamente, o ponto nevrálgico de todo o debate sobre os direitos fundamentais nas relações entre particulares, já que os direitos fundamentais, nessas relações, tendem a sufocar a autonomia privada se não houver uma forma de compreender ambos em harmonia; e (2) porque Sarmento e Steinmetz, independentemente das críticas que serão feitas a seguir, não encaram a tarefa da colisão de direitos fundamentais com a superficialidade que tem cada vez mais aumentado na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Ou seja, os autores não se contentam com a fácil posição de que tudo se resolve no caso concreto por meio de sopesamento e propõem-se a fornecer critérios para esse sopesamento, tentando aumentar a possibilidade de controle desse procedimento, evitando, assim, o excesso de subjetividade e a

quase total liberdade dos juizes na solução dos casos concretos. Fazer dogmática dos direitos fundamentais é, sobretudo, justamente elaborar critérios que possibilitem o controle intersubjetivo, aumentando a racionalidade do processo de interpretação e aplicação das disposições de direitos fundamentais.

4.1 DANIEL SARMENTO

Daniel Sarmento apóia boa parte da sua proposta de solução para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais em dois conceitos-chave. O primeiro deles é a dicotomia simetria/assimetria entre as partes; o segundo é aquilo que Sarmento chama de questões existenciais, que ele contrapõe às questões de cunho patrimonial.

O primeiro dos critérios, aquele baseado na dicotomia simetria/assimetria das partes envolvidas na relação entre particulares, é reputado por Sarmento como primordial (p. 303). Por assimetria, Sarmento entende desigualdade fática entre os envolvidos. Segundo ele: "*quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. 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 com ela em conflito*" (p. 303). No entanto, a associação de três fatores, que exponho a seguir, faz com que, na minha opinião, o recurso ao conceito de desigualdade fática seja algo problemático:

(1) Sarmento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material;

(2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que *sempre* que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca;

(3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado.

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

Com isso, quero salientar que o recurso a desigualdades (fática e material), ainda que possa ser usado como elemento da argumentação jurídica nesse âmbito, deve ser encarado com extrema reserva. Parece-me que o decisivo é a *sinceridade* no exercício da autonomia privada, que não necessariamente

terá alguma relação com desigualdades externas a ela.

Quanto ao segundo critério, que leva em consideração o tipo de questão envolvida – existencial ou econômico-patrimonial –, Sarmento sustenta que, nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior do que nos casos concernentes a questões econômico-patrimoniais. Além disso, nesses últimos casos, a proteção da autonomia privada em face de um eventual direito fundamental restringido deverá variar em função da essencialidade do bem envolvido (p. 309). A importância desse critério consiste justamente na tentativa de evitar, para usar a expressão de García Torres e Jiménez-Blanco, um "*totalitarismo dos direitos fundamentais*" ou, na expressão do próprio Sarmento, a "*homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como 'politicamente corretas', às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais*" (p. 310).

4.2 WILSON STEINMETZ

Para Steinmetz, a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada somente pode ser levada a cabo por meio do chamado princípio da proporcionalidade. Isso porque o autor parte do pressuposto – correto, na minha opinião – de que tanto os direitos fundamentais – pelo menos em sua grande maioria – quanto a autonomia privada têm estrutura de princípios, nos termos definidos por Alexy. Ou seja, ambos são mandamentos de otimização.⁵ A com-

patibilização entre ambos, portanto, deveria seguir a mesma linha mestra que dirige a compatibilização de direitos fundamentais em caso de colisões entre eles.

A contribuição de Steinmetz, neste ponto, consiste no desenvolvimento de critérios que possam nortear a aplicação da proporcionalidade aos casos de atos de autonomia privada que restrinjam direitos fundamentais (p. 216-225). Steinmetz usa como exemplo a seguinte situação: em uma relação contratual entre dois particulares, estabeleceu-se, de comum acordo, a restrição a um direito fundamental de um dos contratantes – logo uma restrição a direito fundamental decorrente do exercício da autonomia privada; após a finalização do contrato, e já em curso seus efeitos, o particular que teve seu direito fundamental restringido ingressa com ação judicial para anular o contrato firmado; o outro particular, em sua defesa, invoca o princípio da autonomia privada (p. 216-217). Segundo Steinmetz, a solução para o caso somente pode ser encontrada na aplicação do chamado princípio da proporcionalidade. Seria necessário, diante disso, que se examinasse se a restrição contratual ao direito fundamental é *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*. Para Steinmetz, se houver a necessidade de fazer um sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) entre a autonomia privada e um direito fundamental, é necessário que alguns critérios sejam sedimentados para orientar o

operador do direito. O autor parte de um conceito usado por Alexy – as precedências *prima facie* – para desenvolver um modelo próprio (p. 214 e ss). Segundo ele, as “precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [], contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [] no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio” (p. 215). Transportando esse raciocínio para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, Steinmetz desenvolve quatro diferentes precedências *prima facie* (p. 224):

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

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

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

4. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma

precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.⁶

Dois são os problemas principais do modelo desenvolvido por Steinmetz. O primeiro deles diz respeito ao recurso ao chamado princípio da proporcionalidade; o segundo refere-se, da mesma forma como já apontado no caso de Daniel Sarmiento, à importância que se dá à idéia de igualdade ou desigualdade fática entre as partes contratantes. Nesse último ponto, se corretas forem as observações feitas quando da análise do trabalho de Sarmiento, mais correto seria substituir, também no modelo de Steinmetz, igualdade e desigualdade fáticas por sinceridade e insinceridade no exercício da autonomia privada. Entendo, portanto, que o que foi dito no tópico anterior é aqui também aplicável.

Mais problemático, contudo, é o recurso ao chamado princípio da proporcionalidade para solucionar problemas nas relações das quais o Estado não participa. Em razão da limitação de espaço, restrinjo-me a apenas um desses problemas, relacionado ao teste da *necessidade*. Quando se aplica a proporcionalidade para os casos de atos *estatais* que restrinjam direitos fundamentais, perguntar se uma medida é necessária implica indagar sobre a existência de outras medidas que sejam eficazes para fomentar o mesmo objetivo, mas que restrinjam menos o direito atingido. Se houver alguma medida alternativa nesses termos, a medida estatal adotada não

era necessária e, por isso, foi desproporcional. A mim me parece, contudo, que esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares e a razão é trivial: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. E, diante disso, as precedências *prima facie* estabelecidas pelo próprio Steinmetz perdem um pouco de seu sentido, já que mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo.

NOTAS

1 Cf. por exemplo: Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.)

Constituição concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

2 Para evitar incompreensões: não pretendo aqui,

5. CONCLUSÃO

Claro que, neste curto espaço disponível, pude apenas abordar pouquíssimos pontos dos trabalhos de Sarmiento e Steinmetz. A escolha foi, propositalmente, pelos pontos que entendo ser mais problemáticos.⁷ Como já salientei na introdução, não é a intenção de uma resenha resumir toda a obra resenhada, mas desenvolver uma breve análise crítica sobre questões fundamentais dos trabalhos analisados. Foi o que se tentou fazer. Não há dúvida de que a análise crítica aqui exposta não é a única possível. Ela é, por razões óbvias, uma análise crítica que parte dos pressupostos teóricos de seu autor. Partindo-se de outros pressupostos – como aqueles dos quais os respectivos autores partiram –, as conclusões seriam necessariamente outras. A divergência de conclusões não é, portanto, reflexo do certo ou do errado, mas de enfoques e pressupostos diferentes para o mesmo problema. E é somente a existência de divergências, como tenho sempre insistido, que pode fazer com que o debate acadêmico no Brasil fique cada vez mais interessante. No plano da dogmática dos direitos fundamentais e de seus efeitos nas relações entre particulares, o pontapé inicial já foi dado pelos ótimos trabalhos de Sarmiento e Steinmetz.

obviamente fazer uma defesa de uma desimportância do debate germânico. Isso seria incongruente com a minha própria produção acadêmica. Para mim, quanto maior for a possibilidade de leitura em outros idiomas (leia-se: de outros debates), maior será a possibilidade de arejar e aperfeiçoar o debate brasileiro. O que eu quis ressaltar foi apenas que nada substitui o rigor na pesquisa e a acuidade na argumentação.

3. Exceções a essa dicotomia entre efeitos diretos e efeitos indiretos são principalmente as obras de Schwabe e Alexy. Cf. SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. 2. Aufl., Hamburg, 1997; *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*. München: Goldbach, 1971; e ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 484 e ss.

4. É claro que essa é uma simplificação da análise de ambas as soluções. Por razões de espaço, contudo, não haveria como entrar em maiores detalhes e abordar outros aspectos das monografias resenhadas.

5. Sobre o conceito de mandamentos de otimização, cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

6. Para evitar incompreensões, é preciso distinguir o binômio "conteúdo pessoal/conteúdo patrimoni-

al", usado por Steinmetz, e a dicotomia entre "questões existenciais e questões patrimoniais", usada por Sarmento. No caso de Steinmetz, pessoal e patrimonial são atributos do direito fundamental em jogo, razão pela qual ela confere maior valor à autonomia privada quando se trata de direitos de conteúdo patrimonial. No caso de Sarmento, existencial e patrimonial não são atributos dos direitos em jogo, mas do tipo de relação. É por isso que é justamente nas relações de cunho existencial que a autonomia privada deve ser mais respeitada. Um exemplo dado pelo próprio Sarmento (p. 309-310) pode esclarecer melhor esse ponto: em uma relação de cunho patrimonial, como um contrato de aluguel, seria impensável que se aceitasse uma cláusula que estipulasse a rescisão do contrato de aluguel se o locatário recebesse pessoas negras (ou judias, ou muçulmanas etc.) em seu imóvel. Por outro lado, não seria possível, com base no direito fundamental de igualdade, obrigar alguém a convidar pessoas negras (ou judias ou muçulmanas) a sua festa de aniversário, já que essa seria uma decisão de cunho existencial.

7. Outros pontos são abordados em obra mais ampla, dedicada ao tema, a ser publicada em breve. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. No prelo.

Virgílio Afonso da Silva

PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

CREATIVE COMMONS, MÍDIA E AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ronaldo Lemos

Coordeno no Brasil o projeto Creative Commons. O nome é complicado. "Commons", em inglês, significa pedaço de terra dedicada ao uso comum. Por exemplo, em Boston existe o "Boston Common", a praça central da cidade. No Brasil, não há tradução perfeita para o termo, com exceção do Nordeste. Lá se fala na "solta", lugar onde o gado é criado livremente, por qualquer um. Esse tipo de engenho lingüístico torna possível um processo de tropicalização do nome projeto. Do mesmo modo que o rap "Whoomp! There it is" no Brasil virou "utererê", talvez o Creative Commons ganhe um apelido brasileiro. O Ministro Gilberto Gil já se refere a ele como "licença criativa", um primeiro sinal de transformação.

Essa característica de transformar criativamente elementos culturais, nossos e de outras culturas, é um dos fatores que

definem nossa identidade. É assim que maracatu vira mangue-bit e o brega se transforma em tecnobrega. É esse tipo de liberdade criativa, de acesso, diálogo e transformação da cultura que o Creative Commons quer ampliar.

A grande promessa da Internet era exatamente esta: romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tornasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração da mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição. Substituir o broadcast puro pela comunicação de um para todos. Interatividade, descentralização e