

A PROIBIÇÃO DE ENTRADA DE PESSOAS EM *SHOPPING CENTERS* EM RAZÃO DE RAÇA, PREFERÊNCIA SEXUAL E VESTIMENTA

Leonardo Agostini¹

Introdução

Nos últimos tempos, pululam notícias nos jornais acerca de problemas ocorridos em grandes centros comerciais que representam um verdadeiro ícone da pós-modernidade, os denominados shopping centers. Os problemas estão relacionados a reclamação de consumidores acerca de supostas atitudes discriminatórias praticadas por funcionários destes centros comerciais. Segundo os relatos dos ofendidos, os prepostos dos shoppings teriam proibido a entrada dos clientes naqueles espaços comerciais por puro preconceito quanto a cor de sua pele² ou, em outros casos, pela sua orientação sexual³. A

¹ Mestre em Direito Civil-Constitucional pela UNIBRASIL. Professor de Direito Civil na UNIBRASIL (www.unibrasil.com.br). Professor de Direito Civil no Curso Jurídico (www.cursojuridico.com). Professor de Direito Civil na Escola de Ensino Jurídico Federal do Brasil (www.ejufe.com.br). Autor do Livro "Intimidade e Vida Privada como Expressões da Liberdade Humana". Advogado militante na Cidade de Curitiba. contato: leonardo@cgaadvogados.com.br.

² Evento desse tipo ocorreu na Cidade de Curitiba, Paraná, no dia 12.10.2004, envolvendo os jovens Cléverson Ramos Góis e Renato de Almeida Freitas Júnior, os quais acusam os seguranças do Shopping Curitiba de proibirem sua entrada naquele local em virtude de sua cor (negra). Notícia do evento no endereço eletrônico <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2004/11/295206.shtml>
Outro evento paradigmático e que teve maior repercussão foi aquele relacionado ao jovem Luciano Ferreira da Silva, filho adotivo do cantor Caetano Veloso, no ano de 2004, o qual acusa o policial militar Leonardo Medeiros de o expulsar, juntamente com seu amigo, do Shopping Fashion Mall, na zona sul da Cidade do Rio de Janeiro, sobre a alegação de que o jovem não poderia freqüentar aquele local, chegando a afirmar que o mesmo seria traficante. Notícia relacionada ao evento no seguinte endereço eletrônico:
<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/cidade/2004/02/18/jorcid20040218006.html>

³ Existem queixas de consumidores nas Cidades de Recife (30.11.2000), na Cidade de São Paulo (04.08.2003) e de Goiás (10.08.2006).
Este tipo de reclamação não é privilégio de cidadãos brasileiros. Recentemente, Simon Adriane e Sean Brochin, dois transexuais masculinos denunciaram que foram vítimas de discriminação em um shopping em Seattle, EUA, o que gerou protestos por parte de grupos homossexuais na oportunidade.

Somente para situar de melhor maneira o leitor, apresente notícia publicada no Jornal do Commercio, da Cidade de Recife, Pernambuco em 30.11.2000, que tem relação com um dos fatos noticiados:

“Travestis denunciam discriminação

defesa dos proprietários daqueles estabelecimentos se baseia na alegação de que a restrição a entrada daquelas pessoas não se deu por elas pertencerem a um determinado grupo de pessoas (negros, homossexuais, etc.), mas sim, a grupos de pessoas que estejam inadequadamente trajadas, andem em grandes grupos ou que possam trazer perigo aos demais frequentadores dos shoppings.

Tendo em vista que os fatos não se dão de forma isolada, aliado ao fato de que se trata de tema de relevância para a sociedade brasileira, entendemos adequado explorar o assunto com maior profundidade e, se possível, apontar eventuais soluções para a resolução deste tipo de problema.

Outrossim, para que se possa analisar com seriedade o assunto, mister se faz, primeiramente, analisar o regime jurídico dos direitos fundamentais, para, logo após, identificar quais seriam os eventuais direitos fundamentais envolvidos, sendo que, uma vez identificados, investigar se os mesmos estão ou não em rota de colisão e, caso estejam, qual seria a solução adequada para a colisão encontrada. Da

Eles teriam sido barrados por seguranças na entrada do centro de compras, na noite de anteontem, por estarem vestindo roupas femininas

Os travestis Marcos Antônio Bruno e Rômulo Antônio dos Santos prestaram uma queixa policial contra o Shopping Boa Vista, no Recife, por discriminação. Os dois teriam sido barrados, na noite de anteontem, na entrada do centro de compras por estarem trajando roupas femininas. Em depoimento prestado ao delegado de Santo Amaro, Ocidir Pontes Vale, eles contaram que, ao tentar entrar no prédio, por volta das 19h30, um segurança os impediu. Segundo a ocorrência, o funcionário teria dito que, por ordem da gerência, os rapazes só poderiam percorrer as instalações do shopping depois de trocarem as vestimentas por roupas masculinas.

Procurado pela reportagem, ontem à noite, um dos proprietários do Shopping Boa Vista Celso Muniz Filho, mostrou-se surpreso com as acusações dos travestis e negou que o fato tivesse ocorrido. "Não existe qualquer restrição ao nosso público. O shopping é uma área de lazer que está aberto a qualquer pessoa, independente de raça, religião ou preferências sexuais", defendeu-se o empreendedor.

Celso Muniz disse também que em dois anos de funcionamento do Shopping Boa Vista nunca enfrentou qualquer situação semelhante. Mesmo assim, ele informou que vai apurar o caso para buscar a verdade.

O diretor presidente da Organização de Promoção e Defesa dos Direitos Homossexuais de Pernambuco, Alessandro Monte, disse que o vigilante infringiu a Lei municipal 16.325/97, que trata sobre o problema de discriminação no município do Recife. De acordo com a legislação, caso seja comprovada a culpa do shopping no episódio, o centro de compras pode ser multado em 1000 Ufirs e até ser punido com a perda da licença de funcionamento.

Segundo Alessandro Monte, os travestis Marcos Antônio Bruno e Rômulo Antônio dos Santos estudam a possibilidade de mover uma ação de danos morais contra o shopping."

mesma forma, ao final, pretenderemos expor brevemente o regime jurídico de restrições aos direitos fundamentais, apresentando a opinião de consagrados autores sobre o tema.

Frise-se, por oportuno, que não se pretende esgotar totalmente o tema, tampouco apresentar uma fórmula geral para resolução de conflitos tais como o ora estudado, uma vez que tal desiderato, além de se apresentar inadequado (uma vez que qualquer solução para a colisão de direitos fundamentais depende do caso concreto), mostrar-se-ia aparentemente como uma atitude quem sabe prepotente do autor do trabalho, uma vez que Hans KELSEN, há muito, em sua **Teoria Pura** advertia que na interpretação do direito não existe uma única resposta correta.

Feitas estas considerações é chegada a hora de se dar início ao estudo, abordando, prefacialmente, o regime jurídico dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Brevíssima digressão sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Longe de tentar discorrer sobre toda a evolução histórica dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, até porque esse não é o desiderato desse trabalho, o certo é que por rigor metodológico, faz-se necessário noticiar, mesmo que brevemente, a evolução desta importante categoria jurídica em solo brasileiro⁴.

A preocupação da sociedade brasileira - e, via de conseqüência, do legislador pátrio - com o assunto "direitos e garantias fundamentais"⁵ é antiga. Como se sabe, a Constituição Republicana de 1891 já trazia em seu bojo uma "declaração de direitos"⁶. Várias

⁴ Para uma melhor visualização desta evolução histórica ver as seguintes obras: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵ Aqui se aproveitando da terminologia utilizada pelo próprio legislador constitucional.

Constituições se sucederam, apresentando o mesmo conteúdo, mas o certo é que, tal categoria jurídica logrou alcançar o espaço de destaque merecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A importância dada ao tema foi tão singular ao ponto de Gilmar Ferreira MENDES ressaltar que a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional foi proposital e demonstrou a clara intenção do constituinte em emprestar-lhes significado especial. Segundo este autor, a amplitude conferida ao texto (setenta e sete incisos e dois parágrafos) reforçou a impressão da posição de relevo que o constituinte pretendeu instituir a tais direitos.⁷

O avanço obtido na defesa dos direitos fundamentais com o advento da Constituição de 1988 foi inegável⁸, passível inclusive de se afirmar que representou verdadeiro divisor de águas na proteção e defesa desses direitos na ordem jurídica brasileira.

Devido a este fato (importância dada a tais direitos pelo constituinte) a curiosidade é repentina: o que seriam direitos fundamentais?

Segundo Martin BOROWSKI seria possível diferenciar três concepções para a conceituação dos direitos fundamentais: o conceito formal de direito fundamental; o conceito material de direito

⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *In Revista eletrônica do Conselho da Justiça Federal*. Edição n. 03. Acessível em www.cjf.gov.br. Capturado em 18.05.2007 às 17:23 hs.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de Direito Constitucional. 3 ed., rev. e amp. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

⁸ Interessante ainda lembrar que fato histórico marcante e que influenciou positivamente a preocupação do legislador constituinte de 1988 em garantir com amplitude a proteção dos direitos fundamentais foi a lembrança do período ditatorial que antecedeu os trabalhos do constituinte. Assim destaca Ingo Wolfgang SARLET:

“Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ela ter sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor relevância – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração de seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo aniquilação das liberdades fundamentais.” (idem, ibidem, página 76)

fundamental e, por fim, o conceito procedimental de direito fundamental⁹.

Para o conceito formal de direito fundamental, como a própria denominação sugere, existiria um critério formal para delimitar a categoria dos direitos fundamentais. Este critério poderia ser o pertencimento de um direito a um determinado catálogo de direitos incluídos na Constituição. É de bom alvitre mencionar que o próprio BOROWSKI informa que essa concepção não seria das melhores, pois se apresentaria claramente insuficiente para conceituar direitos fundamentais, uma vez que existiriam uma série de direitos fundamentais não presentes no corpo da Constituição que por tal concepção não seriam reconhecidos como válidos.

Quanto ao conceito material de direito fundamental BOROWSKI entende que o objetivo central desta concepção se encontra no fato de que os direitos fundamentais seriam um intento de transformar os direitos humanos em direito positivo. Para BOROWSKI o conceito material de direito fundamental pode pressupor dois diversos tipos de relações entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. O primeiro tipo de relação é de natureza definitiva. Segundo esta vertente, os direitos fundamentais nada mais seriam do que direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Por isso, só se pode considerar como verdadeiro conteúdo dos direitos fundamentais aquele substrato normativo que, antes do processo de transformação, já formava parte do conteúdo dos direitos humanos e que ainda o faz. O segundo tipo de relação é de natureza intencional. De acordo com este enfoque, os direitos fundamentais são aqueles que se tenha admitido na Constituição com a intenção de outorgar-lhes caráter positivo como direitos humanos. Nesta variante do conceito material de direito fundamental, os possíveis equívocos que existiriam acerca do conteúdo dos direitos humanos não apresentariam maiores

⁹ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. pp. 33-37.

repercussões sobre o caráter de direito fundamental dos direitos transformados.

Por fim, o mesmo autor apresenta seu entendimento sobre o conceito procedimental dos direitos fundamentais. Segundo este enfoque, o decisivo para conceituar direitos fundamentais seria o fato de que a opção de garanti-los, ou não garanti-los, possa ser confiada às maiorias parlamentares ordinárias. O critério que subjaz a esta definição é de natureza procedimental, porque se refere a quem poderia em tese decidir acerca do conteúdo dos direitos: o constituinte ou o legislador parlamentar ordinário.

No Brasil, apesar da dificuldade inicial em se tentar “universalizar” um conceito geral e unívoco para direitos fundamentais, encontra-se conceito elucidativo e que vai de encontro ao pensamento corrente, conceito este formulado por Ingo Wolfgang SARLET, para quem:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁰

Como se vê, os direitos fundamentais representam posições jurídicas de ímpar relevância para a proteção dos cidadãos contra abusos do Estado, ou mesmo de particulares, os chamados “trunfos contra a maioria” de Jorge Reis NOVAIS, que visam assegurar o pleno desenvolvimento do cidadão em sociedade.

Outrossim, feito este breve histórico dos direitos fundamentais e apresentado seu conteúdo, mister se faz então identificar os direitos fundamentais relacionados ao problema em análise.

¹⁰ *In A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 89.

3. A identificação dos direitos fundamentais envolvidos: igualdade (freqüentadores); propriedade privada (proprietários dos estabelecimentos dessa natureza); segurança (tanto dos consumidores freqüentadores destes espaços comerciais, quanto dos proprietários dos estabelecimentos dessa natureza, quanto dos lojistas que desenvolvem suas atividades nesses empreendimentos comerciais);

Para que se possa chegar ao intento perseguido neste estudo (a resolução empírica do eventual conflito entre os direitos fundamentais dos freqüentadores de shopping centers e dos proprietários desses estabelecimentos, além de opinião sobre a eventual atividade legislativa visando regulamentar esta hipotética situação), faz-se necessária a delimitação dos eventuais direitos fundamentais envolvidos.

Apresentemos, primeiramente, os direitos fundamentais relacionados aos freqüentadores de shopping centers.

3.1. O direito a igualdade assegurado a todos os cidadãos brasileiros. A vedação de atitudes discriminatórias.

Como se sabe a igualdade é uma conquista histórica dos povos e visava, primordialmente, afastar os privilégios entre homens por quaisquer motivos (crença; nascimento; poder econômico; etc.).

Segundo Norberto BOBBIO:

Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por "igualdade" se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. (...) São todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos (...).¹¹

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 70.

O direito brasileiro, desde sua Constituição Imperial albergava o direito à igualdade, ainda que meramente em seu caráter formal, ao dispor em artigo 72 que “todos são iguais perante a Lei”. Em igual sentido tanto a Constituição Federal de 1934 e as demais Constituintes traziam em suas redações a garantia de tal direito.

Com o decorrer da história, o mero ideal formal de igualdade foi se mostrando impotente motivo pelo qual se relê o instituto, imprimindo-lhe, agora, um verdadeiro caráter substancial e não somente formal, pelo qual se procura dar tratamento igual aos iguais, e desigual os desiguais na exata medida de suas desigualdades, fórmula essa já prevista no princípio Aristotélico de distribuição de Justiça. O que se busca nesse sentido de tratamento isonômico é a denominada igualdade real ou substancial onde se procura proporcionar as mesmas oportunidades às partes¹².

Como ressalta Paulo Napoleão Nogueira da SILVA, pode-se verificar, sem grande esforço, que não será possível construir uma sociedade livre, justa e solidária, se a prática dos atos necessários a se alcançar tal escopo, não estiver inspirada pelo pressuposto da igualdade. Se se pretende promover o bem de todos, é porque todos são iguais, seja qual for a origem, a raça, o sexo, a cor, ou a idade. No art. 5º está evidenciada a superioridade do princípio da isonomia. Já no caput do artigo vem a primeira afirmação: Todos são iguais perante a lei. A primeira forma de implementar a igualdade é a garantia dada, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos enumerados nos incisos que se seguem. Com isso, fica nítido que todos os direitos e garantias enumerados, nos incisos do art. 5º, tem como função implementar o princípio da isonomia, sem o qual ruirá todo o sistema constitucional¹³.

¹² BASTOS, op. cit., p. 74.

¹³ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, **Princípio Democrático...**, p. 140.

Disso decorre o pensamento de Humberto ÁVILA para quem a igualdade pode funcionar como regra, “prevendo a proibição de tratamento discriminatório”; como princípio, “instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido”; e como postulado, “estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”¹⁴.

Convém destacar que como destaca a doutrina a observância da isonomia é princípio nuclear de todo o sistema constitucional ligando-se intimamente ao regime democrático. pois “não se pode pretender, ter uma compreensão precisa da democracia, se não tivermos um entendimento real de seu alcance. Sem igualdade não há república, não há Federação, não há democracia, não há justiça”¹⁵.

Outrossim, tendo em vista que o legislador constitucional, na esteira das constituições mais avançadas, expressamente vedou o tratamento discriminatório, assegurando o direito a igualdade a todos os cidadãos brasileiros, decorre a idéia básica de que tal direito deve ser plenamente respeitado por todos os entes, em todas as esferas de atuação.

Apresentado o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, passa-se então a apresentação do outro direito fundamental relacionado ao caso em análise, o direito de propriedade.

3.2. O direito de propriedade dos proprietários de shopping centers e dos lojistas que se utilizam desses espaços comerciais.

O outro direito fundamental que pode ser identificado perfeitamente no caso em tela é o direito de propriedade dos proprietários de shopping centers e dos lojistas que se utilizam dos

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 101.

¹⁵ DERZI, Mizabel Abreu Machado; COELHO, S. C. N. **Direito Tributário Aplicado: Estudos e Pareceres**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 89.

espaços locados naqueles centros comerciais para consecução de suas atividades empresariais.

Destaque-se, inicialmente, que as pessoas jurídicas que exploram este tipo de ramo do comércio são verdadeiras pessoas jurídicas de direito privado, entes perfeitamente autorizados para funcionamento pelo ordenamento pátrio (art. 44, inc. II, CCB/2002).

A principal característica deste tipo de empreendimento é “agrupa[r] diversos estabelecimentos comerciais, centralizados arquitetônica e administrativamente”¹⁶ com vistas a proporcionar maior conforto ao público consumidor e, dessa forma, alavancar as vendas do comércio varejista integrante daquele complexo.

E para que este empreendimento seja possível, faz-se imprescindível que se construa grande prédio comercial, o qual abrigará os espaços destinados à locação para terceiros interessados em desenvolver suas atividades naquele local.

Daí identifica-se o primeiro e, quiçá o mais importante direito do empresário que explore este empreendimento, qual seja, o direito de propriedade sobre o prédio que abriga o centro comercial.

Mas, como se mencionou anteriormente, aquela construção não permanece oca, vazia, a mesma é “preenchida” com o estabelecimento de vários sub-estabelecimentos; diversos empreendimentos empresariais que formam o conjunto de atividades que impulsionará o comércio naquele local.

Não é preciso mencionar que todos os ocupantes daqueles espaços comerciais, investem seu capital em equipamentos, estoques, lay-out, propaganda, etc. tudo isto com vistas a desempenhar o objeto social de seu estabelecimento.

Também não é preciso mencionar que todos estes bens fazem parte de seu acervo patrimonial e, dessa forma, encontram guarida constitucional sobre eventuais ofensas perpetradas por terceiros.

¹⁶ Conceituação de “shopping” utilizada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

Acessível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/relato/shopping.pdf>. Capturado em 22.01.2006 às 12:10 hs.

Outrossim, tanto do ponto de vista do proprietário do prédio que abriga o shopping center, quanto do ponto de vista dos lojistas que ali se estabelecem para desempenho de suas atividades, encontra-se verdadeiro direito de propriedade, o qual é protegido expressamente pela Constituição Federal.

A fundamentalidade do direito a propriedade é expressa dentre outras passagens, no inciso XXI, do artigo 5º, da Constituição Federal e foi reconhecido em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal.

É claro que tal direito “não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República.”¹⁷

Entretanto, apesar de não ser absoluto, e poder ser restringido (o que aliás o próprio Constituinte já fez por meio do inciso XXIII, do artigo 5º, ao instituir que a propriedade deverá atender a sua função social), o certo é que o direito à propriedade é direito fundamental que merece ser garantido a todos os cidadãos brasileiros.

3.3. O direito a segurança dos freqüentadores destes espaços comerciais.

Outro direito importante que deve ser devidamente sopesado para a resolução do problema é o direito à segurança dos freqüentadores daquele centro comercial.

O artigo 5º da Constituição Federal em seu *caput* garante a vida e a segurança. Eis o teor daquele dispositivo:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2213/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 04.04.2002.

inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes: (grifos nossos)

Ou seja, a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, portanto, vem expressamente consignada no Texto Constitucional.

Acreditamos ser despiciendo destacar que a vida é o bem individual supremo, colocado no topo da ordem hierárquica dos valores para os quais se dirige o Direito; o direito à vida é o ponto de partida para todos os outros direitos; não é por outra razão que sua proteção jurídica, numa nítida opção do constituinte, precede qualquer outra, conforme se vê no artigo 5º da Carta Magna, que, a toda evidência, veicula direitos que são difusos por excelência.

A noção de segurança envolve a abordagem de múltiplos fatores da vida social e está relacionada, por um lado, à criação de meios que tornem acessíveis e exercitáveis todos os direitos básicos e, por outro, à produção de condições que limitem ou impeçam a sua violação

Disto tudo se vê que *a priori* é perfeitamente necessário que os empresários que explorem este tipo de atividade comercial defendam a integridade física e a segurança de seus freqüentadores, pois a par de defendê-los individualmente, ainda estará concretizando e defendendo a legislação constitucional.

4. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Ainda antes de explanarmos nossa opinião acerca de qual seria a resposta mais adequada para resolução dos conflitos em comento, convém ainda formular questionamento acerca do seguinte fato: até que ponto entes de direito privado devem respeitar os direitos fundamentais? Em outras palavras, no ordenamento brasileiro existe a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais; a eficácia dos direitos fundamentais nas relações eminentemente privadas?

Abordemos este problema.

Como noticia a doutrina, uma questão efervescente e que primeiramente foi debatida no Direito Alemão, se tratou da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Como se sabe, os direitos fundamentais inicialmente eram vistos tão somente em seu aspecto subjetivo; eram vistos essencialmente como direitos de proteção; direitos de proteção a serem aplicados nas relações entre indivíduo e Estado. Procurava-se proteger naquele primeiro momento, a liberdade do indivíduo contra ingerências indevidas do Estado.

Dentro desse contexto, a separação entre Direito Público e Direito Privado era visível, sendo que as Constituições quase não traziam normas de direito privado em seu bojo, relegando esta tarefa aos Códigos, em especial ao Código Civil.

Konrad HESSE chegou a afirmar em certa oportunidade¹⁸ que havia uma notável influência do direito privado sobre o direito constitucional; uma inegável sobreposição do direito privado sobre o próprio direito constitucional.

Por outro lado, no decorrer do final do Século XIX e alvorecer do século XX, as Constituições passaram a incorporar institutos típicos do Direito Privado com a tentativa de protegê-los. Exemplo disso é encontrado na Constituição de Weimar cujo traço característico foi a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, os quais incorporaram normas típicas de direito privado.

Aqui inicia-se um movimento interessante pelo qual inverte-se aquela idéia inicial apresentada por Konrad HESSE, sendo que com a incorporação destas normas de direito privado, aliado ao movimento de constitucionalização do direito, passa-se a notar uma notável influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado.

É nesse cenário que surge então o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Os fundamentos para a negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas iam do receio de que poderia ocorrer o verdadeiro aniquilamento da autonomia privada; da possível perda de identidade do direito privado; perda de sua força como

¹⁸ HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

ciência, até ao temor de hipertrofia dos juízes perante o legislador democrático.

Outro motivo é a ausência de regra expressa nesse sentido tal como noticia Wilson STEINMETZ:

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais não teve e ainda não tem a força de uma “evidência constitucional”. E assim é por duas razões básicas: (i) os direitos fundamentais, invenção do constitucionalismo liberal, foram concebidos exclusivamente como limites ao poder do Estado. Eram direitos que se reportavam à relação indivíduo-Estado. Por influência dessa concepção originária, por longo tempo não se cogitou sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais; (ii) a segunda razão, já mencionada no Capítulo I (item 1, retro), reside no fato de que nos textos constitucionais contemporâneos – salvo raras exceções, e.g., Constituição da República Portuguesa (1976), Constituição da Federação Russa (1993) e Constituição Suíça (1998) – não há referências normativas textualmente expressas à eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares; não há, portanto, decisão constitucional direta e clara sobre a matéria.^{19 20}

Como se vê dada a omissão da maioria das constituições em regulamentar a matéria e, igualmente, pelo fato de que os direitos fundamentais originariamente foram concebidos para limitar o poder do Estado, a dúvida quanto a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais era uma constante na vida dos operadores jurídicos.

Entretanto, após amplo debate doutrinário, hodiernamente a visão mais aceita é de que os direitos fundamentais também se aplicam às relações eminentemente privatísticas.

Eis a opinião de José Carlos Vieira de ANDRADE:

Atualmente, embora se verifique a prevalência das idéias de aplicabilidade imediata, nota-se uma tendência doutrinária para a superação desse modo de apresentar o problema, em favor da construção já referida de um *dever de protecção estadual* dos direitos fundamentais, que não valeria apenas relativamente aos poderes públicos (incluindo outros Estados), mas também perante os privados.

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam *em primeira linha* às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de

¹⁹ *In A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2001, páginas 64-65.

²⁰ Nesse mesmo sentido José Carlos Vieira de ANDRADE:

“a relevância directa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares começou por ser negada no entendimento liberal tradicional.”

os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares.²¹

Ou seja, atualmente, mesmo no âmbito das relações eminentemente privadas, há vinculatividade dos particulares aos direitos fundamentais, sendo que tal vinculatividade impõe o dever do particular de observar e respeitar os direitos fundamentais.

Aliás, o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se deu pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 201.819-8 que teve a seguinte ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** RECURSO DESPROVIDO. I. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.** II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e

²¹ *in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed., rev. e ampl.. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet, "Os Direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 281.

atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.²² (grifo nosso)

Por outro lado, cabe a advertência que isto não quer dizer que os direitos fundamentais se apresentarão absolutos e representem verdadeira “capitulação dos direitos civis” como lucidamente explica J. J. Gomes CANOTILHO:

Num plano diametralmente diverso se situam os casos em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas quando isso signifique um confisco substancial da *autonomia pessoal* e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia.²³

²² Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, recurso extraordinário n. 201.819-8, relator Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ de 27-10-2006 PP-00064, EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

Advertindo com severidade o mesmo autor:

A eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias na CRP postula ainda a interpretação aplicadora conforme a Constituição, fundamentalmente conducente a uma *interpretação conforme os direitos fundamentais*. Isto não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil. Significa apenas que as soluções diferenciadas (Hesse) a encontrar, não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias, como elementos da eficácia conformadora imediata do direito privado.²⁴

Outrossim, como se extrai da melhor doutrina, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a eficácia dos direitos fundamentais tem efeito vinculante mesmo nas relações estritamente privadas.

5. O problema do conflito entre direitos fundamentais nesse caso hipotético. Como resolvê-lo?

Apresentados todos estes caracteres importantes do caso, suas peculiaridades, podemos então passar a opinar e tentar apresentar solução adequada para sua resolução.

Parece claro que naqueles exemplos apresentados no capítulo introdutório do presente trabalho estamos diante de verdadeira colisão de direitos fundamentais.

J. J. Gomes CANOTILHO dá noção exata sobre o que vem a ser o fenômeno da colisão de direitos. Explica o mestre lusitano:

Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.

Poder-se-ia até afirmar que os direitos fundamentais não podiam deixar de ser então concebidos dessa maneira: para além da natural influência de um contexto favorável, estava em causa uma exigência teórica e prática, visto que os direitos fundamentais tinham precisamente como finalidade a protecção da Sociedade contra as intromissões do poder político.

Os direitos fundamentais eram vistos, deste modo, como um instituto específico das relações entre o indivíduo e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social." (*in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001, páginas 238-239)

²³ Idem, ibidem, página 611.

²⁴ Idem, ibidem.

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico *conflito* de direitos.²⁵

Uma vez aberta claramente a situação de colisões entre direitos fundamentais outra não pode ser a solução que não aquela de analisar quais são os caminhos abertos pela doutrina para resolução destes tipos de conflitos.

5.1. A utilização da ponderação como forma de resolução de conflito.

Como nos ensina CANOTILHO quando: “Os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, neste caso, a necessidade de ponderação (*Abwägung*) de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma *concordância prática* entre os vários bens ou direitos protegidos a nível jurídico-constitucional.”²⁶

Jorge Reis NOVAIS informa que a ponderação de bens constitui a “chave” da solução para esse problema, mas essa conclusão só poderá ser considerada válida se se puder demonstrar a adequação da metodologia da ponderação de bens às exigências de controle da atuação estatal restritiva de direitos fundamentais nos quadros de um Estado de Direito²⁷.

O mesmo Jorge Reis NOVAIS explica que o recurso à ponderação se disseminou tanto nos diversos sistemas normativos, que houve quem chegasse a afirmar que teria havia uma substituição do Estado

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed., totalmente refundida e aumentada. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, página 657.

²⁶ *in* **Direito Constitucional**. p. 613.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 639.

de Direito pelo *Estado da ponderação* (Leisner). A impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais suscetíveis de balizar objetivamente o recurso ao método, subjetivismo, intuicionismo e arbitrariedade, transferência ilegítima de poderes do legislador para o juiz com substituição da reserva de lei para reserva de sentença, dissolução dos controles típicos de Estado de Direito, corrosão da força normativa da Constituição, nivelação e indiferenciação dos direitos fundamentais, tirania dos valores e fórmula vazia, foram alguns dos argumentos utilizados para rejeitar a possibilidade de utilização do método de ponderação de bens.

NOVAIS reconhece a pertinência de algumas críticas ao método, mas não acha que tais críticas seriam capazes de inferir a rejeição do mesmo. Segundo ele, o recurso a essa metodologia, qualquer que seja o enquadramento teórico é inevitável, na medida em que, sendo o procedimento que intuitivamente corresponde ao sentido comum de justiça na resolução de conflitos além do fato de não existir qualquer outro método tão eficiente quanto este para resolução de colisão entre direitos fundamentais que não tenham sido diretamente resolvidos pela Constituição.

Como visto, com base na mais abalizada doutrina, naquelas situações em que se encontrem conflitos entre direitos fundamentais a solução mais adequada é a de utilização do critério da ponderação na análise do caso concreto.

5.2. A ponderação no caso de discriminação em face de orientação sexual. Direito de propriedade *versus* direito à igualdade.

Outrossim, utilizando-se do método da ponderação, podemos apresentar uma das primeiras respostas ao problema em análise.

A primeira resposta que podemos oferecer se relaciona a eventual discriminação de entrada de sujeitos que apresentem orientação sexual diversa daquela da maioria da população brasileira, os homossexuais.

Tendo em vista o que dispõe os artigos 3º e 5º da Constituição Federal, parece-nos quase que como uma obviedade ululante a inadequação desse tipo de conduta por administradoras e prepostos de shopping centers.

Mais. Como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira é a construção de uma sociedade plural e democrática, com vistas ao pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, torna-se inadmissível e manifestamente desarrazoada condutas que tencionem a provocar a separação entre grupos.

Também não se deve esquecer que a propriedade não pode mais ser vista como um bem absoluto e totalmente dissociado do contexto social em que a mesma se encontra, donde deve prevalecer a orientação e utilização deste bem com vistas a proporcionar o melhor desenvolvimento da personalidade dos seres humanos.

Outrossim, sopesando os valores em conflito não podemos admitir como lícita a conduta de particular que tentando se amparar única e exclusivamente em seu direito de propriedade, tencione provocar ruptura com valores muito mais significativos para a sociedade brasileira como o respeito ao pleno desenvolvimento da personalidade e a formação de uma sociedade plural e democrática, na qual faz-se necessária a presença da diversidade.

Convém destacar que a discriminação por orientação sexual já foi rechaçada pela jurisprudência brasileira em casos de ofensas morais perpetradas por vizinhos de cidadão homossexual²⁸; nos casos de exclusão de militar da corporação devido a seu comportamento e orientação sexual²⁹; além de rejeição a contratação de candidata a emprego em certa cooperativa sob a alegação de que “não dariam ficha à autora porque ao chamarem Juliana se apresentaria um macho”.³⁰

²⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70014074132 da Comarca de Porto Alegre. Quinta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento em 25.05.2007.

²⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Reexame necessário n. 70014769996 da Comarca de Uruguaiana. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Mário Crespo Brum. Julgamento em 29.06.2006.

Mister destacar que em todos estes casos reconheceu-se o direito a indenização por dano moral por força da ofensa aos direitos de personalidade dos discriminados.

5.3. A proibição de entrada de clientes em virtude de “raça”.

Quanto a possível restrição ao acesso de clientes em virtude de “raça”, parece-nos ser de claridade mediana que tal restrição mostra-se manifestamente inconstitucional uma vez que a mesma ofenderia frontalmente o direito fundamental a igualdade assegurada nos artigos 3º e 5º da Constituição Federal.

Convém destacar que o Supremo Tribunal Federal no histórico julgamento do Hábeas Corpus n. 82.424 do Rio Grande do Sul afirmou que “com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais”, motivo pelo qual qualquer atitude que tente separar os seres humanos em raças constitui-se como “concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.”³¹

Tal como no exemplo anterior sopesando os valores em conflito não podemos admitir como lícita a conduta de particular que tentando se amparar única e exclusivamente em seu direito de propriedade,

³⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n 70013234752 da Comarca de Porto Alegre. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento em 12.04.2006.

³¹ Supremo Tribunal Federal. Hábeas corpus n. 82.424-RS. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa. Publicação no Diário da Justiça da União em 19-03-2004. p. 17. Ementário volume 02144-03, pp. 524.

tencione provocar ruptura com valores muito mais significativos para a sociedade brasileira, como o respeito ao pleno desenvolvimento da personalidade, e a formação de uma sociedade plural e democrática, na qual faz-se necessária a presença da diversidade.

5.4. A proibição da entrada de pessoas com vestimentas inadequadas e em grupos numerosos que possam apresentar risco à segurança dos demais freqüentadores e ao patrimônio dos proprietários dos estabelecimentos.

Se as questões anteriores pareceriam ser de fácil resolução, esta última não se apresenta da mesma forma.

Primeiramente, analisemos a entrada de pessoas com vestimentas inadequadas.

Como se delimitou no capítulo 3 do presente trabalho, um dos direitos fundamentais envolvidos é o direito de propriedade dos proprietários de shopping centers, direito este que pode ser estendido igualmente aos locatários de espaço naqueles centros comerciais, haja vista que se estes não são proprietários do bem imóvel, são proprietários, no entanto, do acervo patrimonial necessário³² para desempenhar suas atividades comerciais naquele local.

Desse direito de propriedade decorrem vários outros direitos assegurados tanto pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, quanto pela legislação ordinária (Código Civil e demais normas infraconstitucionais).

Dentre estes direitos encontram-se o de usar, gozar e usufruir da forma que melhor aprouver ao proprietário, com os limites inerentes ao uso e estabelecidos pela própria Constituição Federal e pelas demais normas ordinárias.

Assim é que tanto em espaços comerciais, quanto em condomínios em geral, os proprietários desses estabelecimentos podem fixar normas específicas para a utilização daqueles bens (geralmente

³² Estoque; máquinas; computadores; etc..

por meio de regimentos internos; convenções ou portarias), as quais se juntarão as normas gerais editadas pelo legislador ordinário, e formarão o conjunto de regras a serem observadas no interior daqueles espaços.

E daí a primeira pergunta: seria írrita e ofensiva a Constituição Federal uma norma interna desses estabelecimentos que proibissem a entrada de pessoas com vestimentas inadequadas, haja vista que estar-se-ia discriminando cidadãos tão somente pela sua forma de se vestir (ofensa ao princípio da igualdade e, quiçá, a liberdade de expressão³³)?

É claro que a melhor resposta para este problema deveria ser dada a luz do caso concreto, pois será este quem melhor dará subsídios ao julgador para avaliar a desarrazoabilidade da medida.

Mas para não se furtar ao objeto específico deste assunto (apresentação de respostas que ajudem na resolução do caso concreto), arriscar-nos-emos a avaliar a situação.

Caso a norma supletiva do estabelecimento seja geral e abstrata, ou seja, não pretenda, mesmo que dissimuladamente, afastar certos grupos existentes na sociedade (pessoas com menor poder aquisitivo; negros; asiáticos; judeus; homossexuais; etc.); caso ela vise preservar outros bens tão importantes quanto o direito de igualdade previsto na Constituição Federal (por exemplo, a segurança dos freqüentadores do estabelecimento, com a proibição de entrada de pessoas que estejam trajando camisas de times de futebol, uma vez que é fato notório a animosidade entre certas agremiações, as quais podem conduzir e ocasionar a lesão dos participantes e dos freqüentadores desses estabelecimentos), cremos que a medida não poderia ser reputada como inadequada e desarrazoada, uma vez que não se está sacrificando totalmente o direito do freqüentador adentrar no estabelecimento (caso este queira mesmo adentrar naquele recinto,

³³ Apesar de parecer aparentemente absurdo poderíamos imaginar a hipótese de punks, neo-nazistas dentre tantos outros grupos existentes na sociedade que fossem privados de adentrar nesses estabelecimentos, sendo que os mesmos poderiam entender que sua liberdade de expressão estaria sendo tolhida caso persistisse a conduta.

basta trocar a camisa de futebol por outra normal, ou a veste inadequada por uma mais apropriada), além de visar proporcionar maior segurança aos demais freqüentadores.

Não fosse isso, convém lembrar que a aplicação do princípio da igualdade nas relações privadas não pode ser aplicada de uma forma simplista, sob pena de se derruir por completo outro princípio de igual importância, qual seja, o princípio da autonomia.

Como adverte José Carlos Vieira de ANDRADE “o princípio da igualdade não é aplicável nas relações privadas enquanto *proibição do arbítrio* ou *imperativo de racionalidade de atuação*.”³⁴ Ou seja, não se pode exigir que nas relações típicas de direito privado o homem individual não tenha um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade.

Novamente a explicação de José Carlos Vieira de ANDRADE:

O homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional.

Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade.³⁵

Finalizando seu pensamento mais à frente com a assertiva de que estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade em toda e qualquer situação poderia se afigurar, em princípio, “impróprio, absurdo e insuportável”³⁶.

Outrossim, como já afirmamos em linhas anteriores, caso a norma supletiva do estabelecimento seja geral e abstrata, ou seja, não pretenda, mesmo que dissimuladamente, afastar certos grupos

³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. (reimpressão da edição de 2004). Coimbra: Almedina, 2006. p. 276. (grifo itálico no original)

³⁵ Idem. p. 277.

³⁶ Ibidem.

existentes na sociedade; caso ela vise preservar outros bens tão importantes quanto o direito de igualdade previsto na Constituição Federal, cremos que a medida não poderia ser reputada como inadequada e desarrazoada, uma vez que não se está sacrificando totalmente o direito do freqüentador adentrar no estabelecimento, haja vista que está além de disciplinar a entrada naquele espaço, também proporcionar maior segurança aos freqüentadores de shoppings.

Convém destacar por fim que a jurisprudência brasileira já teve a oportunidade de analisar casos semelhantes em duas oportunidades distintas e, apesar da fundamentação não ter sido expressamente no sentido aqui indicado, reconheceu a ausência de discriminação e a possibilidade de restringir-se o acesso de determinadas pessoas ao espaço privado de shopping centers.³⁷

Considerações finais

³⁷ Uma das decisões foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento da apelação cível n. 70011545498, da Comarca de Porto Alegre e teve a seguinte ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA NA CONTESTAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO RACIAL NÃO CARACTERIZADA.
(...)”

Quanto à questão de fundo, insuficientes as alegações da inicial para imputar responsabilidade às rés por ato ilícito, quando a conjunção fática revela que os fatos ocorreram de forma diversa. Irresignação do autor com as exigências relativas às vestimentas, para adentrar nas dependências da demandada. Procedimento de rotina, adotado para com todos os clientes. Ausência de discriminação racial, pelo fato de o autor ser negro. Os funcionários agiram no estrito cumprimento do dever legal. APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO IMPROVIDOS.” (relator Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Julgamento em 1.09.2005)

A outra é proveniente do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e teve a seguinte ementa:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - PROIBIÇÃO DE ENTRADA EM SHOPPING - TRAJES IMPRÓPRIOS - REGIMENTO INTERNO - DISCRIMINAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO.

O fato de ter sido impedido de entrar no estabelecimento da apelada se deu em razão de estar fantasiado e sendo o shopping um estabelecimento particular e regido por normas internas, as mesmas devem ser respeitadas, tendo o funcionário agido de acordo com as regras estabelecidas.

A alegação do autor de ter sofrido discriminação em razão de sua opção sexual não se encontra comprovada nos autos, e como cediço, cumpre a quem alega a prova dos fatos constitutivos de seu direito. (art. 333, I do CPC)

Assim, não estando configurados nos autos os pressupostos ensejadores para a responsabilidade civil, não há falar-se em indenização.”(Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação cível n. 457.166-4 (2.0000.00.457166-4/000(1)). Relator Domingos Coelho. Julgamento em 22.12.2004)

Diante de todo este panorama delineado, vê-se claramente que em uma sociedade multiforme, com interesses cada vez mais contrapostos, na qual uma grande parcela da população ainda carece de recursos básicos e é alijada do mercado, aonde avultam cada vez mais as desigualdades econômicas, sociais e culturais, as possibilidades de surgimento de conflitos entre particulares crescem de forma quase exponencial.

Dessa forma, faz-se necessária a percepção e sensibilidade de todos os atores envolvidos (juiz; legislador; operadores jurídicos em geral), no sentido de encontrar a melhor forma possível de harmonizar os direitos em colidência, sacrificando-os minimamente, sempre respeitando os ditames previstos na Constituição Federal de 1988, outorgando-lhe assim a maior efetividade possível a Carta Política Brasileira e aos próprios direitos fundamentais.

Algumas sugestões para a resolução de alguns problemas foram delineadas neste trabalho e visam muito mais apresentar proposições de solução, do que propriamente, apontar a solução correta.

Como mencionado anteriormente, a resposta correta, ou a mais adequada, só poderá ser dada pelo juiz diante do caso concreto, o que, todavia, não subtrai a possibilidade de delinearem-se proposições gerais que poderão dar subsídios a tomada de decisão.

O mais importante é que se demonstre que em um contexto de sociedade multiculturais, nas quais soçobram adversidades e conflitos, a função dos direitos fundamentais e dos juízes constitucionais avulta em importância, uma vez que estes exercerão uma função contramajoritária e terão como um de seus objetivos primordiais proteger os direitos de minorias, além de sustentar o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, plural e solidária.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

- _____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. (reimpressão da edição de 2004). Coimbra: Almedina, 2006.
- ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. **Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Granada: Comares, 1996.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Nomos: Baden-Baden, 1993.
- BOBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, recurso extraordinário n. 201.819-8, relator Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ de 27-10-2006 PP-00064, EMENT VOL-02253-04 PP-00577.
- _____. ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.
- _____. ADI-MC 2213/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 04.04.2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed., totalmente refundida e aumentada. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. CEPC: Madrid, 1994.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã. Tradutor Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

GRIMM, Peter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 03B2361. n. SJ200309250023617. Relator Oliveira Barros. Data do acórdão 25.09.2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *In Revista eletrônica do Conselho da Justiça Federal*. Edição n. 03. Acessível em www.cjf.gov.br. Capturado em 18.05.2007 às 17:23 hs.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. rev. e ampl. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SILVA, Luís Vergílio Afonso da. **O Conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: tese de cátedra USP, 2005.

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

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70014074132 da Comarca de Porto Alegre. Quinta Câmara Cível.

Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Julgamento em 25.05.2007.

_____. Reexame necessário n. 70014769996 da Comarca de Uruguaiana. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Mário Crespo Brum. Julgamento em 29.06.2006.

_____. Apelação cível n 70013234752 da Comarca de Porto Alegre. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento em 12.04.2006.

OTTO Y PARDO, Ignácio de. **La regulacion del ejercicio de los derechos y libertades**. Civitas: Madrid, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Madrid: Editorial TROTTA, 2007.