

UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES

**APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
PRIVADAS**

ILANA MURICI AYRES

PALMAS /TO
2012

ILANA MURICI AYRES

**APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
PRIVADAS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito do Estado.

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Prof. Adalgisa Falcão Tahan

**PALMAS – TO
2012**

DEDICATÓRIA

A vocês, tbs.

AGRADECIMENTOS

A todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a finalização deste projeto. Obrigada pelo amor e paciência.

RESUMO

Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. O trabalho tem como objetivo geral demonstrar que é cabível a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e objetivo específico parametrizar a forma e a medida da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Demonstrará que na esfera privada também deverá ser observado o princípio da autonomia privada, destacando, quando da colisão de princípios, a aplicação dos pressupostos da proporcionalidade. Para o desenvolvimento do trabalho optou-se por realizar pesquisa de natureza aplicada, qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, particulares, ponderação.

ABSTRACT

Applicability of Fundamental Rights in Private Relations. The study aims to demonstrate that it is generally appropriate application of fundamental rights in relations between individuals and specific goal parameterize the shape and extent of the effect of fundamental rights in private relations. Demonstrate that in the private sphere should also be observed the principle of private autonomy, noting when the collision of principles, the application of the requirements of proportionality. For the development work we chose to conduct research of an applied nature, qualitative, exploratory, bibliographical and documentary.

Keywords: Fundamental rights, private, weighting.

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
SUMÁRIO	7
1. INTRODUÇÃO	8
2. OBJETIVO	10
3. METODOLOGIA	11
4. REFERENCIAL TEÓRICO	12
5. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO	144
6. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS	166
6.1 Teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas	177
6.2 Teoria da aplicabilidade indireta ou mediata	189
6.3 Teoria da aplicabilidade direta ou imediata	201
6.4 A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	222
7. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A BUCA PELA DECISÃO JUSTA	245
7.1 Distinções entre princípios e regras	267
7.2 O método da ponderação de interesses	289
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	344
REFERÊNCIAS	356

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe pesquisar a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

Os Direitos Fundamentais foram criados primeiramente para proteção dos particulares contra os abusos do Estado (eficácia vertical). Contudo, passaram a ser aplicados também nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

Embora a maioria dos doutrinadores não restrinja a aplicação dos Direitos Fundamentais apenas às relações verticais (Estado-Indivíduo), aceitando a produção de efeitos também nas relações horizontais (entre particulares), o problema central que o tema coloca é “como” esses efeitos são produzidos.

Assim, o aspecto particular deste trabalho é a medida de incidência da aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. O trabalho pretende ater-se à como compatibilizar a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares com a autonomia privada que está na base dessas relações.

Nesse ponto, salienta-se a importância da aplicação do chamado princípio da proporcionalidade, meio proposto para a solução dos conflitos entre princípios nos casos concretos analisados pelo aplicador do direito.

Justifica-se o desenvolvimento desse trabalho em razão de hodiernamente prevalecerem divergências doutrinárias acerca do modo de aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

Dessa forma, será feita uma análise de como a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas vem sendo conduzida e em que medida ela vem sendo feita. Conforme restará demonstrado, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado em suas decisões a teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

O trabalho busca esclarecer que a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações horizontais deve considerar o princípio da autonomia privada que rege as relações ente particulares. Nesse sentido será demonstrada a importância da proporcionalidade no julgamento dos casos concretos pelos aplicadores do direito, principais beneficiários dos resultados dessa pesquisa.

O objetivo geral é demonstrar a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e o objetivo específico é parametrizar a forma e a medida da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

Para o desenvolvimento deste trabalho optou-se por realizar pesquisa de natureza aplicada (GIL, 1999) na medida em que objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos, envolvendo verdades e interesses locais.

Quanto à abordagem do problema em tela, a pesquisa é qualitativa tendo em vista que considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. Neste estudo, não foram usados métodos ou técnicas estatísticas. O processo e seu significado foram os focos principais de abordagem.

Quanto aos objetivos delineados para o trabalho, a pesquisa é exploratória porque visa proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses. Envolve levantamento bibliográfico e análise de exemplos que estimulam a compreensão.

Por último, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, é uma pesquisa bibliográfica, pois é elaborada a partir de material já publicado, constituído por livros, artigos de periódicos, jurisprudências e material disponibilizado na *internet*. Igualmente, pode ser classificada como pesquisa documental, haja vista que também foi elaborada a partir de materiais que não receberam tratamento analítico.

2. OBJETIVO

O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar que é cabível a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

Nesta linha, traz como objetivo específico parametrizar a forma e a medida da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

Por fim, demonstrará que na esfera privada também deverá ser observado o princípio da autonomia privada, destacando, quando da colisão de princípios, a aplicação dos pressupostos da proporcionalidade.

3. METODOLOGIA

Para o desenvolvimento deste trabalho optou-se por realizar pesquisa de natureza aplicada (GIL, 1999) na medida em que objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos. Envolvendo verdades e interesses locais.

Quanto à abordagem do problema em tela, a pesquisa é qualitativa tendo em vista que considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. Neste estudo, não foram usados métodos ou técnicas estatísticas. O processo e seu significado foram os focos principais de abordagem.

Quanto aos objetivos delineados para o trabalho, a pesquisa é exploratória porque visa proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses. Envolve levantamento bibliográfico e análise de exemplos que estimulam a compreensão.

Por último, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, é uma pesquisa bibliográfica, pois foi elaborada a partir de material já publicado, constituído por livros, artigos de periódicos, jurisprudências e material disponibilizado na *internet*. Outrossim, pode ser classificada como pesquisa documental, haja vista que também foi elaborada a partir de materiais que não receberam tratamento analítico.

No presente trabalho serão levantados entendimentos doutrinários nacionais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, analisando-se a teoria aplicada pela Suprema Corte nos casos que envolviam a vinculação das entidades privadas ao regime jurídico dos direitos fundamentais, sugerindo-se, ao final, uma forma adequada de incidência dos direitos fundamentais para a resolução dos casos concretos.

4. REFERENCIAL TEÓRICO

O direito constitucional contemporâneo tem reconhecido a expansão da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Essa tendência de produção de efeitos horizontais (entre particulares) — revela-se plenamente compatível com a Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988).

O tema eficácia horizontal tem relevância fática e jurídica, principalmente no que tange a identificar como são oponíveis os Direitos Fundamentais do indivíduo. (BARROSO, 2011).

O constitucionalismo clássico classifica os Direitos Fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos exercidos contra o poder do Estado de tal forma que se torna incabível sua evocação para a solução de um conflito entre particulares.

Contudo, em razão das crises econômicas e sociais do século XX, que alteraram a conjuntura do constitucionalismo, surge forte discussão sobre a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. Sobre o tema, conforme destacado por Sarmiento (2004) destacam-se três correntes.

A primeira corrente não reconhece a oponibilidade de Direitos Fundamentais entre entes privados, somente admitindo seus efeitos nas relações com o Poder Público. Tal posição é mitigada ao aceitar como sujeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais o particular em exercício de atividade peculiar ao Estado, assim como outros que recebem do Estado subsídios e benefícios fomentadores de sua atividade.

A segunda corrente defende a aplicabilidade mediata dos Direitos Fundamentais, mas não permite a sua oponibilidade entre os particulares visto que isto geraria um conflito entre os indivíduos. Para essa corrente, poderia ser admitida a renúncia aos direitos essenciais por meio de contratos privados como instrumento de validação do princípio da autonomia da vontade. Neste compasso, os Direitos Fundamentais entre particulares valeriam, apenas, mediante expressa previsão de norma ordinária de direito privado.

A terceira corrente, majoritária, reconhece a oponibilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas (eficácia imediata) numa dimensão objetiva, exigindo do Estado uma conduta ativa na proteção desses direitos. O ponto mais importante desta corrente é a falta de intermediação das normas de *direito privado* na interpretação das diretrizes constitucionais, cuja aplicação, se dá prontamente, nos

termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. (MORAES, 2002)

Nesta linha, Sarmiento (2004) propõe a solução para “como” deverá ser aplicado os Direitos Fundamentais nas relações particulares seguindo dois critérios:

O primeiro critério, classificado como primordial, se apóia na dicotomia *simetria/assimetria* das partes. 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”*.

O segundo critério leva em conta o tipo de questão envolvida: existencial ou econômico-patrimonial. Nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior que nos casos envolvendo questões econômico-patrimoniais. A proteção da autonomia privada em face de direito fundamental restringido irá variar segundo a essencialidade do bem envolvido.

Já segundo Steinmetz (2004), a solução estaria na utilização do princípio da proporcionalidade nos casos em que há conflito entre Direitos Fundamentais e autonomia da vontade. Assim, no caso concreto, é necessário que se examine se a restrição da autonomia da vontade, na busca pela proteção dos Direitos Fundamentais da pessoa, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A transformação dos Direitos Fundamentais no decorrer da história dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Tal fato é ainda agravado pela pluralidade terminológica adotada pela Constituição Federal, que utiliza expressões como: direitos humanos; direitos e liberdade fundamentais; direitos e liberdades constitucionais, dentre outras.

De fato, os termos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos costumam ser utilizados para designar realidades muito próximas. Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo variar de acordo com a ideologia e mocidade do Estado (NOVELINO, 2008).

Conforme expõe Antônio Enrique Perez Luño, *apud* Farias (1996):

Uma das espécies representativa de positivação dos direitos humanos é a constitucionalização dos mesmos. Deixam, então, eles de serem apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. Para destacar essa mudança, a doutrina contemporânea vem dando preferência ao uso da locução direitos fundamentais, quando deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. A expressão direitos humanos tem sido geralmente reservada para ser adotada em documentos internacionais (FARIAS, 1996, p 59-60).

Para Da Silva (1998), os direitos e garantias individuais são prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2008, p. 20)

A Constituição Federal de 1988 traz em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: Direitos Individuais e Coletivos; Direitos Sociais, Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos.

Modernamente a doutrina classifica os Direitos Fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. Conforme Celso de Mello, *apud* Moraes (2006):

(...) enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MORAES, 2006, p. 26).

Assim, os Direitos Fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. Os de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século. Já os direitos de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, direito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. (MORAES, 2006)

Insta destacar que, para Novelino (2008), há também os Direitos Fundamentais de quarta dimensão, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os quais compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo.

6. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

O tema eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais é cada vez mais estudado e vem despertando interesse entre os estudiosos do direito.

Ainda não existe entendimento pacificado sobre a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tampouco sobre como ocorre eventual aplicabilidade.

Historicamente os Direitos Fundamentais foram concebidos para proteger os indivíduos dos abusos do Estado principalmente contra a dignidade humana. Essa é também uma das razões pelas quais ainda há resistência em reconhecer a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

De fato, o Estado é o destinatário principal das obrigações decorrentes dos Direitos Fundamentais, visto que era o Estado quem representava e ainda representa a maior ameaça institucionalizada ao homem e aos seus direitos primordiais.

Com o desenvolvimento da sociedade, calcado no fortalecimento do Estado de Direito, tornou-se necessário que os Direitos Fundamentais se tornassem oponíveis contra o particular que possa violá-los ou ameaçá-los. O reconhecimento do efeito horizontal torna-se necessário principalmente quando há, entre particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social.

Porém, em razão da autonomia privada, a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas não poderá ocorrer da mesma maneira que ocorre quando oponível contra o Estado.

Logo, a forma de incidência dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares destaca-se como uma das questões mais relevantes quando se trata do tema, pois busca-se um equilíbrio entre os Direitos Fundamentais e a autonomia privada, de tal sorte que a incidência daqueles nas relações entre particulares não anule o poder de autodeterminação das pessoas.

Feitas essas ponderações, cabe fazer um breve esboço acerca das teorias criadas pela doutrina para fundamentar tanto a inaplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, quanto sua aplicabilidade direta ou indireta.

6.1 Teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

A primeira teoria rejeita a oponibilidade de Direitos Fundamentais entre entes privados, somente admitindo-a nas relações estabelecidas com o Poder Público. Só o Ente Público, portanto, estaria sujeito à vinculação das garantias fundamentais.

Para os defensores dessa teoria os Direitos Fundamentais foram elaborados para proteger os cidadãos contra os abusos do Estado. Outrossim, a aplicação do Direitos Fundamentais entre particulares agrediria demasiadamente a autonomia individual e conferiria aos juízes exagerados poderes tendo em vista a natural abstração que reveste as normas fundamentais (SARMENTO, 2006).

Tais argumentos, entretanto, não parecem razoáveis. Primeiro porque os Direitos Fundamentais devem ser oponíveis não somente contra o Estado, seu principal ofensor, mas também contra os particulares que ameacem não respeitá-los, haja vista que essas garantias têm como objetivo principal resguardar direitos indispensáveis ao desenvolvimento adequado do ser humano.

Em outras palavras, independentemente de quem seja o potencial ofensor, trata-se de efetivamente preservar o que o constituinte entendeu como inalienável ao ser humano ou até mesmo à coletividade.

Em relação ao argumento de que haveria demasiada intromissão na autonomia individual, nota-se que a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais comporta ponderações. Assim, busca-se na aplicação da proporcionalidade entre o princípio da autonomia privada e os valores protegidos como Direitos Fundamentais, a solução para os casos concretos.

No que tange ao excessivo poder conferido aos juízes dada a abstração das normas que tratam de Direitos Fundamentais, esse argumento não merece prosperar haja vista o princípio do livre convencimento motivado, ao qual os magistrados estão subordinados.

Assim, em que pese serem legítimos os argumentos dos defensores dessa teoria, suas razões são contornáveis com a ponderação pautada na proporcionalidade e na razoabilidade, sempre tendo como fim a realização da Justiça.

Por fim, vale salientar que a rigidez dessa teoria é mitigada ao aceitar como sujeito à observância dos Direitos Fundamentais igualmente o particular em exercício de atividade peculiar ao Estado, assim como outros que recebem do Estado subsídios e benefícios fomentadores de sua atividade.

6.2 Teoria da aplicabilidade indireta ou mediata

Trata-se de teoria intermediária que defende que a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais é alcançada por meio das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados previstos na legislação infraconstitucional.

Segundo Fernanda Mendonça dos Santos Figueiredo, essa teoria defende a aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos essenciais, mas não permite a sua oponibilidade entre os particulares, ao fundamento de que esta provocaria um conflito entre os indivíduos que, dotados da mesma força jurídica, fariam valer seus direitos. Por essa razão, seria admitida a renúncia aos direitos essenciais por meio de contratos privados, os quais seriam um instrumento de validação do princípio da autonomia da vontade. (FIGUEIREDO, 2009).

Conforme Sarmiento (2006), essa é a adotada atualmente pela maioria dos juristas alemães e pela Corte Constitucional Alemã.

Os defensores dessa teoria reconhecem que as normas inseridas no texto constitucional projetam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, contudo, negam a possibilidade de o indivíduo invocar diretamente os Direitos Fundamentais, o que só seria permitido em caso de ausência legislativa ou de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional.

Assim, na ausência de legislação específica, compete ao magistrado dar eficácia às normas de Direitos Fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado.

Para esta teoria, a Constituição possui uma função de guia, oferecendo diretrizes para aplicação adequada do direito privado. Nesse compasso, os Direitos Fundamentais entre particulares valeriam, apenas, mediante expressa previsão de norma ordinária de direito privado.

Portanto, nota-se que a teoria da eficácia indireta ou imediata é mais cautelosa quanto aos poderes outorgados aos juizes, pois entende que a aplicação direta dos direitos fundamentais pode ocasionar a violação dos princípios democráticos e da separação dos poderes, pois a aplicação direta dos direitos fundamentais pode conceder poderes excessivos ao juiz em detrimento do legislador (Gorzoni, 2007).

Quanto à preservação da autonomia privada, defende que seja adotada, no caso concreto, a solução dada pelo legislador infraconstitucional e, somente quando essa for incompatível com o texto constitucional ou quando for ausente, é que o texto da Constituição Federal deverá servir como fundamento jurídico único, salientando que, no campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais, há de ser aferida com parcimônia, a fim de que não se comprima, em demasia, a esfera de autonomia privada do indivíduo (Gorzoni, 2007).

6.3 Teoria da aplicabilidade direta ou imediata

A terceira e majoritária corrente reconhece a oponibilidade aberta dos Direitos Fundamentais não só na relação indivíduo/Estado, mas também, na relação entre particulares, abraçando a chamada eficácia imediata (direta) dos Direitos Fundamentais, tendo uma perspectiva dos Direitos Fundamentais de dimensão objetiva. O ponto mais relevante dessa corrente é a falta de intermediação das normas de direito privado na interpretação das diretrizes constitucionais, cuja aplicação se dá prontamente, nos termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 88.

Para essa teoria os Direitos Fundamentais podem ser invocados pelos particulares, ao argumento de que, estando essas normas instituídas na Constituição, devem, pela força normativa da Constituição, ter aplicação em toda a ordem jurídica indistintamente. Logo, considerando a Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, não há motivos para distinção na aplicação de suas normas no Direito Público e no Direito Privado.

Insta ressaltar que, para essa teoria, também existe a relevante preocupação em resguardar a autonomia privada, uma vez que a aplicação dos preceitos fundamentais de forma irrestrita poderia causar um resultado oposto ao da busca pela Justiça. Entretanto, argumenta que eventual limitação da autonomia privada pode ser contornada com a ponderação a ser realizada pelo juiz na solução do caso concreto.

Nesse compasso, pode-se concluir que a autonomia privada, cujas limitações encontram-se na ordem jurídica, não pode ser exercida com prejuízo aos direitos e garantias de outros entes, principalmente aqueles positivados na Constituição Federal, uma vez que a autonomia de vontade não dá aos indivíduos, a faculdade de violar ou ignorar as restrições impostas pela Carta Política, cuja eficácia e força normativa igualmente se impõem, aos entes privados, no domínio de suas relações particulares, em sede de liberdades fundamentais.

Por fim, abalizando-se nos ensinamentos de Bobbio (1992), pode-se afirmar que o problema com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los.

6.4 A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O direito constitucional contemporâneo tem reconhecido a expansão da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. Essa tendência — produção de efeitos horizontais (entre particulares) — revela-se plenamente compatível com a Constituição Federal.

Na doutrina brasileira existe uma clara inclinação em reconhecer que os particulares não só estão vinculados aos Direitos Fundamentais, mas também que essa vinculação ao texto constitucional é direta e imediata. Daniel Sarmento (2006, p. 257).

Segundo o professor Daniel Sarmento (2006, p. 262), o Supremo Tribunal Federal aponta na direção de aceitar a aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, porém o Excelso tribunal não o faz sem antes travar uma discussão acerca do tema, ou seja, sem preceder uma fundamentação teórica que embase a opção seguida. Eis a conclusão a que chega o ilustre doutrinador:

(...) é possível concluir que mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na constituição na resolução de litígios privados. (SARMENTO, 2004, p. 297).

A doutrina lista decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas quais os direitos fundamentais incidiram nas relações privadas.

No RE 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995), discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal o gerente que exige das empregadas de certa indústria de *lingeries* o cumprimento de cláusula constante dos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob a ameaça de dispensa.

Já no RE 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), cuidou-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia ao contraditório e da ampla defesa no âmago do devido processo legal, conforme transcrito abaixo:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A

intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.ⁱ

Outrossim, no RE 161.243-DF (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997) analisou-se a legitimidade da autonomia privada na discriminação entre nacionais e estrangeiros, no que concerne à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa, consoante se observa pela transcrição seguinte:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag. 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.ⁱⁱ

Por estes acórdãos, infere-se que o STF aceita a aplicação direta de Direitos Fundamentais na resolução de conflitos privados independentemente de mediação do legislador. Embora o Pretório não tenha chegado a discutir em seus julgados as diversas teorias sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos constitucionais, é possível extrair dos seus posicionamentos a adesão à tese mais progressista, da eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

Em pesquisa jurisprudencial acerca da maneira como o Supremo Tribunal Federal tem julgado casos que envolvem vinculação de particulares aos Direitos Fundamentais, Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni chega às constatações de que normalmente há vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, que essa

vinculação normalmente é direta e que o Supremo Tribunal Federal normalmente trata o tema de forma implícita, sem maiores embasamentos (GORZONI, 2007).

Feita essa constatação, passa-se a análise da forma como o aplicador do direito faz incidir os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

7. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A BUCA PELA DECISÃO JUSTA

O sistema jurídico brasileiro não permite aos tribunais a função criadora do direito, entretanto, o juiz cria a norma para o caso particular, no caso de omissão legislativa, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais (art. 4º LICC).

A dificuldade está em entender como a escolha de uma decisão é correta em detrimento de outras, que em tese também seriam passíveis de opção, já que se busca uma interpretação mais correta e mais próxima da verdade possível.

A decisão de conteúdo jurídico terá uma ponderação de interesses: avalia-se a importância do que é apreciado baseado em uma ordem hierárquica e em um sistema de referência (TELLES JÚNIOR, 2003). A relação entre o que é julgado e seu contexto é um atributo humano de comparação, uma atividade de julgamento, uma escolha entre as diversas possibilidades, daí a necessidade de sua busca em um sistema de referência.

Na escala hierárquica mencionada, os parâmetros de interpretação poderão mudar em razão da cultura, momento histórico e lugar, fato que decorre da natureza humana que está em constante mutação. Resta claro que o sistema de referência sofre mudanças. Daí porque a missão do intérprete é contribuir para a criação e o desenvolvimento do direito.

Interpretar é atribuir sentido à norma. Essa tarefa impõe ao intérprete uma atividade intelectual a ser desenvolvida seguindo um caminho lógico e racional.

Pereira (2003) afirma que toda lei merece interpretação e não somente a obscura, ambígua ou de conteúdo confuso, haja vista que é a interpretação que dá vida à norma. Pode-se dizer que a interpretação moderniza o conteúdo normativo, trazendo-o ao momento presente, segundo as necessidades no instante reclamadas.

O intérprete fundamentará sua escolha segundo suas convicções, porém, para a fim de conferir legitimidade e validade ao conteúdo normativo deve seguir uma metodologia, extraindo o elemento literal que consiste na linguagem adotada pela norma e o elemento lógico ou sistemático, resultante do fator histórico, buscando-se o objetivo da norma. (PEREIRA, 2003)

Para Alexy (2005), os procedimentos de direito devem realizar na maior medida possível o ideal de racionalidade discursiva.

De lado oposto, Larenz (2005, p.3) entende a interpretação como “uma atividade de mediação, para qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.

Assim, o conceito de justiça está em constante mutação, de forma que o sentido das normas pode se afastar do desejo primário de seus autores. Contudo, critérios seguros devem ser seguidos para atribuir significado às normas, tais como: (a) busca do sentido literal da linguagem; (b) contexto significativo da lei; (c) intenção do legislador histórico; (d) critérios teleológicos-objetivos; (e) interpretação conforme a constituição e a inter-relação de todos estes critérios, cabendo ao intérprete justificar as razões porque considera um critério sobre o outro. (LARENZ, 2005).

Com propriedade, França (1974, p. 200), ressalta a necessidade de humanizar a lei na tarefa de interpretá-la e aplicá-la ao caso concreto, atividade realizada pelo magistrado, pois, "a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser dura, mas justa; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o bem e a equidade (...)".

Nessa direção, encontrar a decisão jurídica justa preexiste à normatização, assumindo o intérprete posição fundamental na extração do sentido da norma que alcance em sua forma mais plena, a concretização da justiça.

7.1 Distinções entre princípios e regras

A tentativa de superação do tradicional antagonismo existente entre o direito natural e o direito positivo deu origem a uma nova dogmática que vem ganhando cada vez mais espaço no mundo jurídico, sobretudo no âmbito do direito constitucional. (NOVELINO, 2008)

Dentre as principais características do pós-positivismo, destacam-se a importância dada aos valores; a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada valor constitucional supremo, e o caráter normativo atribuído aos princípios.

Os traços mais evidentes do constitucionalismo contemporâneo são, de acordo com Luis Prieto Sanchís, *apud* Novelino (2008):

mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentaria; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios (...) (NOVELINO, 2008, p. 64).

A diferenciação entre princípios e normas feita por jusnaturalistas e positivistas deu lugar, no pós-positivismo, ao entendimento de que os princípios possuem uma força normativa, vinculante e obrigatória. Partiu-se do entendimento de que a norma é um gênero do qual são espécies os princípios e as regras. (NOVELINO, 2008).

As regras disciplinam uma determinada situação, impondo resultados. Segundo Dworkin, *apud* Novelino (2008), para as regras vale a lógica do tudo ou nada. Na colisão de duas regras, fala-se em conflito; de forma que, no caso concreto, somente uma será aplicável. O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação.

Os princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico. Seu campo de incidência é mais amplo que o das regras. Entre princípios há colisão e não conflito. Ao colidirem, não se excluem. Segundo Alexy (2005), são mandados de otimização, podendo ter sempre incidência em casos concretos.

Para Canotilho (2000), as regras são normas que proíbem ou permitem algum comportamento, sem que haja exceção, enquanto os princípios são normas que exigem a realização de algo, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, da melhor forma possível. Ao contrário das regras, não prevêm um comportamento para

proibi-los ou permiti-los, mas impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, levando em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.

Conforme entendimento de Barroso (2009, p. 317), “há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica, distinguindo-se um dos outros por critérios variados (...)”.

Dentre os critérios destacados pelo doutrinador, citam-se os seguintes:

- a) Quanto ao *conteúdo*: regras são relatos objetivos descritivos de conduta a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados.
- b) Quanto à *estrutura normativa*: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas.
- c) Quanto ao *modo de aplicação*: regras operam por via do enquadramento de fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar na rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

Feita a distinção entre regras e princípios, passar-se a análise do conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

7.2 O método da ponderação de interesses

Para se proceder à análise da solução do conflito dos direitos fundamentais pelo juiz e demais aplicadores do direito, deve-se partir da constatação de que existem dois tipos de contradição de normas jurídicas em sentido amplo: o conflito de regras e a colisão de princípios (FARIAS, 1996).

Ao tratar-se de conflito entre duas ou mais regras jurídicas, apenas uma delas poderá ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, visto que o sistema jurídico não tolera regras em oposição entre si. Utiliza-se, para a resolução de antinomias aparentes entre regras jurídicas, os critérios cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Contudo, ao tratar-se da colisão de princípios, o conflito será resolvido levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, escolhendo qual deles sofrerá menos constrição que o outro no caso concreto. (FARIAS, 1996).

Segundo Robert Alexy, *apud* Farias (1996, p.96), “como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios, o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, ao caso de colisão entre direitos fundamentais”.

Outrossim, consoante Barroso (2009):

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito Contemporâneo. A Complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação, uma vez que tais antinomias não se colocam no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas” (BARROSO, 2009, p. 328)

Conforme o doutrinador são características das colisões de normas constitucionais: (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los; (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado (BARROSO, 2009).

Nos casos em que o método da subsunção se mostrou insuficiente, em razão de existirem normas de hierarquia indicando soluções diferenciadas, passou-se a utilizar uma técnica de decisão jurídica denominada ponderação (BARROSO, 2009).

A idéia de ponderação sempre esteve ligada à noção de justiça. O pensamento de que os Direitos Fundamentais não são absolutos e ilimitados também estão bastante sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro. Os limites aos Direitos Fundamentais decorrem da própria sociabilidade humana. Mesmo diante dessa

verdade, a temática da ponderação de interesses foi negligenciada por muito tempo, onde outrora predominava a teoria jurídica positivista na qual o magistrado desempenhava um papel autômato, limitando-se a realizar a vontade concreta da lei sem nada poder implementá-la.

Observa-se, todavia, com frequência, que no caso concreto há conflitos de direitos. Na atualidade, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito pátrio não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional.

Desse modo, a ponderação de interesses assume, nesse contexto, relevo fundamental. Esta consiste no método utilizado para a solução desses conflitos, que tem por característica a preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, sendo que as variáveis fáticas constantes no problema enfrentado são muito importantes para a atribuição do “peso” específico a cada valor em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.

As etapas da ponderação podem ser enumeradas da forma seguinte: (i) identificação das normas pertinentes; (ii) seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos e (iii) produção de uma conclusão (BARROSO, 2009).

Por não fornecer referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita, a doutrina tem desenvolvido alguns vetores interpretativos. De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deverá o intérprete (BARROSO, 2009):

- a) Reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma legal ou constitucional que lhe sirva de fundamento;
- b) Utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade;
- c) Produzir, na medida do possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.

Importante notar que as Constituições não contêm uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo hierarquia entre as suas normas, contudo, isso não significa que a Lei Fundamental empreste a mesma relevância a todos os interesses por ela abrigados.

Assim, as restrições aos interesses em disputa devem ser delimitadas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, devendo o julgador buscar o equilíbrio entre os princípios conflituosos.

Horta (1995) aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República Federativa e dos Direitos e Garantias Fundamentais, esclarecendo que:

(...) é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador" (HORTA, 1995, p. 239-240).

O princípio da razoabilidade tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, por parte dos juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal. O princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou da razoabilidade, é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça e, nesses casos, assume uma dimensão material. Porém, mais comumente desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas. (BARROSO, 2009).

Para Luís Roberto Barroso *apud* Novelino (2008):

qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (NOVELINO, 2008, p. 74)

Com base nessas premissas, alguns postulados são utilizados na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais (NOVELINO, 2008):

- Princípio da supremacia: A Constituição tem supremacia material e formal e na hipótese de inobservância dos critérios constitucionalmente estabelecidos, serão submetidos ao controle de constitucionalidade;
- Princípio da presunção de constitucionalidade das leis: A idéia de que os poderes públicos retiram suas competências da Lei Maior suscita uma presunção, ainda que relativa, de conformidade entre os atos por ele produzidos e a Constituição;
- Princípio da interpretação conforme a Constituição: Diante de normas polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira um sentido compatível com a Constituição;
- Princípio da simetria constitucional: Impõe a adoção, pela Constituição dos Estados-membros e pela Lei Orgânica dos

Municípios, dos paradigmas traçados pela Constituição da República, salvo quando esta dispõe em contrário;

A ponderação de interesses tem seu método pautado pelo princípio da proporcionalidade e tem sido técnica de interpretação utilizada pelo Judiciário diante de casos concretos, quando se mostrarem insuficientes os elementos de hermenêutica jurídica e os de hermenêutica constitucional.

O princípio da proporcionalidade tem sua gênese na dogmática germânica e é garantido implicitamente na Constituição Federal através da cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, LIV.

Sarmiento (2004, p. 233) expõe que “o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”.

Importa lembrar que o princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios, segundo a doutrina alemã, “os quais, em conjunto dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito” (BARROS, 2003, p. 77). São eles: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade propriamente dito.

Segundo o princípio da adequação, o meio utilizado deve ser adequado para alcançar o fim. O princípio da necessidade afirma que o meio escolhido deve ser aquele que imponha o menor sacrifício. E princípio da proporcionalidade em sentido estrito indica que deve-se desenvolver uma análise da relação custo-benefício da norma.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento para a manutenção da unidade axiológica da Constituição e sua aplicação tem por objetivo encontrar uma solução para o caso concreto onde houver evidente contrariedade entre princípio fundamental e princípio da autonomia da vontade.

Sarmiento (2004) indica como deverão ser aplicados os Direitos Fundamentais nas relações particulares seguindo dois critérios:

O primeiro critério, classificado como primordial, se apóia na dicotomia *simetria/assimetria* das partes. 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”.

O segundo critério leva em conta o tipo de questão envolvida: existencial ou econômico-patrimonial. Nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior que nos casos envolvendo questões econômico-patrimoniais. A proteção da autonomia privada em face de direito fundamental restringido irá variar segundo a essencialidade do bem envolvido.

Segundo Steinmetz (2004), nos casos em que há conflito entre Direitos Fundamentais e autonomia da vontade, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade. Assim, no caso concreto, é necessário que se examine se a restrição da autonomia da vontade, na busca pela proteção dos Direitos Fundamentais da pessoa, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Conforme Sarlet (1998):

(...)vislumbra-se no âmbito da problemática da eficácia privada dos direitos fundamentais, que as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem uma análise tópica, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um. (SARLET, 1998, p. 339)

Por fim, resta dizer que, apesar das justificativas para a utilização do princípio da proporcionalidade na solução dos casos concretos em que há colisão entre Direitos Fundamentais e a autonomia privada, críticas são feitas a esse princípio.

A principal delas é a insegurança jurídica decorrente de seu reconhecimento e aplicação, uma vez que o juiz poderia converter-se em legislador, o que, por fim, agrediria o princípio constitucional da separação dos poderes (STUMM, 1995).

Contudo, não só a função jurisdicional se encontra limitada aos valores constitucionais, mas também as atividades do legislador encontram limite na sua liberdade para fixar seus objetivos nos mesmos valores. Dessa forma, o limite ultrapassado pelo legislador quando lesa o núcleo de atuação dos direitos fundamentais, implica na atuação judicial em nome do princípio da proporcionalidade. E, nesse ponto, tanto o legislador quanto o juiz encontram-se limitados pelo mesmo critério maior do Estado de Direito. (STUMM, 1995, p. 84)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho, torna-se possível pontuar as mais importantes proposições acerca do tema exposto.

Os Direitos Fundamentais atingiram um reconhecimento social que os tornaram imprescindíveis às sociedades, representando uma garantia de justiça.

Atualmente quase não existe resistência à idéia de que os direitos individuais também irradiam efeitos para as relações particulares, porém o que se nota é um grande debate acerca da maneira como deve ocorrer a vinculação dos atores privados.

A teoria da eficácia direta e imediata tem grande apelo na utilização dos Direitos Fundamentais como instrumento de progresso social e de erradicação das desigualdades. A doutrina brasileira é, em sua maioria, sua defensora. Nossa Suprema Corte a aplica, porém sem adentrar em seus meandros doutrinários.

O grande obstáculo que se revela é a compatibilização da aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares com a autonomia privada que está na base dessas relações.

Algumas premissas essenciais foram destacadas no presente trabalho, dentre as quais: os direitos fundamentais não são absolutos e, como conseqüência, seu exercício está sujeito a limites e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em várias situações, são aplicados mediante ponderação.

A Autonomia privada não está imune à incidência dos princípios constitucionais, ao contrário, encontra claras limitações de ordem jurídica, não podendo ser exercida em detrimento dos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional.

Em outros termos, a eficácia dos direitos fundamentais está freqüentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

Como foi exposto, a colisão de princípios, diga-se, a colisão *in concreto* de normas-princípios, tem de ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade, ponderação de interesses e decisão fundamentada.

As ponderações devem respeitar o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, entretanto, a identificação do núcleo essencial só pode ser feita diante do caso concreto.

O método de ponderação, embora conceda ao juiz certa margem de discricionariedade, não é puramente subjetivo, dado que existem pautas substantivas que podem ser utilizadas para a aferição da legitimidade de cada decisão, tais como o princípio da proporcionalidade e a comparação do resultado da ponderação com a axiologia encontrada na Carta Magna.

A ponderação socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade pra promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Nesses casos, o intérprete determinará, *in concreto*, o princípio ou o direito que irá prevalecer.

E, em se tratando da atividade jurisprudencial, ao aplicar o direito, o juiz não se limita a declarar algo preexistente, pois, ele sempre põe um pouco de si, de seus valores, de suas crenças e experiências. Dessa forma, o julgador exerce um papel extremamente atuante na ponderação de interesses em conflito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de Direitos. **A honra , a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da Proporcionalidade do Direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1995.

STF - RE 158215/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 07/06/1996.

STF – RE 161243/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19/12/1997.

ⁱ STF - RE 158215/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 07/06/1996.

ⁱⁱ STF – RE 161243/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19/12/1997.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Palmas, 9 de fevereiro de 2012.