

**A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS**

**THE NEED FOR CONSIDERATION IN THE APPLICATION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LEGAL RELATIONS**

Zulmar Fachin¹

Fernando Navarro Vince²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo refletir sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Analisa as principais correntes doutrinárias desenvolvidas até hoje sobre o tema, bem como as repercussões dessas ideias no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende demonstrar que, face à dimensão objetiva dos referidos direitos, os valores constitucionais devem ser irradiados para o campo outros campos do conhecimento jurídico. Diante disso, deve-se ampliar o espaço da proteção constitucional, de modo a abranger a esfera privada, especialmente a dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico da dogmática constitucional. Constatada a possibilidade e a necessidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive como mecanismo de amenizar as desigualdades sociais, procurar-se-á comprovar que a vinculação não é absoluta e não poderá ser realizada de forma aleatória. Nessa perspectiva, por se tratar de colisões de princípios, a solução deverá seguir a técnica de ponderação que determina a eleição do interesse predominante e a proteção, na maior medida possível, dos bens postos em colisão, considerando-se a realidade específica do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Eficácia horizontal; Vinculação dos Particulares; Ponderação de Interesses

ABSTRACT

The present study is intended to reflect on the application of fundamental rights in private legal relations. It analyzes major doctrinal trends developed so far on the subject, as well as the implications of these ideas in Brazilian law. It aims to demonstrate that, given the objective dimension of these rights, the constitutional values must be irradiated to other fields of juridical knowledge. Therefore, it is necessary to

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. (UEL). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina, no Curso de Mestrado do UNICESUMAR e na Escola da Magistratura do Paraná (Londrina e Maringá). zulmarfachin@uol.com.br

² Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR e Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio - PR. fernandonavarrovince@gmail.com

expand the scope of constitutional protection, to cover the private activities, especially the dignity of the human person, axiological epicenter of the constitutional dogma. After finding the possibility and the necessity of horizontal effect of fundamental rights, also as to mitigate social inequalities mechanisms, there will be an attempt to prove that the linkage is not absolute and cannot be done randomly. From this perspective, because there are conflicts of principles, the solution should follow the technique of deliberation that determines the choice of the predominant interest and protection, to the extent possible, in respect of the assets brought into collision, considering the specific circumstances of the case.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Horizontal effectiveness; Linking of Ownership; Balancing of Interests.

INTRODUÇÃO

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha, a partir da metade do século XX, ensejando a possibilidade de incidência dos valores constitucionais nas relações estabelecidas no âmbito particular. Sustenta essa tese que as normas definidoras de direitos individuais comprometem tanto o poder público quanto o poder privado. A liberdade negocial, embora também seja reconhecida como valor de relevante expressão, não é absoluta e pode sofrer limitações, quando sua utilização colidir com outros valores igualmente protegidos pela Constituição.

A referida submissão dos particulares aos comandos constitucionais é um tema que ocupa lugar de destaque no atual contexto jurídico nacional, vez que, diante do afastamento do Estado das relações civis e o subsequente aumento do poder social, verifica-se que as ofensas aos direitos fundamentais estão cada vez mais partindo de setores privados da sociedade. Esses ataques as normas individuais estão sendo levados à apreciação do poder judiciário, porém, inexistente na doutrina e na jurisprudência, consenso em relação a como, e em que medida, a vinculação deve ocorrer.

A pesquisa justifica-se pois, mesmo considerando a relevância da matéria, nota-se que o tema ainda não foi investigado com a profundidade necessária, sendo raras as obras específicas sobre o tema. Sem a pretensão de trazer uma resposta definitiva, o trabalho proposto, poderá contribuir com a evolução do debate através da apresentação do panorama atual, a indicação das dificuldades enfrentadas e a sugestão da forma mais adequada de resolução da questão envolvendo a interferência dos valores constitucionais na seara privada.

Os objetivos do presente estudo consistem em refletir sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, analisar as principais correntes

doutrinárias desenvolvidas sobre o tema no direito comparado, verificar as repercussões desses pensamentos no ordenamento jurídico brasileiro e comprovar que, por se tratar de conflitos de princípios, o problema deverá ser resolvido através técnica de ponderação, onde o aplicador do direito irá escolher o interesse predominante, considerando as peculiaridades do caso concreto.

No âmbito deste artigo, antes de abordar o núcleo da questão, será realizada uma breve explanação sobre direitos fundamentais, visando exclusivamente destacar os aspectos que têm intrínseca relação como o tema ora proposto. Em seguida, na segunda parte do artigo, serão examinadas as principais ideias relativas à matéria, concedendo destaque especial às que surgiram e se desenvolveram no direito comparado. Já na terceira parte, abordar-se-ão os reflexos dos ensinamentos internacionais no Direito brasileiro, observando-se os pontos de congruência e realçando as diferenças que levam a teoria em análise sofrer adaptações necessárias e condizentes com a realidade local. A posição do Supremo Tribunal Federal também será conhecida através da indicação dos principais julgados proferidos pela Corte em relação à matéria. Em arremate, na quarta parte do artigo, será colacionada a solução apontada pela doutrina como sendo a mais favorável até o momento para dirimir as dúvidas decorrentes da aplicação aos direitos fundamentais nas relações privadas.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Definir direito fundamental não é tarefa das mais fáceis. A dificuldade decorre em grande parte à sua constante transformação e ampliação. Porém, num esforço argumentativo, pode-se dizer que se referem a princípios que representam a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo reservados para designar, no nível de direito positivo, prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (PEREZ LUÑO, 1979)

São aqueles que pertencem ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. (BOBBIO, 2004) Foram inicialmente concebidos para proteger o indivíduo contra a interferência ilegítima do poder estatal. E, traduziam-se em direitos de defesa, que numa perspectiva subjetiva, exigia uma abstenção do Estado frente ao cidadão.

Com o fim da Segunda Grande Guerra e o advento do Estado Social presenciou-se uma mudança importante na concepção das normas individuais. Houve uma releitura dos antigos direitos liberais, criação de novos direitos, com especial atenção à igualdade material e dignidade da pessoa humana. (SARMENTO, 2004)

Neste momento de transição, passam os referidos direitos a serem considerados valores indispensáveis da ordem jurídica, ultrapassando seu escopo inicial de limitador do poder estatal (dimensão subjetiva) para desempenhar sua função conformadora, irradiando seu conteúdo axiológico para todos os campos do direito. (dimensão objetiva).

Seguindo por essa linha de pensamento, observa-se que, as referidas normas constitucionais apresentam um lado jurídico-individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjetivo público, e um lado institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados. (NOVAIS, 2003) Sobre a irradiação dos direitos fundamentais, Bilbao Ubillos nos ensina que:

El protagonismo o el éxito de los derechos fundamentales en la cultura jurídica actual radica en que las normas que los reconocen son de aplicación directa e inmediata, pero tienen un contenido principal, un sustrato muy abierto, por lo que tienden a expandirse, a penetrar y rellenar impetuosamente todos los intersticios del ordenamiento. (2006, p.308)

Destarte, verifica-se que os mandamentos elementares em exame (admitidos então como expressão máxima dos valores) – começam a vincular não apenas o Estado, mas também as pessoas em suas relações privadas. Especialmente quando – face à evolução da sociedade e a sua participação cada vez mais frequente no exercício do poder – constatou-se que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos direitos dos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico (SILVA, 2008) Vale dizer, os ataques aos direitos do homem não vinham exclusivamente do poder público, mas também do poder social. (mercado/consumidores, relação de emprego/trabalhadores, associações/ associados)

Diante desse inaceitável quadro de ameaça aos direitos fundamentais das pessoas com assento na própria Constituição, mormente o da dignidade da pessoa humana, coube ao Direito se manifestar, o que efetivamente ocorreu com o surgimento de várias correntes doutrinárias que tinham como missão, orientar, calibrar a incidência

dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como indicar a forma como essa sujeição aconteceria.

2. PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para melhor visualização do problema, imprescindível compreender onde nasceram e como se desenvolveram as principais teorias que nortearam as discussões e influenciaram o mundo do direito com suas novas ideias. Serão abordadas, neste capítulo, as teorias da ineficácia ou negação, da *state action*, da eficácia indireta ou mediata ou de efeitos indiretos, da eficácia direta ou imediata ou aplicabilidade imediata e a dos deveres de proteção e da convergência estatista

2.1 TEORIA DA INEFICÁCIA OU NEGAÇÃO

Essa teoria nasceu na Alemanha e não aceitava a aplicação dos direitos fundamentais para além do Estado. Seus principais argumentos são: a) os direitos fundamentais serviriam exclusivamente como defesa do cidadão frente ao Estado (liberalismo clássico); b) a interferência dos direitos básicos na seara particular extingiria a autonomia privada (fim do direito privado); c) a aplicação externa dos direitos fundamentais traria insegurança jurídica às relações jurídicas, devido à outorga de elevado poder discricionário aos juízes. (nuance antidemocrática)

Atualmente essa posição se encontra sem forças. Foi isolada por conta do extremismo de suas razões, que inclusive a levou ao fracasso nos tribunais a partir da segunda metade do Século XX.

2.2 TEORIA DA *STATE ACTION*

Também teve origem em terras germânicas, porém, desenvolveu-se com maior vigor nos Estados Unidos. Assim como a escola anterior, não permite o emprego das regras constitucionais no ambiente civil. As convicções que a respaldam são: a)

proteção a liberdade individual (característica marcante daquele país). Oferta aos cidadãos um espaço imune aos comandos constitucionais, concedendo-lhes opção de escolha, margem de determinação; b) Preservação da autonomia dos Estados da Federação. Impede a ofensa ao pacto federativo que delega aos estados e não a União a competência legislar sobre Direito Privado. (Não deixa que as Cortes Federais, intervenham na disciplina dos negócios privados) (SARMENTO, 2004)

Seu ponto de vista radical foi relativizado a partir da década de 40 do século passado, quando a Suprema Corte Americana passou a adotar em seus julgamentos outra tese, a *public function theory*. Por outras palavras, nos julgados do referido tribunal, começou a prevalecer o entendimento de que, quando o particular desempenhasse atividade típica do Estado, ele estaria sim sujeito aos direitos fundamentais. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2008), a construção jurisprudencial da *state action* tem por objetivo definir - ainda que de forma assistemática e casuística - quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública. Sempre que a equiparação for possível, as atividades particulares ficariam submissas às regras substanciais.

A principal crítica que se faz a essa corrente é ausência de critério objetivo, visto que a aplicação dos valores constitucionais ficaria sujeita a opinião dos julgadores, o que impossibilitaria a construção de padrões seguros de julgamento.

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA OU DE EFEITOS INDIRETOS

A presente teoria, assim como as anteriores, foi concebida na Alemanha em 1950 pelo jurista Günter Dürig, e mesmo após acaloradas discussões, lá tem prevalecido até os dias atuais. Alegando proteção a liberdade negocial, insurge-se contra a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Todavia, admite a interferência dos valores constitucionais no campo particular de forma indireta, através de “certas pontes” que seriam representadas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esses mecanismos funcionariam como verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado, conformando-o com a ordem axiológica constitucional. (SARMENTO, 2004) Segundo seus adeptos, os direitos fundamentais, por meio das cláusulas acima, se "infiltram" no direito privado e por aí produzem seus efeitos, pois, eles não são apenas garantias dos indivíduos contra o Estado, mas

constituem também um sistema ou uma ordem objetiva de valores que se irradiam para todas as áreas do direito. (SILVA, 2008)

Os argumentos contrários a essa tese cingem-se a sua insuficiência, haja vista que não existem no ordenamento privado “pontes” necessárias a atender e solucionar as demandas que lhes são apresentadas. E mais, a vinculação indireta nada mais representaria do que a interpretação conforme a prevista no atual dinâmica constitucional.

2.4 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA OU APLICABILIDADE IMEDIATA

Sem variar, essa corrente surgiu na Alemanha na década de 50 do século passado, agora pelas mãos do jurista Hans Carl Nipperdey. Conforme dispunha esse doutrinador, os preceitos constitucionais obrigam de forma direta e imediata os particulares. Melhor, as regras capitais são aplicáveis independentemente de onde vier o ataque, seja o destinatário público ou privado.

A grande diferença entre o modelo de eficácia direta e o modelo de efeitos indiretos consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. (SILVA, 2008) De modo mais simples, as pessoas se submetem aos mandamentos previstos na Constituição, independente de “porta de entrada” ou “pontes” para irradiação dos valores básicos.

A aplicação imediata é autorizada porque, conforme já mencionado acima, as ofensas aos direitos individuais não vem mais de um lugar só (poder público), mas sim de outras frentes (atores privados). Mesmo considerando o princípio fundamental da autonomia privada, verifica-se que o setor privado, não é inviolável, e não pode ficar imune aos preceitos instalados na Lei Maior.

Com efeito, a referida inserção direta não é ilimitada, devendo ser realizada com harmonização, obedecendo-se em todos os casos, a devida ponderação ou contrapesos dos interesses envolvidos. (direitos fundamentais x autonomia privada) Nesse sentido, sustenta com maestria Juan María Bilbao Ubillos (2006) que não existe homogeneidade entre as normas fundamentais, sendo imprescindível no caso real, um estudo para aferir a conveniência ou não da eficácia externa.

Outro mérito dessa vertente seria o seu manejo como forma de minimizar os nefastos efeitos das desigualdades sociais cada vez mais profundas na sociedade moderna. Quanto maior a disparidade de condições, maior se apresenta a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. Se a desigualdade for acintosa entre as partes, a vinculação será tranquilamente admitida como forma de equilibrar a disputa. Porém, se não houver assimetria de poder, a imposição dos valores constitucionais ainda assim poderá ocorrer, mas com maior cuidado, concedendo mais espaço para o exercício da autonomia privada.

As críticas a essa doutrina já foram expostas acima, de forma invertida, quando do exame das demais teorias. Contudo, em apreço a relevância do registro, vale a repetição das censuras: permissão de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas fulminaria a autonomia privada e acabaria com o direito civil.

2.5 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Essa doutrina igualmente foi concebida na Alemanha e entende que os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado. Os particulares não estariam sujeitos aos comandos constitucionais, mas à lei ordinária, vez que caberia ao legislador promover a inscrição dos direitos humanos nas normas que disciplinam as relações privadas. Nota-se, com evidência, que a tese em exame aproxima-se muito da Teoria da Eficácia Indireta, pois a incidência dependeria da intervenção do parlamento.

Seus defensores alegam que essa corrente é a que melhor resolve o problema da eficácia horizontal, haja vista que, ao contrário dos outros ensinamentos, impede o ativismo judicial. Neste sentido, diante da ausência de previsão legislativa para dirimir o caso concreto, o aplicador da lei não poderia, através de seu poder discricionário, numa atitude antidemocrática, “criar” a lei para o caso concreto. A insuficiência de regra importaria em reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão.

As principais objeções que se fazem a essa vertente é que a mesma oferta muito poder ao juiz constitucional e a submissão dos particulares aos direitos fundamentais ficaria a mercê da produção legislativa.

2.6 TEORIA DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA

Criada na Alemanha nos idos de 1970 por Junger Schawabe, informa que a discussão sobre a eficácia da aplicação das normas essenciais nas relações jurídicas privadas é inútil, pois, independente da origem do ataque (público ou privado), o Estado sempre será o responsável pelas lesões. Por não impedir o cidadão de produzir ato ofensivo, o ente estatal se transforma num garantidor universal das lesões ocorridas aos direitos individuais. Pertence ao poder público o monopólio para criação de normas, e quando elas não são editadas, permitem o ato ilícito. E nesse sentido, a conduta do particular estaria juridicamente respaldada de forma explícita ou implícita pelo ordenamento. O Estado se torna responsável pela ofensa quando, através de leis, autoriza ou não a conduta do particular.

Essa vertente retoma as ideias do liberalismo clássico, onde apenas a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é admitida.

Essa posição é considerada desproporcional e veemente combatida pela doutrina, pois, não há como atribuir ao Estado todas as condutas praticadas em desconformidade com a lei.

3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DOUTRINA E NOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese à escassez de obras exclusivas sobre o assunto, mormente se considerada a alta relevância da matéria, verificou-se que a doutrina brasileira não ficou alheia às discussões. Influenciada pelas ideias lançadas na Europa, principalmente na Alemanha, país que dominou com folga o debate em relação ao tema, tem prevalecido por aqui à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais (SARLET, 2012)

Na obra mais completa acerca da vinculação privada, SARMENTO (2007) confirma a tendência exposta acima pontuando que a doutrina nacional opta pela eficácia direta dos direitos individuais, não ficando o particular adstrito a atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado. (SARMENTO, 2007)

Luís Roberto Barroso, por seu turno, sustenta que “(...) em uma perspectiva e avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite

máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional” (2004, p.260)

Para justificar a inclinação a favor da aplicação imediata, os teóricos locais utilizam os mesmos argumentos utilizados pela doutrina internacional, a saber: ataques aos direitos fundamentais não vêm apenas do poder público, a esfera privada não pode ficar imune aos valores e preceitos constitucionais e a vinculação diminuiria o desequilíbrio de forças permitido pela liberdade negocial.

Além dessas razões, nossos operadores do direito indicam ainda outros fatores que diferenciam a realidade nacional da estrangeira, e consolidam ainda mais plausibilidade da incidência: a enorme desigualdade social existente no Brasil, o caráter social da Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A desigualdade social presente em nosso país, permite o abuso de poder social, que leva invariavelmente a ofensas privadas aos direitos do homem. E, não será possível, diante do atual estágio de desenvolvimento do direito constitucional, que essas injúrias, dissimuladas na autonomia privada e liberdade negocial, permaneçam inatingíveis e fora do alcance dos preceitos conformadores da Constituição. Ademais, o texto constitucional brasileiro não restringe expressamente a aplicação apenas ao Estado. Pelo contrário, uma leitura mais acurada e comprometida com os novos ideais de justiça, traz a lume uma evidente e necessária vinculação passiva universal. Logo, a assimetria da sociedade brasileira reforça tese de tutela dos direitos essenciais no campo privado.

Outro argumento que reafirma a atesta a pertinência da incidência imediata é que a Constituição Brasileira é uma carta social e não cuida apenas de proteger o indivíduo da interferência estatal. Devido a sua força normativa, a norma ápice também é responsável e se incumbe da promoção da igualdade material, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada.

Por fim, a doutrina vale-se do princípio da dignidade da pessoa humana, considerada centro de gravidade da ordem jurídica e que legitima, condiciona e impõe a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares. (SARMENTO, 2007). O respeito da dignidade jamais poderá ficar refém da atividade do legislador ou à interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados (eficácia mediata). Nesse sentido, atrelar a proteção desse princípio matriz à ação do parlamento, consistiria em impedir a sua realização plena, impensável em tempos atuais.

A jurisprudência brasileira também vem mostrando simpatia pela teoria da eficácia imediata. Os julgados, cada vez mais frequentes, vêm traduzindo esse pensamento de submissão da sociedade aos valores constitucionais. No presente ensaio, devido à limitação de espaço, a posição dos nossos tribunais será representada por duas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

A primeira delas foi proferida no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Trata-se de julgamento do Tribunal Pleno do STF proferido em 07 de outubro de 1999, relativo à ação trabalhista proposta por empregado brasileiro da empresa de aviação *Air France*, alegando ofensa ao princípio da isonomia, pois, no Estatuto do Pessoal da Empresa, alguns benefícios eram concedidos apenas a trabalhadores franceses. A questão chegou a Corte Suprema via Recurso Extraordinário, depois que o Tribunal Superior do Trabalho confirmou a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, que considerou legítimo o tratamento desigual entre empregados, vez que tal procedimento era previsto em norma interna da empresa. As razões invocadas no apelo extremo centravam-se na violação do princípio da isonomia previsto no art. 5º *caput* da Constituição Federal, pois, segundo os argumentos aduzidos pelo trabalhador, a conduta da empresa não continha critérios objetivos de diferenciação, mas sim, clara discriminação por nacionalidade. Analisando o mérito da ação, os julgadores concordaram que a atitude da empregadora era ilegal porque contrariava o princípio da igualdade insculpido na Lei Fundamental.

Já a segunda sentença, emana do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Esse caso foi julgado pela Segunda Turma do STF em 11 de outubro de 2005 e foi a primeira vez que a Corte enfrentou expressamente a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A Segunda Turma, concluindo julgamento, negou provimento a Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu

associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Ministra Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa. (Informativo do STF Nº 405 – 14/10/2005)

Destarte, depreende-se dos casos acima que o Pretório Excelso vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. Por outro vértice, digno de destaque, que nossa corte máxima, tem proferido os julgamentos sem adentrar exaustivamente no mérito da questão, ou seja, sem encarar o problema da forma como deve ser enfrentado.

Com o devido respeito, nota-se que as decisões dos Ministros têm se pautado muito mais por uma intuição de justiça do que em fundamentação jurídica convincente. De qualquer modo, esse panorama de abstenção de razões tende a se modificar com o aumento de demandas nesse sentido e também com uma discussão racional do assunto promovida por ministros comprometidos com a dogmática constitucional.

Do exposto, comprova-se que a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando a eficácia direta. Contudo, essa preferência não é absoluta e irrestrita, e comportará abrandamento realizado pela ponderação dos interesses envolvidos.

4. A PONDERAÇÃO NA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão principal envolvendo a eficácia horizontal é a conciliação entre a proteção dos direitos fundamentais e a conservação da autonomia privada. Obter o equilíbrio entre esses postulados é o grande e árduo desafio, a meta a ser alcançada.

Por se tratar de colisão de princípios, a resposta será obtida através da ponderação de interesses, onde o operador do direito examinará a hipótese apresentada e identificando os princípios em atrito, escolherá qual terá mais peso e deverá obter vantagem no caso. É preciso harmonizar pretensões revestidas de um diferente grau de

centralidade relativamente aos valores essenciais do ser humano. (MACHADO, 1996) A sujeição do indivíduo não será igual à do Estado, haja vista, que se trata de realidade fática e regimes jurídicos diferentes. Num outro rumo, observa-se também que a solução precisará ser extremamente cuidadosa, vez que, presentes em ambos os lados, direitos fundamentais.

Será necessário atender o âmbito de graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em colisão, para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na relação e à natureza do caso, para apreciar os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem que tomar a decisão. (VIEIRA, 1981) A vitória de um bem não poderá acarretar no sacrifício integral e permanente do outro, devendo ser respeitada, acima de tudo, a essência valorativa do princípio subjugado.

Conforme ventilado acima, a incidência não é absoluta e comporta relativização de acordo com as especificidades e exigências do caso. Não se trata, assim, de simples troca de destinatários dos mandamentos constitucionais, é muito mais do que isso. Admitir a vinculação direta não significa aplicar os direitos básicos no espaço privado da mesma maneira que são aplicados nas relações entre cidadãos e Estado, pois, os particulares são também titulares de direitos fundamentais, o que impõe uma série de adaptações na incidência. (SARMENTO, 2004)

Para um perfeito equacionamento do problema, o balanceamento de interesses deverá considerar, além das circunstâncias específicas, o grau de desigualdades das partes envolvidas, a natureza jurídica dos bens em litígio e a dignidade da pessoa humana.

A desigualdade entre as partes representa um dos fatores principais a ser considerado no momento do sopeçamento, haja vista que, a proteção do preceito constitucional será proporcional ao desequilíbrio presente na relação conflituosa. Quanto maior for a diferença, maior deverá ser a incidência dos direitos fundamentais! A recíproca procede. Numa situação de paridade de condições, onde se nota o mesmo nível de suficiência, a liberdade negocial será mais respeitada. Isso, contudo, não significa dizer que, se houver igualdade, a seara privada estará imune. Não. Em qualquer situação, presente a equivalência de forças ou não, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a valores essenciais, a sobreposição destes estará autorizada, sob pena de impor-se uma defesa deficitária ou pela metade. A justiça não compactua com abuso, com excesso, com exploração. E nesse diapasão, o raio de incidência dos direitos

indispensáveis poderá ser delimitado de acordo com as conveniências dos detentores do poder social.

Outro fator a ser considerado na hora da ponderação é a natureza jurídica dos bens envolvidos. Assim como a desigualdade, esse aspecto contribuirá de forma relevante para a decisão justa da demanda, pois, dependendo da natureza do bem em discussão, a infiltração no contexto privado ocorrerá com maior ou menor intensidade. O novo direito constitucional promoveu um deslocamento axiológico-interpretativo das normas civis. (Constitucionalização do Direito Civil) Dentro desse panorama de mudança, surge o movimento de repersonalização do direito, que se sobrepõe ao patrimonialismo e recoloca o ser humano no centro da ordem jurídica. Por esse novo prisma, a proteção da autonomia do indivíduo é vista de outra cor. As questões pertinentes ao homem (existenciais) passam a ter precedência sobre as de caráter econômico-patrimonial.(materiais). Ser passa a valer mais do que ter.Portanto, a eficácia horizontal ficará adstrita também à natureza dos direitos afetados.

Por derradeiro, a nortear a forma e o grau de intensidade de interferência dos valores constitucionais no domínio particular, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Registre-se que, após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do neoconstitucionalismo, esse postulado se tornou o valor jurídico fundamental dos Estados democráticos. Dentre as conseqüências de sua elevação a bem supremo, está a função de orientar o processo decisório de casos difíceis, isto é, servir como critério de balanceamento na hipótese de choque de direitos essenciais.

A dignidade transformou-se no principal regulador da ponderação, pois, dentre as múltiplas decisões possíveis, deverá ser escolhida aquela que mais a prestigie. De outra maneira, terá prioridade o lado que mais for favorável a promoção dos valores atrelados a dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo tinha por finalidade discorrer sobre a necessidade de ponderação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para tanto trouxe de início uma breve e necessária explanação sobre os direitos humanos, visando precipuamente demonstrar que a concepção desses preceitos constitucionais mudou no decorrer dos tempos, de limitador do poder estatal a conteúdo axiológico conformador. De igual

forma, foi oportuno demonstrar nesse momento, por extrema relação com o tema, as dimensões subjetiva e objetiva de tais normas.

Em seguida foram analisadas as principais teorias elaboradas sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, identificando seus pontos positivos e negativos. Essa apuração realizada no direito comparado, permitiu abstrair que, de todas as correntes doutrinárias visitadas, apenas uma se insurge contra a vinculação dos particulares aos preceitos constitucionais (Teoria da ineficácia ou negação). Daí poder-se concluir, com evidência solar que, o problema principal que envolve o tema em exame não é a aceitação ou não da incidência dos valores essenciais no horizonte privado, mas sim como, e em que medida essa sujeição se daria.

No momento posterior do trabalho, foram apresentados os reflexos que as teses elaboradas no direito comparado produziram na doutrina e jurisprudência nacional, e, de imediato aferiu-se que, tanto nossos teóricos como os nossos julgadores inclinam-se a favor da eficácia horizontal imediata. Por outras palavras, os direitos fundamentais vinculariam de forma direta os particulares independentemente de mediação legislativa (cláusulas gerais e conceitos indeterminados previstos em lei). Todavia, provou-se também nessa quadra a interferência não será total e irrestrita, vez que comportará relativização consoante as especificidades que envolverem a disputa.

Já na etapa final, o ensaio cumpriu sua promessa e comprovou a imprescindibilidade de ponderação na submissão dos cidadãos às regras constitucionais. Para conferir justiça à decisão, imperioso que haja equilíbrio entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Isto é, por se tratar de colisão de princípios fundamentais, a solução é alcançada através do balanceamento de valores realizado pelo operador do direito que, analisando as peculiaridades do caso concreto e considerando o grau de desigualdades das partes envolvidas, a natureza jurídica dos bens envolvidos e a dignidade da pessoa humana, escolherá sem aniquilação, qual direito prevalecerá.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas; Limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº405. Sociedade Civil de Direito Privado e Ampla Defesa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>> Acesso em 28 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº161243. Princípio Constitucional da Isonomia. Agravante Compagnie Nationale Air France e Agravado Joseph Halfin. Relator Ministro Sidney Sanches. 07 de outubro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.201819. Legitimação da ofendida. Constrangimento ilegal. Reclamante União Brasileira de Compositores-UBC e Reclamado Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora Ministra Ellen Gracie. 11 de outubro de 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos** – Tradução Carlos Nelson Coutinho. 18 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MACHADO, Jonatas. **Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PERES LUÑO, Antoine Enrique. **Los Derechos Humanos, significacion, estatuto jurídico y sistema**. ed. 23. Sevilla: Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1979.

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

_____, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: DIDIER JR, Fredie (Organizador). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria Geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?** – Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, in Documentação e Direito Comparado, Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº5, Lisboa, 1981.