XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-089-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redunda em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recognição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: PONDERAÇÃO E DECISIONISMO JUDICIAL

THE APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PRIVATE RELATIONS: BALANCING AND JUDICIAL DECISIONISM

Fernando Navarro Vince
Zulmar Antonio Fachin

Resumo

O presente artigo aborda a utilização do método da ponderação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mais precisamente, verifica se o sopesamento de valores necessariamente traduz decisionismo judicial, o que fulminaria a legitimidade da decisão e traria insegurança jurídica nas relações estabelecidas no âmbito particular. Como se sabe, predomina entre os doutrinadores o entendimento de que o confronto envolvendo direitos fundamentais deve ser resolvido pela ponderação de interesses. Porém, a questão não é tão simples como se apresenta e está longe de ser equacionada, pois, diante da complexidade dos valores envolvidos e face à fonte inesgotável de possibilidades de solução do caso concreto, o poder de decidir demanda interpretação e traz consigo perigos como: confusão entre juízos axiológicos e deontológicos, insegurança e o decisionismo judicial. A concretização dos direitos do homem exige num primeiro momento atividade metodológica de hermenêutica, e, posteriormente, exercício de concordância visando à otimização constitucional. Entretanto, como autorizar o aplicador do direito a escolher a hipótese que deve prevalecer e evitar o subjetivismo? Como controlar a racionalidade da atividade do intérprete? Como aplicar a ponderação e evitar o decisionismo judicial? As respostas a essas e outras perguntas secundárias é o que se busca neste texto.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Eficácia horizontal, Ponderação, Decisionismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the use of the weighting method in the application of fundamental rights in private relationships, more precisely, there is the balancing values necessarily translate judicial decisionism, which ofend the legitimacy of the decision and bring the legal uncertainty in the relations established under particular. As is known, prevails among scholars the understanding that the confrontation involving fundamental rights must be solved by balancing of interests. But the question is not as simple as it appears and is far from being equated because, given the complexity of the amounts involved and given the inexhaustible source of possible solutions of the case, the power to decide demand interpretation and brings dangers as: confusion between axiological and ethical judgments, insecurity and judicial decisionism. The realization of human rights requires at first

methodological activity of hermeneutics, and subsequently agreed exercise aimed at constitutional optimization. However, since authorize applicator right to choose the hypothesis that must prevail and avoid subjectivism? How to control the rationality of the artist's activity? How to apply the weighting and avoid judicial decisionism? The answers to these and other secondary questions is what is sought in this text.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Horizontal effectiveness of fundamental rights, Balancing, Judicial decisionism

INTRODUÇÃO

Hodiernamente predomina na doutrina o entendimento que a colisão de direitos fundamentais resolve-se através da técnica da ponderação de bens ou interesses. A singeleza desta assertiva porém, não combina com a magnitude das discussões travadas sobre o tema, vale dizer, esta questão não é nova e está longe de ser pacificada. Dentro dos debates acerca do assunto, instaurou-se um impasse sobre os benefícios e prejuízos advindos da utilização do sopezamento, ou seja, se o uso deste mecanismo traria mais vantagens ou desvantagens à justiça da decisão. Os que criticam, alegam confusão entre juízos axiológicos e deontológicos, insegurança e decisionismo judicial. Já os que defendem, reconhecem as falhas e perigos do método, contudo, sustentam que ainda não existe alternativa melhor para resolver a testilha sob exame.

O presente divórcio doutrinário motivou a presente pesquisa, pois, entende-se que o subjetivismo está sim presente nas decisões judiciais (mesmo porque é impossível isolá-lo totalmente do julgamento) mas seus efeitos podem ser minimizados/legitimados pela indispensável argumentação jurídica.

Assim, busca-se com o estudo, enfrentar a celeuma sobre o uso indiscriminado da técnica da ponderação axiológica, mormente na incidência dos direitos humanos nas relações jurídicas interprivadas, bem como analisar as formas de evitar que a discricionariedade do aplicador do direito ultrapasse os limites do razoável e do proporcional, e se transforme em ilegítimo decisionismo judicial.

Para melhor compreensão do assunto e organização lógica das ideias, foi essencial para o desenvolvimento do ensaio, o enfrentamento de temas correlatos como: as dimensões objetiva e subjetiva, a natureza principiológica, a relatividade e ausência de hierarquia axiológica dos direitos fundamentais; interpretação constitucional; subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; liberdade negocial; discricionariedade da autoridade; argumentação jurídica, importância da fundamentação das decisões para a implementação efetiva do Estado Democrático de Direito.

A metodologia utilizada foi a de análise bibliográfica realizada por meio de levantamento doutrinário, com o escopo de estabelecer uma discussão célere e objetiva sobre

o exercício do balanceamento e a eliminação dos riscos de ocorrência de arbitrariedade jurisdicional. Sem a ingênua pretensão de trazer uma resposta definitiva, o trabalho ora 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.

No âmbito deste artigo, antes de abordar o núcleo da questão, serão transcritas considerações sobre os direitos fundamentais, visando exclusivamente destacar os aspectos que guardam intrínseca relação como o assunto ora examinado. Em seguida, na segunda parte do artigo, serão examinadas as principais ideias relativas à ponderação e sua importância como método para equacionar a colisão de direitos fundamentais. Já na terceira parte, abordar-se-ão os reflexos do balanceamento na eficácia externa dos direitos subjetivos, realçando a relevância das circunstâncias específicas do caso concreto, o grau de desigualdades das partes envolvidas, a natureza jurídica dos bens em litígio e a dignidade da pessoa humana. 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 exercício da ponderação de interesses.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste momento inicial, necessárias algumas linhas sobre direitos fundamentais, em especial e com maior vigor nos pontos que mais interessam ao desenvolvimento do estudo, quais sejam: a transição do escopo inicial de limitador do poder estatal (que impede a ilegítima interferência do poder público na vida do cidadão) a agente conformador (que através do fenômeno da irradiação do conteúdo axiológico, vincula todas as áreas do ordenamento jurídico); a natureza principiológica e a eficácia dos supracitados comandos legais..

Não é tarefa fácil definir direitos fundamentais. A tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir a exatidão, a especificidade de conteúdo e abrangência que o tema alcança. (NASCIMENTO, 1997). Entretanto, para efeito didático, utiliza-se a posição de Jorge Miranda (2014) que os preceitua diretamente como sendo direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas

assentes na Constituição. Referem-se assim, 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)

Neste diapasão, devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos. (CANOTILHO, 2000) Pertencem ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. (BOBBIO, 2004)

Originariamente editados para impedir a interferência ilegítima do poder estatal na esfera particular, traduziam-se em direitos de defesa, que numa perspectiva subjetiva, exigia uma abstenção do Estado frente ao cidadão. Mas, diante do fim da Segunda Guerra Mundial e o implemento do Estado Social, observou-se uma mudança importante na concepção das normas individuais. Conforme Sarmento (2004), houve uma releitura dos antigos direitos liberais, criação de novos direitos, com especial atenção à igualdade material e dignidade da pessoa humana.

Diante desta transição, passam os referidos direitos a serem concebidos como 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) Logo, estes direitos subjetivos adquirem vinculação e correspondência em toda ordem jurídica, constituindo a lente para a releitura de todos os demais ramos do direito e o objeto de concretização pelos seus mais diversos intérpretes.

Outro aspecto que mantém ligação com o desenvolvimento deste artigo, e, portanto merece destaque, é natureza principiológica dos direitos fundamentais, pois, os mesmos são,

em alguma medida, enunciados por normas indeterminadas e imprecisas, gerando uma diversidade de resultados discursivamente possíveis. (ALEXY, 1988)

Elencados na Constituição Federal, possuem forte conteúdo axiológico, haja vista que representam os valores jurídicos mais importantes para o homem, destacando-se por elevada posição hierárquica no sistema jurídico. Por esse relevo, na maioria das vezes detém natureza jurídica de princípios, ou seja, para o direito, eles são considerados princípios. São reverenciados como bases, pilares, vigas-mestra, do ordenamento jurídico sem que a essa exaltação sejam agregados elementos que permitam melhor compreende-los e aplicá-los (ÁVILA, 2014)

Com efeito, contendo a qualidade de postulados, os preceitos essenciais do homem apresentam uma estrutura aberta, na qual são necessárias a delimitação e a operacionalidade de seus conteúdos normativos na ordem jurídica, não sendo rara, contudo, a superposição de valores. Concretizar os direitos e as garantias fundamentais exige, assim, uma atividade metodológica de interpretação e, posteriormente, de conciliação, de concordância ou de coordenação, enfim, uma atividade de otimização constitucional.

Durante o positivismo, os princípios não tinham tamanha relevância, sequer eram considerados normas, mas sim valores éticos a serem seguidos pela sociedade. A aplicação era subsidiária, sendo utilizados como instrumento para dirimir um conflito no caso de ausência de lei. Esse quadro mudou e atualmente, segundo palavras de Bonavides (2005), não será possível compreender o atual estágio de desenvolvimento do direito constitucional, sem se compreender os princípios. Expresso de modo diverso, eles superaram a crença puramente axiológica para adquirir força normativa imediata.

Outra função moderna dos princípios é servir como fonte de atualização das constituições. Dito de outra forma, nota-se que o seu caráter mais indeterminado possibilitam a oxigenação das constituições através de interpretações atuais e de acordo com seu tempo.

Além disso, convém destacar agora, para completar o raciocínio pretendido, a relatividade dos referidos comandos constitucionais, vez que, os mesmos não se revestem de caráter absoluto, não são ilimitados e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna. A comprovar tal assertiva, cita-se o entendimento utilizado

várias vezes pelo Supremo Tribunal Federal, de que um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas. Ou seja, dependendo das circunstancias concretas e dos bens jurídicos em colisão, podem ter que ceder. Todos são, por sua própria natureza relativos. (CAMBI, 2011)

Nesta trilha, pertinentes são os ensinamentos de Novais (2003), para quem os direitos fundamentais são dotados de imanente reserva legal de ponderação e podem ser relativizados, abrandados, suavizados quando em confronto com outro direito fundamental que no caso concreto tenha maior relevância.

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição Federal reflete inúmeras ideologias diferentes e por diversas vezes, os preceitos constitucionais acabam chocando-se entre si, independente da solução a ser adotada nesses conflitos sempre, existirá a restrição, por vezes total ou parcial, de um ou dois valores. Não se admite aniquilação nem extermínio de direito, mas sim uma limitação que, na hipótese vertente posterga a eficácia do preceito constitucional.

Portanto, não existem princípios superiores e não existe ordem de precedência. Todos são passíveis de restrições recíprocas a depender da análise do caso concreto, quando caberá ao intérprete avaliar e decidir qual deles deve prevalecer. Esse caráter de relatividade permite que haja a ponderação entre eles e, em hipóteses de colisão, decida-se pela aplicação do principio mais justo e adequado a hipótese vertente.

2 PONDERAÇÃO COMO MÉTODO PARA EQUACIONAR CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais são insuficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais, pois, frente ausência de hierarquia, não há como resolver abstratamente antinomia de valores. No trabalho de sopesamento, importante que se registre, não se está diante de valores aritméticos, motivo pelo qual a equação do problema não se resolve por métodos matematizantes. A propósito, Ana Paula Barcellos (2006) ensina que a ponderação pode ser descrita como uma técnica de

decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.

Como resolver, então, o problema da colisão de direitos fundamentais, se abstratamente eles tem a mesma posição, mesma envergadura? A solução deve vir à luz do caso concreto, através do balanceamento, que se operacionaliza pelo princípio da proporcionalidade, que tem por essência e destinação a preservação, na maior medida possível dos direitos fundamentais. (GUERRA FILHO, 2006). A doutrina socorre-se, então, do método de ponderação de bens ou 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. Aqui encontra-se o nó górdio da ponderação: invariavelmente uma norma constitucional será descumprida. O julgador deverá decidir, naquele caso, qual norma vale menos e a restrição somente poderá ser admitida se for proporcional.

A propósito da necessidade de interpretação e ponderação, Tércio Sampaio ensina que:

> Ora, a ideia subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, isto é, a ideia de que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas, expectativas de realização e concreção, só seria bem atendidas juridicamente, na medida em que se introduzisse, na hermenêutica constitucional, uma consideração transformadora, de ordem axiológica, da própria realidade. Ou seja, pressupondo-se que uma Constituição apresenta, no seu corpo normativo, uma sistema de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, torna-se uma realização de valores e não apenas uma consideração valorativa, capaz de orientar a determinação do sentido dos dispositivos. Com isso o procedimento hermenêutico de captação dos sentidos do conteúdo nas normas torna-se exigência de realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores.(2007, p.06)

Dessa forma, o principio da proporcionalidade, conhecido por limite dos limites, atua como ferramenta indispensável para aferir a legitimidade e a adequação das normas com os ditames da justiça e da razão. Todavia, o exercício do referido método interpretativo não pode ser realizado de forma aleatória, com base em critérios subjetivos. O referido postulado possui dimensões que condicionam a sua aplicação, e eliminam o perigo da subjetividade. Essas dimensões são concretizadas através da observação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação entende-se que devem ser utilizadas medidas apropriadas para alcançar a finalidade prevista no mandamento. O meio escolhido foi o pertinente para atingir o

resultado almejado? Se não, desrespeitou-se o principio da proporcionalidade, então a medida não poderá obter guarida do poder judiciário. Já em relação à necessidade, exige-se que a decisão escolhida seja a que produz menor prejuízo para o cidadão e para a coletividade. Não podendo ser excessiva, nem tampouco insuficiente. Nem de mais nem de menos. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde a ponderação. Técnica que determina avaliação, sopesamento, vez que cobra uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. Prós e contras. O benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Portanto, verifica-se que a nova interpretação constitucional escora-se num modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.

3 A PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada pela doutrina de eficácia privada ou eficácia externa dos direitos fundamentais (SILVA, 2005; SARMENTO, 2004; SARLET, 2012; CANARIS, 2009) 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 teoria 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.

Conforme já mencionado, os direitos fundamentais, admitidos 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 vem mais exclusivamente do poder público, mas também do poder social. (mercado/consumidores, relação de emprego/trabalhadores, associações/ associados)

A referida submissão dos particulares aos comandos constitucionais é um tema atual e que ocupa lugar de destaque no 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. 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 sopesamento, haja vista que, a proteção do preceito constitucional será proporcional ao desequilibro 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 se 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.

Com efeito, nota-se que a utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de se servir a subjetivismos exacerbado, caso seus limites não seja observados. O sopesamento de valores não traduz uma forma de decisionismo judicial, vez que sua incidência fundamenta-se no princípio da proporcionalidade, que se aplicado corretamente, observando as dimensões da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, demonstra certa objetividade. Certa objetividade, porque a objetividade total é utópica e inantingível, pois, ainda que se pretenda muito, inexiste fórmula matematizante que consiga impingir ao balanceamento caráter exato ou absoluto.

4 PONDERAÇÃO E DECISIONISMO JUDICIAL

Segundo o ilustre mestre lusitano Canotilho (2000), os direitos fundamentais, devido a sua natureza de princípios são normas com alto grau de abstração, e, diante dessa indeterminabilidade, para sua implementação carecem de ampla mediação concretizante do intérprete, a quem competirá adaptar o catálogo de direitos às situações da vida. Neste mister, deve o aplicador do direito de antemão, identificar os direitos fundamentais antagônicos, depois atribuir-lhes justificadamente valores, e por fim decidir qual deve prevalecer, optando pelo meio mais idôneo, conferindo assim, ao vencedor concretude.

É preciso dizer que existe sim um espaço de atuação volitiva ofertado ao julgador, vez que toda a interpretação funda-se necessariamente numa posição prévia, razão pela qual, esta tarefa nunca é uma apreensão isenta de pressuposições de um dado preliminar.

(HEIGEGGER, 2000). Contudo, a opção, para ser legítima, deve conter fundamentação, informação dos motivos de fato e de direito que levaram o intérprete a preterir um valor. Os argumentos favoráveis e contrários devem aparecer e embasar o trabalho hermenêutico. Porém, esse espaço de atuação não implica, necessariamente em decisionismo judicial, subjetivismo ou arbitrariedade, vez que não há, reafirma-se propositalmente, processo de interpretação e otimização constitucional, sem atuação discricionária (ALEXY, 2008). A opção do julgador somente é permitida se necessária a compatibilização da decisão judicial à ordem constitucional e em casos de extrema fluidez textual, abertura estrutural ou antagonismo entre direitos e garantias fundamentais. (SARMENTO, 2004)

As razões justificantes devem obediência e estar em consonância com a pauta de valores estabelecidas na Constituição e não atender a anseios íntimos do magistrado. Para evitar confusão axiológica, o processo de aplicação do direito deve seguir uma organização de raciocínio e uma construção argumentativa metodologicamente ordenada. Aí se encontra a objetividade legitimadora da decisão. Além do mais, a exposição dos argumentos jurídicos também oportunizará o controle de racionalidade esperado.

A situação extraordinária caracterizada pela complexidade dos valores em colisão não admite decisão mecânica advinda do processo normal de subsunção. Não há o que fazer, senão deixar ao arbítrio da autoridade a escolha pela opção mais adequada, necessária e proporcional, de acordo e nos moldes dos valores plasmados na Lei Fundamental. Todavia, a opção deve ser transparente e fundamentada para minimizar os riscos à segurança jurídica.

E mais, considerando que a indeterminação do direito não pode ser eliminada, deve-se enfrentar a abertura hermenêutica da jurisdição com base na análise precisa da fundamentação das decisões judiciais, que devem ser adequadas ao paradigma constitucional vigente.

Nesse sentido, observada a impossibilidade fática de se antever todas as situações que poderão ocorrer e a necessidade da ponderação, destaca-se relevância da fundamentação racional das decisões judiciais, em face de um sistema jurídico que deve ser reconhecido enquanto um ordenamento estruturalmente aberto, indeterminado e principiológico, sem que se reforce o decisionismo ou se comprometa o ideal de segurança jurídica e a supremacia da constituição”. (COURA 2009, p.49)

Destarte, nota-se que existem duas formas de balanceamento, um decisionista e outro racional. Nos dois a resposta advém de escolha do intérprete, que decidirá qual interesse deverá prevalecer. A diferença, que conferirá legalidade e racionalidade à opção, é a argumentação jurídica apresentada. Dela se poderá extrair, de maneira objetiva, além da consonância com a Constituição, a eliminação de qualquer resquício ou sinal de arbitrariedade. A aplicação do direito deve decorrer do processo racional, oportunamente justificado e amparado, contrário a subjetivismos e decisionismos, que não podem vingar num Estado que se deseja Democrático de Direito.

A legitimidade da ponderação depende da argumentação! Mas não qualquer argumentação, deve-se obediência a utilização de critérios racionalmente critérios legítimos para a correta valoração na atividade jurisdicional. O respeito à fundamentação racional deve ser compatível com ao nível de abertura da norma. Quanto maior for a valoração subjetiva do intérprete, maior deve ser o cuidado. De forma mais direta: quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. (CAPPELLETTI, 1993)

A fundamentação permite analisar a justiça da decisão e a ampara politicamente. Além disso, permite o controle social da atividade do juiz, afastando-se assim, a insegurança e a incoerência jurídica que podem se fazer presentes no caminho do sopesamento. Reafirma-se aqui que a neutralidade total do é utópica, mas deve-se, face ao compulsória obediência aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, diminuir o risco de arbitrariedades e perseguir um julgamento adequado, que a interprete racionalmente o ordenamento jurídico e traga soluções que correspondam aos anseios sociais.

Portanto, de tudo que foi exposto, pode-se afirmar que não existe, em termos gerais e abstratos, uma solução pronta para a questão do confronto de direitos fundamentais. A técnica da ponderação, apesar dos perigos que contém, é necessária concretizar as promessas constitucionais e precisa obrigatoriamente, para obter respaldo legitimador e diminuir a margem de subjetivismo, de argumentação racional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo prometeu uma reflexão sobre a utilização do método da ponderação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas, mais especificamente buscou verificar se o sopesamento de valores representa compulsoriamente caso de decisionismo judicial.

Para cumprir o compromisso assumido, a primeira parte do estudo destinou-se a preparar o terreno para o embate principal. Foram trazidas considerações sobre os direitos fundamentais, destacando os aspectos que guardam maior afinidade e pertinência com o assunto examinado, a saber: mudança de finalidade de limitador a conformador, natureza principiológica e a eficácia das mencionadas normas jurídicas constitucionais.

Posteriormente, num segundo momento, adentrando ao objetivo principal do trabalho, veio à lume, de forma abreviada, uma noção preliminar de ponderação, com intuito de demonstrar a contribuição importante deste instituto para a consolidação das bases do Estado Democrático de Direito e concretização dos valores constitucionais, mormente sua especial participação para balizar, justificar e legitimar as difíceis decisões envolvendo os direitos fundamentais do ser humano.

Em seguida, na terceira etapa do artigo, foi investigada a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os reflexos que a ponderação produzem na citada teoria. Por apego a didática, foi destacado que as circunstâncias específicas do caso concreto, o grau de desigualdades das partes envolvidas, a natureza jurídica dos bens em litígio e a dignidade da pessoa humana tem relevância magnânima na incidência dos valores constitucionais na seara privada, bem como devem ser levados em conta no momento da decisão.

Por fim, na quarta e última parte do artigo, foi abordada a questão crucial do ensaio e respondidas as indagações formuladas no corpo do texto, no sentido de que o aplicador do direito, diante de um caso concreto que envolva confronto de direito fundamentais, deve a principio, identificar os valores antagônicos, depois, utilizando dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, num exercício de sopesamento, atribuir peso compatível aos interesses conflitantes e decidir a contenda.

A discricionariedade existe, vez que toda interpretação necessariamente traz consigo a subjetividade do intérprete, porém, a decisão é legitimada e respaldada pela argumentação

jurídica traduzida pela exposição dos motivos favoráveis e contrários que orientaram o decreto. Assim, tem-se que os riscos inerentes ao trabalho do julgador, concretizados pela possibilidade de decisionismo judicial, subjetivismo ou arbitrariedade, são minimizados/eliminados e a objetividade imprescindível do ato estatal aparece. A escolha é necessária, permitida e legítima, desde que fundamentada e escorada na tabela axiológica prevista na Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Temas de Direito Constitucional**, **Tomo III**: Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**¸20ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**.São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento. Embargante: Distrito Federal. Embargado Alberdan Nascimento de Araújo e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de junho de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao. htm>. Acesso em: 08 dez. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direitos Privados.** trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999.

_____, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo cara a compreensão das normas constitucionais piogramáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para análise critica da "jurisprudência" de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro Del Estado de Derecho**. Trad. Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Paris: Trotta, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional**: Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

HEIGEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Marcia de Sá Cavalcante. Parte I. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 .ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT: São Paulo, 2002.

_____, A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **A Inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. vol.2. out.2002

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional**: Liberdade de Fumar. Privacidade. Estado. Direitos Humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.