COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CRÍTICAS À CONCRETIZAÇÃO DESTES DIREITOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Vivien Félix Silva[*]

RESUMO: Tendo em vista que os direitos fundamentais têm por finalidade imporem limites à atuação do Estado, o presente estudo propõe, de maneira crítica, refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações firmadas entre os particulares sem, contudo, mitigar a autonomia privada, sendo este um dos princípios de cunho eminentemente social que compõe a teoria contratual contemporânea. É reconhecido na doutrina e jurisprudência o caráter de princípio das normas de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal da República de 1988 e eventuais colisões entre esses direitos são solucionadas, na maioria das vezes, pelo Poder Judiciário através de técnicas interpretativas próprias, a fim de encontrar uma resposta eficiente e justa a cada fato apresentado. Em virtude dessa postura proativa do Poder Judiciário que acaba por exercer em alguns casos o papel do Poder Executivo ou Legislativo, questiona-se a legitimidade da sua atuação na concretização dos direitos fundamentais em virtude da complexidade e abertura normativa que o caracterizam.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Relações privadas. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade de impor limites ao poder do Estado-soberano, sendo direitos exercidos contra o Estado, não possuindo, a princípio, maior relevância no que se refere às relações particulares. Assim, apesar da divergência doutrinária sobre a definição dos direitos fundamentais, estes podem ser conceituados de forma sintetizada como os direitos humanos positivados na esfera do

[*] Advogada. Graduada pela Universidade Tiradentes em 2010 e Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe em 2015.

Direito Constitucional.

Desta feita, a evolução histórico-política dos direitos fundamentais, em especial no período do Absolutismo, resultou como fundamento destes direitos uma exigência de abstenção do Estado para que o indivíduo pudesse ter liberdade de exercê-los, dentro daquilo permitido em lei.

Tem-se aqui o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e com ele surgiram forças privadas capazes de desestruturar as relações jurídicas entre particulares, com a sujeição do mais fraco em detrimento do mais forte, muitas vezes em virtude de sua superioridade econômica.

Assim, este artigo tem por objetivo analisar a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações privadas, admitindo a sua oponibilidade contra os particulares, a fim de dar efetiva proteção a esse direito primário dos indivíduos, necessitando, muitas vezes, para isso de uma intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, sob a perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, pretende-se examinar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, momento em que se questionará se a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário implicaria em uma ofensa à autonomia privada ou até mesmo em um exercício irregular das funções dos Poderes Legislativo e Executivo, apontando as críticas e posicionamentos favoráveis sobre o tema.

2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fala-se em eficácia vertical dos direitos fundamentais quando se analisa as relações entre um ente "superior", o Estado e outro "inferior", o cidadão.

De acordo com Marcelo Novelino (2008, p. 231), o exercício do poder estatal encontra limites nos direitos fundamentais, pois estes impõem restrições à sua atuação nas relações com os indivíduos, ponto central da doutrina liberal clássica. Fala-se em "eficácia vertical dos direitos fundamentais", por que nessa relação há hierarquia e subordinação, sendo o Estado, o único destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais.

No século XX, teve início na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que arguia a defesa da atuação destes também nas relações entre particulares. Trata-se da eficácia horizontal ou efeito

externo dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros.

Perfazendo um breve histórico sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, destaco que o Ministro Gilmar Mendes[1], ao analisar a matéria em comento e proferindo o seu voto no Recurso Extraordinário n. 201819 – 8, dentre vários exemplos traz o "Caso Wallraff", da Alemanha, em que um repórter, se valendo de uma identidade falsa, conseguiu um emprego em uma redação de jornal, conhecido pelo seu caráter sensacionalista. Tempos depois, escreveu um livro com todo o material adquirido naquele emprego.

A empresa jornalística ingressou com uma ação contra o "falso" repórter e o editor do livro, sendo esta rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, a Corte acolheu o recurso impetrado, manifestando o entendimento de que "entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação, sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos".

Pontua, assim, que o referido Tribunal reconheceu um efeito jurídico subjetivo aos direitos fundamentais. Faz-se necessário, portanto, uma eficiente atuação de defesa por parte do Poder Judiciário e uma vez existentes lesões a estes direitos nas relações privadas, a sua defesa se dará sob dois aspectos: "aos direitos constitucional objetivo e ao direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado", sendo este último a sua maior obrigação de zelo e respeito.

Por conseguinte, resta claro que o nascedouro da discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se deu na doutrina e jurisprudência alemãs.

Daniel Sarmento[2] destaca que a Constituição Federal da República do Brasil de 1988 dispõe sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao afirmar,

> [...] só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isso não acontece em grande parte dos casos de, nas aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares,

> nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente [...] (2008, p. 240).

A *doutrina* elenca três teorias que abordam sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, quais sejam, Teoria da Ineficácia Horizontal (ou Doutrina do *State Action*), Teoria da Eficácia Horizontal Indireta ou Mediata e Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata, que serão abordadas a seguir, uma vez que a sua compreensão é indispensável para a aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto (relações particulares).

De acordo com Daniel Sarmento, a Teoria da Ineficácia Horizontal (ou Doutrina do *State Action*) teve seu nascedouro na Alemanha, como um contraponto a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Adotando a tese do Liberalismo Clássico, que defende serem os direitos fundamentais somente direitos de defesa contra o Estado. No entanto, essa teoria não fora adotada pelo Tribunal daquele país, perdendo, assim, a sua importância (2008, p. 188).

Por fim, o referido autor argumenta que a Teoria do *State Action* está intimamente relacionada com o caráter individualista da Constituição e da cultura judaica americana. Assim, apesar de ainda ser um entendimento dominante no direito americano, este não proporciona uma proteção efetiva aos direitos fundamentais, posto que ameaças aos direitos fundamentais podem vir tanto do Estado, quanto de um ente particular. (2008, p. 196)

Oportuno ressaltar que no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8 (anteriormente referido e que versou sobre o direito e restrições das associações privadas, ao julgar um caso de possível ofensa ao princípio da ampla defesa quando da exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores), o voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes rechaçou a aplicação da Teoria do *State Action* no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaco, portanto, as palavras do Ministro Celso de Mello ao

acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do recurso acima mencionado, a saber,

> É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência a atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impuseram, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Por sua vez, a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta ou Mediata também surgiu na Alemanha, e teve como denfensor o jurista Günter Dürig, sendo esta teoria amplamente adotada pela Corte Constitucional daquele país.

De acordo, com Ângelo Márcio Kloster[3],

> Segundo aponta essa teoria, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ocorrer de forma mediata, ou seja por meio de cláusulas gerais acolhedoras de direitos fundamenatais estabelecidas pelo legislador. Essa teoria tem por pressuposto condicionar os direitos fundamentais na seara privada por meio de uma mediação legislativa que vincula o particular de forma indireta (2010, p. 13).

E continua,

> Seguindo nessa ordem, a teoria da eficácia mediata enfatiza que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas extinguiria a autonomia da vontade, arranhando as estruturas do Direito Privado, o qual ficaria à mercê do Direito Constitucional (2010, p. 13).

Há o entendimento entre os defensores desta teoria que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve acontecer de forma atenuada e moderada. Deve, assim, se materializar no caso concreto através de cláusulas gerais implícitas no ordenamento civil ou mediante regras próprias do direito privado.

Para Daniel Sarmento (2008, p. 200), a aplicação da teoria mediata leva a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário o papel de preencher as cláusulas indeterminadas deixadas pelo legislador, bem como reprová-las por inconstitucionalidade quando afrontarem diretamente os direitos fundamentais.

Pode se concluir desta teoria, que não há um sistema integral de proteção dos direitos fundamentais nas relações particulares, precisando sempre da intervenção do legislador infraconstitucional ou do Judiciário, para assegurar a sua defesa e exercício.

Por fim, há a Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata, que apesar de defendida inicialmente na Alemanha através de Hans Karl Nipperdey, na década de 50, não tem aplicação naquele país.

Para Ângelo Márcio Kloster (2010, p.14), nesta teoria, há uma ampliação da defesa e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, podendo ser suscitados por qualquer integrante da relação privada, sem a necessidade da existência de uma mediação legislativa, para garantir ampla proteção a esses direitos.

De acordo com Ingo Sarlet (2006, pp. 392-400), no momento da aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, dois aspectos devem ser observados em um primeiro momento: uma vez presente uma relativa igualdade das partes que compõem a relação jurídica, o princípio da liberdade deve ser o norteador da relação, a exceção se dará, com a consequente aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade.

A outro giro, quando a relação privada acontece entre indivíduos (ou grupo de indivíduos) com grandes diferenças de caráter econômico ou social, há consenso para a aplicação da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, pois esta relação privada equipara-se àquela que se estabelece entre os particulares e o Estado.

Há ainda, uma ponderação dos aplicadores desta Teoria para que a proteção demasiada dos direitos fundamentais nas relações privadas

proporcione um achatamento da autonomia da vontade nas relações privadas. Neste momento, mostra-se imprescindível a atuação do julgador, que analisando o caso concreto, pode e deve fazer um juízo de ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais em conflito (LIMA, 2008).

Nesta senda, vale ressaltar que as críticas existentes quanto a esta teoria de achatamento das relações privadas não deve prevalecer, posto que qualquer norma privada deve estar sempre em consonância com as normas constitucionais, formando um sistema harmônico e que refute qualquer ameaça aos direitos fundamentais, em todos os aspectos, inclusive o privado (KLOSTER, 2010, p. 15).

O Supremo Tribunal Federal[4] adotou a Teoria da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, a saber,

> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço

de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal

> acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO"

A teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais também é aceita nas relações de trabalho, servindo como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no ano de 1997 e que impôs a Air France (empresa privada) igualdade de tratamento entre trabalhadores franceses e brasileiros.

Oportunamente colaciono a ementa do julgado acima mencionado:

> 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 119/45,

> III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrente no caso.
> IV – R.E, conhecido e provido.[5]

Assim sendo, infere-se que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, predomina a aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, ou seja, a ponderação de valores nas disputas geradas entre particulares, que tenham por objeto os direitos fundamentais. No entanto, essa aplicação não deve ser irrestrita, mas deve, uma vez utilizando como parâmetros os princípios da razoabilidade e proporcionalidade afastar a insegurança jurídica que venha a nortear as relações privadas, com a aplicação dos direitos fundamentais.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES PRIVADAS: CONVIVÊNCIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA

3.1 NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O positivismo jurídico ensejou a criação de uma ciência jurídica em moldes semelhantes às ciências exatas e naturais, as quais objetivam sempre a busca pela objetividade científica.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso ensina,

> A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional,* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte

> desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (2014, p. 351-352).

A tipologia dos direitos fundamentais está nos critérios formais e materiais a teor do que disciplina o Título II da Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

O critério formal relaciona-se com a origem dos direitos fundamentais que estão elencados na Carta Magna e que são frutos do regime e dos princípios por elas adotados, bem como aqueles decorrentes dos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil manifeste interesse em ser parte (PIOVESAN, 2003, p. 44).

Por outro lado, o critério material refere-se a tutela dos direitos fundamentais compreendidos entre os direitos individuais, coletivos, sociais, políticos e à nacionalidade, de acordo com o que preconiza os artigos 5º a 14 da CFRB. São direitos inerentes ao homem e suas relações particulares, sociais, econômicas ou culturais (PEÑA DE MORAES, 2014, p. 552).

Dirley da Cunha Júnior[6] (2013) esclarece que dentre os critérios elencados pela doutrina para se construir com uma "relativa precisão" um conceito material de direitos fundamentais deveria ser apontado o critério da dignidade da pessoa humana, devendo este ser considerado o critério unificador de todos os direitos fundamentais que a ele devem se reportar sempre e em todos os aspectos.

E alicerçando o seu conceito de direito fundamental cita Ingo Sarlet:

> [...] concluímos que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto do Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material) (SARLET citado por Cunha Jr, 2013, p. 550).

Por conseguinte, realizadas as ponderações sobre os critérios formais, materiais e o da dignidade da pessoa humana, o autor afirma que entre eles há o reconhecimento de valores fundamentais no âmbito da sociedade, bem como das normas que os consagram. E afirma:

> [...] são da espécie "normas-princípios", já que expressam *mandados de otimização (Optimierungsgebote)*, distinguindo-se das normas - regras que, menos abstratas e menos genéricas, descrevem uma hipótese fática e preveem as consequências jurídicas de sua ocorrência. São os direitos fundamentais, portanto, os *princípios jurídico-constitucionais especiais,* que conferem densidade semântica, vale dizer, concretizam o *princípio jurídico-constitucional fundamental e estruturante do respeito a dignidade da pessoa humana*" – grifos do autor (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 550).

Diante do exposto, reconhecida está, na doutrina, a natureza principiológica dos direitos fundamentais, sendo tal reconhecimento de fundamental importância quando houver conflitos entre si, ocasionando, por consequência, a repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas.

3.1.1 COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de passarmos a analisar a colisão entre regras e princípios, importante destacar as distinções existentes na doutrina entre os dois termos estudados, tendo em vista os paradigmas interpretativos do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.

De acordo com o exposto no capítulo primeiro, na evolução jusfilosófica do Direito, no Positivismo temos as características da aproximação absoluta do Direito com a norma e a sua rígida separação dos valores da sociedade, as quais deram lugar ao pós-positivismo que entre as suas características guarda deferência relativa ao ordenamento positivo, mas respeitando as ideias de justiça e de legitimidade.

(BARROSO, 2014, p. 328) E, é nesse contexto filosófico que se reconhece a normatividade dos princípios, enquanto instituto jurídico.

Há o consenso na doutrina que a principal diferença entre os dois institutos seria a *generalização* baseado na premissa de que "os princípios se distinguiriam das regras por serem generalizações das mesmas, aplicáveis igualmente a todas as relações jurídicas" (PEREIRA, 2001, p. 143).

Alexy e Dworkin[7] ao contrário do que defende a maioria da doutrina sobre o tema, defendem que a principal diferença entre regras e princípios é a aplicabilidade. E ponderam que as regras, uma vez válidas, eficazes e existentes no ordenamento jurídico, a sua aplicabilidade é a medida que se impõe de maneira absoluta, por outro lado, os princípios dependem do contexto jurídico ou fático para que se dê a sua aplicação e cumprimento no caso concreto e por tais motivos são chamados de mandado de otimização.

Explica, por fim, que esta diferença sobressai quando existente um confronto normativo para a regência do caso concreto. E diz,

> O conflito de regras, pelo fato de conterem determinações absolutas para cumprimento, só pode ser resolvido de duas maneiras: a) introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou b) declarando uma delas inválida. Um exemplo hipotético é a existência de duas normas, uma proibindo determinada conduta e outra obrigando o mesmo comportamento. Todavia, o mesmo não pode ser aduzido quanto às colisões de princípios. Nestas, em função das circunstâncias concretas, não serão necessárias nem a inclusão de uma cláusula de exceção, nem a declaração de invalidez de um dos princípios concorrentes. Em verdade, deflagrada a colisão, um princípio deve ceder lugar a outro em virtude desse possuir maior "peso" em relação ao contexto e, portanto, firmar uma relação de preferência condicional ao caso" (ALEXY *apud* PEREIRA, 2001, p. 145).

Por conseguinte, aprofundando o tema da distinção entre princípios e regras, Luís Roberto Barroso (2014) aponta as particularidades da

aplicação e aduz:

> [...] a aplicação dos princípios se dá predominantemente, mediante *ponderação.*
> É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente que começam despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático (BARROSO, 2014, p. 357-358).

De acordo com Marcelo Novelino (2014, p. 132-133), deve haver uma preferência pela aplicação das regras em relação aos princípios, não podendo afirmar, portanto, que entre os atos normativos existe uma hierarquia, mas sim uma prevalência no âmbito da aplicação.

Explica assim, que uma vez existentes conflitos entre normas do mesmo plano, a existência de uma regra específica sobre determinada situação afasta a aplicação do princípio.

Por outro lado, havendo confronto entre regras e princípios, o intérprete deve dar preferência à utilização da regra, pois esta expressa a vontade do legislador e representa o Estado Democrático de Direito.

Nessas situações, o doutrinador elenca as hipóteses que afastariam a aplicação da regra, quais sejam, quando esta for "*inconstitucional* ou sua aplicação provocar uma situação de *manifesta injustiça*, em razão de circunstâncias extraordinárias presentes no caso concreto e que não poderiam ter sido antecipadas pelo legislador".

Uma vez existente uma crescente adesão pela doutrina da utilização

dos princípios para a solução de casos concretos, dos confrontos do referido instituto nasce a Teoria ou Técnica da Ponderação de Interesses que será abordada no tópico que segue.

Assim, a colisão entre direitos fundamentais decorre do seu exercício por diferentes titulares e comporta temperamentos, posto que "nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção" (MENDES, 2015).

Vale ressaltar, de acordo com o já explicitado anteriormente, há um consenso doutrinário em reconhecer a natureza principiológica dos direitos fundamentais. Nesta seara, conclui-se que uma colisão entre direitos fundamentais como no caso apontado acima reconduz-se a um conflito de princípios.

Essa questão ganha destaque quando há divergência nos limites de cada direito fundamental, sendo necessária a adoção de providências para determinar quais deles deve prevalecer na solução daquele impasse. A doutrina elenca como critérios orientadores para a solução desse impasse a especialidade e inexistente uma relação geral ou especial e o da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro.

Oportunas, então as palavras do então Ministro Gilmar Mendes quando da concorrência de direitos fundamentais, a saber:

> Em se tratando de comportamento abrangido tanto por direito fundamental especial quanto por direito fundamental geral, como o direito amplo de liberdade, tem-se como regra assente que a proteção há de ser conferida pelo direito fundamental especial. Assim, as medidas restritivas em relação à liberdade de reunião ou à inviolabilidade do domicílio aplicam-se por força do disposto no artigo 5º, incisos XVI e XI, respectivamente, e não por força do princípio geral da liberdade (CF, art. 5º, II).
> (...)
> Pode ocorrer que determinada conduta esteja abrangida pelo âmbito de proteção de dois direitos. Nessa hipótese, pode-se optar pela aplicação daquele que abarque características adicionais da conduta, revelando uma especialidade intrínseca

> entre eles.
> (...)
> Finalmente, se se verifica que determinada conduta se coloca ao abrigo do âmbito de proteção de direitos diversos, sem que haja relação de especialidade entre eles (concorrência ideal), então há de se fazer a proteção com base nas duas garantias. Se se trata de direitos fundamentais de limites diversos, eventual restrição somente poderá ser considerada legítima se compatível com o direito que outorga proteção mais abrangente" (MENDES, 2015, p. 251-252).

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2015) pondera que mesmo respeitada a unidade da Constituição, esta não rechaça a possibilidade de identificar normas de diferentes pesos em uma ordem constitucional.

No entanto, aduz, ainda, que a "fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico". Pontua, por fim, que a hierarquização de direitos fundamentais somente seria admitida na aplicação de casos peculiares e especiais.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2015) pondera que o problema analisado por tais precedentes é sem dúvidas o conflito entre direitos, mesmo que não haja nenhuma menção expressa, restando ao fruto desse julgamento apresentar uma discussão sobre o peso dos bens constitucionais em determinada situação fática. E assim leciona:

> Os critérios para resolver essas indeterminações são vários, nada obstando a que sejam combinados entre si. Para compreender que bens jurídicos são protegidos e que ações estão alcançadas pelo Direito, pode-se recorrer à teoria liberal dos direitos fundamentais, que assinala nesses direitos feição essencialmente de defesa do indivíduo contra os Poderes Públicos. Pode-se recorrer a teoria dos valores, que postula que os direitos fundamentais possuem caráter objetivo, orientando-se para a realização dos valores protegidos pela norma

> constitucional. Em outros casos, ainda, a limitação intrínseca da norma de direito fundamental encontrará embasamento na consideração da função social que o direito proclamado exerce, em especial tendo em vista o seu significado para o regime político (BRANCO, 2015, p. 188).

Outrossim, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 333-334) os limites dos direitos fundamentais estão na Constituição Federal, nas leis e nas decisões do juiz constitucional quando existente um determinado fato concreto. Entende que deve, portanto, existir uma proteção contra leis que venham restringir tais direitos e parâmetros ao juiz aplicador da lei, sendo este um dos temas mais complexos da moderna dogmática constitucional.

Quando existente um fato concreto caracterizado pelo confronto de direitos fundamentais, cabe ao Magistrado ao realizar o seu papel jurisdicional utilizar o juízo de ponderação entre os valores em conflito, contemplando as circunstâncias peculiares de cada caso. "Daí afirmar-se, corretamente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade" (MENDES, 2015, p. 240).

Assim, no tópico que segue serão realizadas considerações sobre a utilização da Técnica da Ponderação como um meio utilizado para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, ao analisar a disponibilidade de um bem jurídico realizando, sempre, um juízo de razoabilidade e proporcionalidade.

3.1.2 UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Pacificado e consolidado o entendimento doutrinário do caráter normativo do princípios, bem como da natureza principiológica dos Direitos Fundamentais abordaremos nesse tópico os pensamentos jurídicos dedicados à elaboração de teorias quando existentes dificuldades na sua aplicação de interpretação, bem como a determinação do seu conteúdo e eficácia quando existente em um determinado caso concreto um conflito entre os direitos fundamentais.

Neste sentido, Dimoulis ensina:

> A colisão deve ser enfrentado somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, como aqui feito, porque um direito fundamental de outro titular de direito pode estar limitando o exercício de direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal (2012, p. 161).

E, nesse contexto nasce a Teoria da Ponderação, exposta em primeiro momento por Alexy.

Para Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 146) e citando os ensinamentos de Alexy uma vez existente uma colisão entre princípios deve se utilizar a ponderação de modo racional, posto que esta teoria está intimamente relacionada com a regra da proporcionalidade, concebida com um dos critérios centrais da configuração da racionalidade. A Teoria da Ponderação de Interesse traz as regras da necessidade de observação de três sub-regras, quais sejam: "regra da adequação, regra da necessidade e regra da proporcionalidade em sentido estrito".

Analisando os elementos do Princípio da Proporcionalidade e colhendo os ensinamentos do ordenamento jurídico alemão sobre a matéria, o Ministro Gilmar Mendes leciona:

> O subprincípio da *adequação (Geeignetheit)* exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio "é simplesmente inadequado" (*schlechthin ungeeignet*), "objetivamente inadequado" *(objektiv ungeeignt*), "manifestamente inadequado ou desnecessário" (*of- fenbar ungeeignet oder unnötig*), "fundamentalmente inadequado" (*grundsätzlich ungeeignt*) ou "se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado" *(ob mit seiner Hilfe der gewunschte Erfolg gefordet werden kann)*. O subprincípio da necessidade *(Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado

> com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, a adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*" – grifo do autor (MENDES, 2015, p. 226-227).

Reside na doutrina uma grande divergência sobre o fundamento do princípio da proporcionalidade. Parte da doutrina defende a ideia de que os direitos fundamentais são o alicerce do princípio da proporcionalidade. Já outra corrente defende a ideia de que tal postulado representa o Estado Democrático de Direito, uma vez que o início do desenvolvimento do referido princípio se deu com o surgimento do poder de polícia do Estado (MENDES, 2015, p. 218).

A Teoria da Ponderação mostra-se de fundamental importância quando na aplicação da técnica de decisão a subsunção da norma ao fato concreto restar ineficiente para garantir a segurança jurídica daquele julgado (BARROSO, 2014, p. 360).

De acordo com o autor acima citado é possível descrever a ponderação como um simples processo, a saber,

> Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação.
> [...]
> Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] Embora os princípios e regras tenham existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido.
> [...]

> É na *terceira* etapa que a ponderação ira singularizar-se, em oposição a subsunção. (...) Pois bem: nessa fase dedicada a decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*."

A regra da ponderação encontra o seu alicerce no postulado da proporcionalidade, tendo em vista que "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção" (MENDES, 2015, p. 241).

Quando se fala na relação entre o juízo de ponderação e proporcionalidade, no momento em que há o sacrifício de um determinado direito fundamental em detrimento de outro, o objetivo primordial deverá ser sempre o resultado menos danoso. O ônus imposto ao direito sacrificado não pode sobrelevar o benefício que se pretende alcançar com a solução. O direito em causa deve ser preservado em sua essência, comprimindo-lhe no menor grau possível (ANDRADE citado por BRANCO, 2015, p. 184).

Desta maneira, é possível a compreensão que a prevalência de um direito sobre o outro é determinada em função das características do caso concreto.

A partir do momento em que o efetivo exercício de um direito fundamental pelo seu titular colide com preceitos constitucionais, caberá ao Poder Judiciário analisar e limitar esse direito, desde que fundamentado, utilizando-se de interpretação sistemática e o critério da proporcionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, mais conhecida como "ação das biografias não autorizadas", apresentou um caso concreto de colisão entre direitos fundamentais, quais sejam o direito à informação x direito à intimidade privada.

A defesa e concretização de um destes direitos pelo Poder Judiciário, trouxe a problemática de que se a realização desta função pelo Magistrado não configuraria em uma usurpação das atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo e uma consequente afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.

De modo a fundamentar tais questionamentos, a ministra e relatora da ação acima citada ao julgar sobre a inconstitucionalidade da norma prevista nos artigos 20 e 21 do Código Civil, informa ainda sobre o projeto de lei que pretende mudar o conteúdo e aplicação da norma contestada no caso em comento, a saber:

> Parece de tal clareza a inconsistência constitucional das regras dos arts. 20 e 21 do Código Civil que a polêmica instalada conduziu à ação legislativa na busca de alternativas normativas compatíveis com a Constituição.
> Projeto de Lei da Câmara nº 42 de 2014 (PL 393/2011, na origem) propõe a modificação do artigo 20 do Código Civil para "garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura na hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade" (BRASIL. Congresso Nacional. Redação final Projeto de Lei nº 393/2011, de 6 de maio de 2014. Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Aprovada pela Câmara dos Deputados).
> Pelo projeto, o parágrafo único do art. 20 do Código Civil em vigor transforma-se em § 1º, sendo acrescentados dois novos parágrafos, nos quais se disporia que a ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão

> pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade. (Congresso Nacional Redação final Projeto de Lei nº 393/2011, 2014).
> O § 3º estabelece regras para o caso de sobrevir dano decorrente da obra:
> "Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio" (Congresso Nacional Redação final Projeto de Lei nº 393-C de 2011).
> A justificativa do projeto de lei está em que a alteração nos dispositivos impediriam "cerceamentos" do direito à informação dos cidadãos, extinguindo-se a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias (Congresso Nacional Redação final Projeto de Lei nº 393-C de 2011, 2011) (pag. 117-118).

Pois bem, analisado o final do voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia – voto este vencedor e acompanhado por mais sete ministros – abre-se espaço para o questionamento: o Poder Judiciário estaria exercendo "antecipadamente" o papel inerente ao Poder Legislativo?

E, este questionamento mostra-se perfeitamente plausível, pois, o projeto de lei que serviu como parâmetro para a interpretação e aplicação da norma pelo Poder Judiciário dá azo ao entendimento que tal atitude configuraria em uma antecipação da matéria ainda não decidida pelo legislador, mas já gerando efeito na vida do particular (e da sociedade como um todo) por meio da atuação do magistrado.

Neste contexto, estamos diante do ativismo judicial, que pode ser traduzido como uma postura proativa do Poder Judiciário, de maneira a influenciar e interferir de modo significativo nas opções políticas dos demais poderes. Em contraponto, esse fenômeno jurídico também é apontado pela doutrina como um mecanismo apto a concretizar os direitos fundamentais.

Uma vez contextualizado a questão do ativismo judicial para a

concretização dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, a seguir será abordado, de forma crítica, o tema do ativismo judicial.

4 ANÁLISE DAS CRÍTICAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

A teoria do princípio da separação dos poderes preconizada pelo filósofo Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*, o qual identificou a existência de três funções estatais intimamente ligadas a três órgãos específicos, autônomos e independentes entre si, não havendo mais que se falar na concentração de poderes nas mãos de um único soberano, conforme preconizava a forma de governo despótica e característica do Absolutismo.

Sobre a necessidade da existência de uma separação de poderes de modo a exercer um controle na atuação do Poder Executivo (no caso, o monarca), Montesquieu afirma:

> Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo se junta ao Executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o Poder Judiciário não está separado do Legislativo e do Executivo. Se houvesse tal união com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o Judiciário se unisse com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos" (MONTESQUIEU *apud* BOBBIO, p. 137).

Com o advento do Constitucionalismo, grande foi a mudança da

atribuição das funções de cada um dos órgãos estatais, uma vez que houve uma ampliação da atuação do Poder Judiciário, que assumiu um caráter político, ao lhe ser imputado a responsabilidade da definição de questões fundamentais para a sociedade. Atribui esse fato ao contexto histórico pós-Segunda Guerra Mundial, quando houve uma maior valorização do positivismo sob a "forma de princípios e orientadas pelo pluralismo".[8]

O conceito de supremacia da Constituição é fruto do Positivismo, traz consigo a ideia de uma subordinação do conteúdo das normas infraconstitucionais à Constituição de um país, cabendo ao Poder Judiciário não só aplicar a lei ao caso concreto, mas também analisar a compatibilidade daquela lei presente no ordenamento jurídico com a Carta Magna, de acordo com Almeida (2014, p. 61).

O conteúdo político das Constituições do século XX, por traz em seu bojo os princípios de legitimação do poder e não somente a sua organização. Assim, a atuação do campo constitucional não se restringe ao Estado, mas toda a coletividade.

Ao tratar da função política da jurisdição constitucional, Almeida (2014, p. 63) defende que a divisão entre os três poderes está sendo superada ante a existência de um sistema de cooperação entre os poderes, enfatizando a existência de um diálogo institucional entre eles e não em sua separação absoluta das funções estatais.

E, é nesse contexto que nasce o instituto do ativismo judicial em nosso ordenamento jurídico, trazendo também questionamentos acerca da incompatibilidade desta atuação do Poder Judiciário e o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 60 da CF e considerado cláusula pétrea.

Luís Roberto Barroso (2009. pp. 10-17) ao tratar sobre o tema ativismo judicial elenca duas críticas ao fenômeno e que estão intimamente ligadas com a separação de poderes, quais sejam, os riscos para a legitimidade democrática e a imposição de limites à capacidade institucional do Judiciário.

Sobre a imposição de limites a capacidade institucional do Poder Judiciário diz:

> [...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea,

> antes eleva do que diminui (BARROSO, 2009, p. 17).

Explica, assim, que há entre os Poderes um sistema de controle recíproco e mesmo que tenha o juiz competência definida em lei para o julgamento definitivo de determinada lide, deve para isso prestigiar as informações prestadas pelos Poderes Executivo e Legislativo que podem ter um maior domínio sobre a matéria, em virtude suas funções exercidas. Traz como exemplo uma ação que envolva a demarcação de terras indígenas. Estariam aí, os limites impostos ao Poder Judiciário quando do ativismo judicial.

A crítica em torno da ofensa à legitimidade democrática aduz que os membros do Poder Judiciário que não foram eleitos pelo povo não poderiam, consequentemente, proferir decisões contrariando o ato daquele representante direto do povo.

Entretanto, aponta duas justificativas aptas a rebaterem tal crítica: de naturezas normativa e filosófica.

O fundamento normativo é a Constituição Federal que permite esse tipo de comportamento político do Poder Judiciário em especial o Supremo Tribunal Federal e "ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou legislador, isto é, pelos representantes do povo".

A justificação filosófica reside no fato de que mesmo que o legislador represente a maioria do povo votante, a decisão por ele tomada pode não ser correta ou justa. Assim, seria papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, "velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais".

Para Lenio Streck (2013), o ativismo judicial gerou o fenômeno da "juristocracia" (ou judiciariocracia) que aponta uma "intricada relação interinstitucional entre os três poderes". Assim, no contexto político atual tem-se se dado bastante relevância ao Poder Judiciário, como único ente apto a resolver qualquer tipo de questão.

Acredita, assim, que o problema não está na judicialização propriamente dita, mas na maneira como as "questões judicializadas" devem ser decididas, devendo existir aí um controle sempre pautado nas disposições constitucionais. Exemplifica, assim, que em várias unidades da federação, o crescente número de ações judiciais sobre acesso à

saúde oneraram de sobremaneira o orçamento dos Estados, posto que as decisões proferidas em sua maioria são "discrepantes sobre o que é insignificância no furto e na sonegação de tributos".

Afirma que há um excesso de ativismo judicial, o qual não deve ser confundido com o judicialismo político. O ativismo judicial não pode ser caracterizado somente quando o julgamento for contra o Poder Legislativo, bem como pelo número de ADINS julgadas, posto que esse número for pequeno, não quer dizer necessariamente que houve pouca intervenção na atividade do Poder Legislativo.

Alerta que a crítica sobre o ativismo judicial não deve se pautar quando o magistrado faz uma interpretação conforme os preceitos da lei ou a Constituição, mas quando julga totalmente ao contrário do que o Poder Legislativo objetivava propor quando editou determinada lei. E aponta o caso da regulamentação e reconhecimento das uniões homoafetivas, em que o STF ao realizar seu papel interpretativo, excluiu qualquer significado do art. 1723 do Código Civil, dando a partir daí um efeito vinculante à decisão.

Fala também sobre a existência de uma "espécie de presidencialismo de coalizão judicial" e que o órgão da Suprema Corte, em grandes causas, vem julgando por políticas e não por princípios. E mais uma vez elenca o caso do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, pois não houve uma manifestação no sentido de postular a regulamentação através da seara política, se dirigindo os interessados diretamente ao Supremo para resguardar os seus direitos, dando efetividade de lei permanente, uma norma posta no ordenamento jurídico como medida provisória.

Apesar do texto de Lênio Streck ter sido confeccionado no ano 2013, o fenômeno acima apontado, pode ser facilmente apontado no ano de 2015, pois o reconhecimento da política do sistema de cotas foi considerada constitucional pelo STF, sem ao menos existir nenhuma proposta de intervenção política.

Entretanto, no ano de 2014 foi editada a Lei nº 12.990/2014, que "*Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.",* e em seus artigos assim dispõe:

> Art. 1º (caput) e § 1º e 2º: *omissis*
>
> § 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.
>
> Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Da leitura dos artigos trazidos, denota-se que falta o IBGE instituir critérios objetivos para a definição de cor ou raça, para que, a partir daí o candidato possa se declarar negro e concorrer às vagas previstas no edital do certame público. Assim, diante dos diversos questionamentos sobre o tema, evidente está a necessidade de uma regulamentação da lei, no entanto, o governo federal não demonstra ter planos de editar um decreto regulamentador da norma.

Foram objetos de ações judiciais enfrentando esse mesmo problema, com a contestação do conteúdo de vários editais de concursos públicos, no entanto, em novembro de 2015 o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, citando julgados do STF, decidiu pela utilização do critério fenotípico para aferir se o candidato é negro ou não.[9]

Nesta senda, acertado parece ser o posicionamento de Lenio Streck sobre a atuação do Poder Judiciário, em especial do STF, posto que realizou uma função destinada ao legislador, mesmo que a lei explicitamente tenha disposto que cabia ao IBGE tratar sobre a matéria. Há, portanto, a necessidade de um controle mais rígido do ativismo judicial sobre esse aspecto, entendendo a autora deste trabalho que pode haver uma intervenção judicial nesse sentido somente quando configurada a inércia do Poder Legislativo, que poderia afetar a fruição de direitos sociais e fundamentais pela coletividade.

Compactuando do mesmo entendimento, Gesta Leal (2007) leciona que essas interpretações extensivas realizadas pelo Poder Judiciário se

traduz em uma mitigação do modelo da democracia representativa, a saber,

> Se há migrações pendulares de concentração do Poder Estatal neste particular, por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo, (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por vezes no Judiciário (em face das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico) isto não implica a negação (mas talvez a mitigação) do próprio modelo da democracia representativa [...] o cidadão que necessita do mínimo essencial para a sua sobrevivência, em virtude da omissão ou incompetência das autoridades públicas, não pode ser feito prisioneiro da discricionariedade e de uma visão arcaica do Princípio da Separação de Poderes. Assim, nos casos em que o Estado se mantém inerte, omisso, o Poder Judiciário tem um papel a cumprir. Portanto, é necessária certa dose de ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais (LEAL, 2007, p. 31).

Neste sentido, o atual sistema democrático preconiza e impõe a efetivação dos direitos fundamentais, sendo imperiosa a atividade do magistrado, mesmo que seja através de decisões interpretativas extensivas, quando esta objetiva solucionar conflitos que envolvam a ofensa a direitos fundamentais, uma vez que o cidadão ficar à mercê de uma atividade legislativa tardia, ineficiente e injusta.

Sobre o tema, são as palavras de Silvio Dobrowolski:

> A exposição procedida nos tópicos anteriores conduz à certeza, de que o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a

> separação dos poderes, a Justiça tem de elevar - se à condição da autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado.
> **De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super-poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas –** grifo meu (DOBROWOLSKI, 2011, p. 99).

Por fim, a intervenção do Poder Judiciário nas relações entre particulares, quando existente uma afronta a princípios fundamentais, não importa necessariamente em uma violação ao princípio da separação de poderes, pois o Supremo Tribunal Federal responsável pela atuação final e oficial dos dispositivos constitucionais, ao julgar determinado conflito não está criando uma lei, mas sim analisando um confronto de direitos fundamentais de cada indivíduo, aplicando a que mais se aproximar dos preceitos e direitos constitucionais.

Ademais, vale ressaltar, que esta atuação do Poder Judiciário será sempre legítima quando verificada a inércia do Poder Legislativo e Executivo, devendo-se criar uma cultura na sociedade, em especial aqueles que operam com o Direito, que se eventual defesa do seu processo depender da atuação dos Poderes Legislativos ou Executivos, a eles devem ser solicitadas, primeiramente, qualquer pedido de garantia do seu direito.

CONCLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao reconhecerem a natureza principiológica dos direitos fundamentais. E, havendo um confronto destes direitos, seja na relação indivíduo – Estado ou indivíduo – indivíduo, a solução deste conflito deve ser pautada em um juízo de ponderação, a fim de verificar a importância de cada um e escolher qual direito deverá de ter precedência sobre o outro.

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, várias são as teorias elencadas pela doutrina sobre o tema. No Brasil, a jurisprudência adota a Teoria da Eficácia Horizontal Direta ou Imediata caracterizada pela desnecessidade de uma interferência legislativa para

que um indivíduo possa pleitear a defesa do seu direito fundamental ofendido.

Nesta seara, uma vez adotada esta teoria, quando existente o conflito entre direitos fundamentais nas relações privadas, o julgador deve observar a relativa igualdade entre as partes, o princípio da liberdade que norteia a relação de modo a não proporcionar um achatamento da autonomia da vontade, elemento inerente às relações privadas e uma ponderação de valores para que assim possa resguardar de forma mais ampla possível o direito fundamental do particular.

A relevante importância social dada à Constituição Federal da República, que tem como fundamento a solidariedade e a dignidade da pessoa humana resvala em uma necessidade de uma incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares para lhes garantir efetividade. E neste momento, de extrema importância tem sido a postura proativa do Poder Judiciário para garantir a sua máxima efetividade.

Diante disso, abre-se o questionamento de que se o Poder Judiciário ao intervir nas relações privadas quando existente uma afronta a um direito fundamental, não estaria realizando um papel do Poder Executivo ou Legislativo, violando, assim, o princípio da separação dos poderes. Essa postura proativa do Poder Judiciário, influencia e interfere de modo significativo nas opções políticas dos demais poderes e é chamado de ativismo judicial.

No entanto, da análise das críticas sobre o crescimento do fenômeno do ativismo judicial brasileiro, entendo que não há que se falar em violação ou usurpação de atividades do legislador. Não se está aqui atribuindo Poderes para legislar ao Judiciário. A função legiferante, própria do Poder Legislativo, resta intacta, remanescendo ao Supremo Tribunal Federal analisar a existência de um conflito das normas já viventes no ordenamento jurídico, aplicando a que mais se aproximar dos preceitos constitucionais, desde que comprovado que não houve uma inércia do Poder Legislativo em resguardar os direitos fundamentais, posto que desta maneira, a intervenção proativa do Poder Judiciário será o único mecanismo apto a concretizar tais direitos.

COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS: CRITICISM OF ACHIEVING THESE RIGHTS BY JUDICIARY

ABSTRACT: Considering that fundamental rights are intended to impose limits on state action, this study proposes critically reflect on the effectiveness of fundamental rights in relations signed between individuals without, however, mitigate the private autonomy, which is one of the eminently social nature of principles that make up the contemporary contract theory. It is recognized in doctrine and jurisprudence the character of principle of fundamental rights standards provided for in the Federal Constitution of 1988 and collisions between these rights are addressed, for the most part, by the Judiciary through its own interpretive techniques in order to find an efficient and fair answer every fact presented. Because of this proactive stance of the Judiciary to end up exercise in some cases the role of the Executive or Legislative Branch, question the legitimacy of its role in the achievement of fundamental rights because of the complexity and regulatory openness that characterize it.

KEYWORDS: Fundamental rights. Private relations. Judiciary.

Notas

1 Acesso em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784
2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
3 A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630. Acesso em 17 de outubro de 2015.
4 (STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64)
5 BRASIL. STF. Autos do processo. Recurso Extraordinário 161.243-6. Ministro – Relator: Carlos Velloso. Data da publicação: DJ 19.12.1997. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655. Acesso em 14 de novembro de 2015.
6 CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. edição rev. ampl. e atualizada. Editora Juspodium: Salvador, 2013. Pag. 546-551.
7 Citados por PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2001, p. 142-145.
8 ALMEIDA. Leonardo Souza Santana. A jurisdição constitucional: confronto com o princípio da separação dos poderes e a democracia. 2014, pp. 56;60, in *Revista da Esmese* , v. 20.
9 "Justiça decide que candidato precisa parecer negro para entrar em cota". Notícia veiculada pelo site UOL em 10/11/2015. Disponível em : http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/11/10/justica-decide-que-candidato-precisa-parecer-negro-para-entrar-em-cota.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Leonardo Souza Santana. *A jurisdição constitucional*:

confronto com o princípio da separação dos poderes e a democracia. *Revista da Esmese* , v. 20. 2014.
BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Atualidades jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.* n. 4, janeiro e fevereiro de 2009. Artigo disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em novembro/2015.
_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.
BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BRASIL. STF. Autos do processo. Recurso Extraordinário 201.819-8 Ministro – Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784 Acesso em: 26 de setembro de 2015.
_____. STF. Autos do processo. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF Ministro – Relator: Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Julgado em 10 de junho de 2015
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
DOBROWOLSKI, Silvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo*. Disponível em http://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15778/14280. Acesso em: 11 de novembro de 2015.
KLOSTER, Angelo Márcio. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630. *Revista Virtual da AGU*, n. 98, 2010. Acesso em 17 de outubro de 2015.
LEAL, Rogério Gesta. *O Estado - Juiz na Democracia Contemporânea*: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
LIMA. Henrique. *Efeitos horizontais dos direitos fundamentais*. Jus Navigando. Teresina, ano 12, número 1812, 17 de junho de 2008.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392> Acesso em 04 de outubro de 2015
MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual, - São Paulo: Saraiva:2015.
NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.
PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Ed. Del Rey: Belo Horizonte. 2001, p. 142-145
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,2008.
STRECK, Lênio. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico. 13 de junho de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns. Acesso em 07 de novembro de 2015.