

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DO
CONSUMIDOR**

ALINE SCHNEIDER

**DIREITOS FUNDAMENTAIS X AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE TEÓRICA E
PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS PRIVADOS NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO**

PORTO ALEGRE

2014

ALINE SCHNEIDER

**DIREITOS FUNDAMENTAIS X AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE TEÓRICA E
PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS PRIVADOS NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO**

**Trabalho de conclusão do Curso de
Especialização em Direitos Fundamentais e
Direito do Consumidor da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista em Direito
do Consumidor.**

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder
Reverbel**

**PORTO ALEGRE
2014**

À minha Mãe, pelo amor, apoio e paciência.

AGRADECIMENTOS

A realização desse trabalho contou com a colaboração, mesmo que indireta, de diversas pessoas, as quais não posso deixar de agradecer.

Dessa forma, primeiramente, agradeço à minha família e amigos por todo o apoio e compreensão no período de elaboração desta monografia.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel, pelas ideias que contribuíram para a construção desse texto.

Por fim, agradeço ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o qual me proporcionou um grande aprendizado ao longo da minha especialização.

RESUMO:

Os direitos fundamentais foram, originariamente, concebidos apenas como salvaguardas de proteção ao arbítrio do Estado. Todavia, na medida em que ocorreu o desenvolvimento da sociedade, passaram a existir novos atores sociais capazes de representar grandes ameaças aos direitos primários dos indivíduos. Dessa forma, a doutrina começou a aceitar a possibilidade de particulares também constarem no polo passivo de lides que envolviam os direitos fundamentais. Entretanto, vislumbrou-se, quando da incidência desses direitos nas relações privadas contratuais, uma grave dificuldade: a ampla probabilidade de colisão entre os direitos fundamentais de um particular e a autonomia privada do outro. Nessa monografia, analisar-se-á a tensão que envolve ambas as partes, especificamente, nas relações privadas de consumo, pois nelas se evidencia a capacidade de alguns particulares ferirem os direitos fundamentais de outros. Isso acontece porque a relação de consumo é desigual, uma vez que o fornecedor é quem comumente detém a superioridade econômica, jurídica e técnica e, em razão disso, não raro ofende os direitos da parte contratante. Acentua-se, portanto, a necessidade de os direitos fundamentais serem aplicados nessas relações e, por conseguinte, da resolução do conflito existente entre eles e a autonomia privada, questão essencial das relações intersubjetivas. Como um possível método de solução para o embate, apresentar-se-á o princípio da proporcionalidade, por meio de uma abordagem teórica (doutrinária) e prática (jurisprudencial).

Palavras-chave: Autonomia privada. Direitos fundamentais. Conflitos intersubjetivos. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The fundamental rights were, originally, conceived just as safeguards to protect the State's will. However, along with society's development, came into existence new social actors capable of representing great threats to the primary individual rights. Therefore, the doctrine started to accept the possibility of private persons to be also included in the passive pole of demands that involved fundamental rights. Nevertheless, it was noticed a grave difficulty when those rights began to incident on private contractual relations: the wide probability of collision between the fundamental rights of a particular person and the private autonomy of another one. In this monograph, it will be analyzed the tension that involves both party, specifically, regarding the private consumption's relations, because, through them, is evidenced the capacity that some individuals have to harm the fundamental rights of others. It happens because this kind of relation is unequal, once the supplier is the one that, usually, detains economical, juridical and technical superiority and, for this reason, might offends the rights of the contracting party. Therefore, it is accentuated the need of the fundamental rights to be applied in these relations and, subsequently, to be resolved the conflict existent between them and the private autonomy, an essential point of the inter-subjective relationships. As a possible method to solve the situation, it will be presented the principle of proportionality, by means of a theoretical (doctrinaire) and practical (jurisprudential) approach.

Keywords: Private autonomy. Fundamental rights. Inter-subjective conflicts. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL E FORMAS DE INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INTERSUBJETIVAS	9
2.1 Autonomia privada: considerações acerca de sua evolução histórica e tutela constitucional.....	9
2.2 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas intersubjetivas.....	21
3 CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO AMPLO E LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES PRIVADAS DE CONSUMO: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO PRÁTICO DE RESOLUÇÃO	30
3.1 Autonomia privada x direitos fundamentais nas relações intersubjetivas de consumo: o Princípio da Proporcionalidade como método de resolução.	30
3.2 Possibilidades de aplicação prática do Princípio da Proporcionalidade: análise crítica dos Recursos Especiais n. 1.312.887 e n. 962.980.....	41
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Pela concepção clássica, os direitos fundamentais possuem como sujeito passivo exclusivamente o Estado. Todavia, no atual contexto histórico, com o desenvolvimento do mundo globalizado, tal entendimento mostra-se defasado, pois se verifica que a violação a estes direitos tem ocorrido tanto pelo próprio aparato estatal quanto por parte de agentes privados, que se tornaram tão ou mais poderosos que muitos Estados.

Dessa forma, boa parte da doutrina tem admitido a possibilidade de particulares também constarem no polo passivo de lides envolvendo direitos fundamentais, ou seja, a grande maioria da doutrina tem aceitado pelo menos alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações compostas exclusivamente por sujeitos privados. Entretanto, vislumbra-se, quando da incidência desses direitos em relações intersubjetivas contratuais, uma grande dificuldade: a ampla probabilidade de colisão entre os direitos fundamentais de um particular e a autonomia privada do outro.

Nessa monografia, visa-se analisar esta tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada, especificamente, nas relações privadas de consumo, pois nestas se evidencia a capacidade de alguns particulares ferirem os direitos fundamentais de outros, uma vez que a relação de consumo é uma relação desigual, na qual o fornecedor é quem comumente detém a superioridade econômica, jurídica e técnica e, em razão disso, não raro ofende os direitos fundamentais da outra parte contratante. Acentua-se, dessa forma, a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações (eficácia horizontal) e, por conseguinte, a resolução do conflito que se cria entre estes e a autonomia privada, pedra angular das relações intersubjetivas.

Em vista disso, este estudo objetiva apresentar, além dos próprios desdobramentos desse conflito, um possível método de solução para esta problemática, qual seja: o princípio da proporcionalidade.

Assim, o principal problema a ser respondido com a pesquisa é: o princípio da proporcionalidade corresponderia a um método juridicamente legítimo para resolver a colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada nas relações contratuais intersubjetivas de consumo?

No intuito de buscar respostas e proporcionar uma melhor compreensão acerca da temática central desta monografia, o presente trabalho será desenvolvido da seguinte forma: no primeiro capítulo, abordar-se-á uma breve evolução histórica da autonomia privada e sua tutela constitucional, bem como serão apresentadas as principais teorias referentes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas compostas por particulares. No segundo, será explicitado o princípio da proporcionalidade como método de solução de conflitos de direitos fundamentais em sentido amplo nas relações consumeristas e irá se avaliar a aplicação prática deste princípio por meio da análise dos Recursos Especiais n. 1.312.887 e n. 962.980.

Destaca-se, por fim, que o método de abordagem do presente trabalho é o dedutivo, o qual consiste em um processo conclusivo para a análise de um caso específico a partir de uma ou várias premissas mais gerais; o método de procedimento é o histórico, examinando-se acontecimentos históricos para avaliar seus reflexos na atualidade; como técnica de pesquisa, adota-se a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, legislação e jurisprudências relacionadas ao tema.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL E FORMAS DE INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INTERSUBJETIVAS.

2.1 Autonomia privada: considerações acerca de sua evolução histórica e tutela constitucional

O direito, enquanto fenômeno social, evolui em face das transformações da sociedade na qual está inserido. Por tal razão, diversos institutos jurídicos sofrem mutações em seus conteúdos e o da autonomia privada não é exceção a esse dinamismo.

Tendo-se em vista isso, para se compreender a autonomia privada na realidade contemporânea, faz-se necessária uma breve análise de sua evolução histórica.

A autonomia privada teve seus primeiros contornos delineados na Baixa Idade Média- século XI ao século XV- período em que conviviam elementos característicos do sistema feudal com elementos do sistema capitalista. Isto significa dizer que o poder político descentralizado e a economia agrícola de subsistência predominantes começavam a dar espaço para os centros urbanos, os quais desenvolviam o comércio. Esta atividade mercantil desencadeou o surgimento de uma nova classe social, a burguesia, que realizava seus negócios nos chamados burgos, isto é, nas cidades circundadas por fortalezas em razão das constantes invasões externas.¹

Neste momento histórico de renascimento comercial, o poder da vontade era expresso pela liberdade de troca que, ao seu turno, gerava a livre circulação de bens e obrigava o contratante a cumprir com sua palavra.

A partir do século XIV, o feudalismo, marcado por um poder pulverizado nas mãos de vários senhores feudais, passa a ser, gradativamente, substituído por um modelo de poder centralizado. Isto é, a sistematização dos poderes e das estruturas de governo faz com que se origine um conceito de soberania, como forma de imposição externa e interna de um determinado ordenamento jurídico. A premência

¹ ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a História: História geral e História do Brasil.** São Paulo: Ática, 1999. P. 127.

de uma regulamentação das relações sociais mais centralizada e estável fez com que se demandasse pela instituição de uma ordem jurídica única e indivisível.²

A busca por um modelo de poder unificado origina as primeiras características de um Estado centralizador e dotado de autoridade. Assim, nesse processo de busca de estruturação política de governo, cria-se um ente estatal poderoso, centralizador e absolutista. A resposta ao fragmentado equilíbrio revela-se avassaladora, a ponto de serem ignoradas as individualidades em troca da unidade estatal. A centralização do poder faz com que a autoridade estatal adquira características divinas, porquanto, nesse momento histórico, o monarca pode tudo contra todos.³

Nesse período em que o rei detinha forte poder estatal, as normas eram obedecidas para não contrariar a vontade divina, pois o poder do rei era justificado como advindo de Deus. Essa ideia de poder monárquico absolutista legitimado pela religião desencadeava o predomínio da vontade do rei e do Estado em relação aos indivíduos.

Durante o absolutismo monárquico, as pessoas tinham a sua importância desconsiderada ante a imponência da entidade estatal, a qual quase não deixava espaços para a regulação da vida privada⁴. A vontade dos súditos fica em segundo plano, diante da necessidade de uma estrutura adequada para reunir as forças políticas. Nessa conjuntura, todas as atividades realizadas pelos indivíduos eram controladas pelo Estado. “Todos os ajustes firmados permanecem a mercê de um poder estatal regulador e fortemente intervencionista que limita e se insere no âmbito daquela liberdade”.⁵

² CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, p. 261, jan/mar. 2006.

³ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, p. 261, jan/mar. 2006.

⁴ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, p. 262, jan/mar. 2006.

⁵ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, p. 261, jan/mar. 2006.

Tais ingerências do Estado eram extensivas às práticas comerciais realizadas pela burguesia, que, inconformada, começa uma batalha contra o poder absolutista, da qual resultam as primeiras ideias que embasariam o pensamento liberal. A liberdade, aqui, é proclamada como um meio de permitir a atuação plena da burguesia, sem a interferência ou os entraves do poder real.

A concretização da liberdade, na época na sua acepção estritamente econômica, originava, como um dos postulados mais importantes, à ideia de autonomia privada⁶. Este instituto constituiria, dessa forma, um instrumento viabilizador de uma irrestrita liberdade de contratação, a qual permitiria a regulação dos negócios jurídicos somente pela vontade.

Finalmente, a partir do século XVIII, o afloramento das mencionadas ideias de liberdade fez com que a sociedade, auxiliada pela atuação da burguesia ascendente, derrubasse as monarquias absolutistas.

Com a sobrevivência da Revolução Francesa surgiu o Estado Liberal, calcado em uma economia que visava o livre comércio e a obtenção de lucros. A partir desse momento a autonomia privada adquire relevo.

Após a Revolução burguesa de 1789 na França, vários Estados adotaram Constituições Liberais que se preocupavam em resguardar a liberdade dos indivíduos, impedindo qualquer interferência estatal que pudesse reprimi-la ou sufocá-la. A lei servia apenas como proteção a vontade das pessoas e como garantia a consecução do estabelecido nos contratos. A autonomia privada, radicada nos ordenamentos jurídicos liberais, legitimava a autorregulamentação, pelos sujeitos privados, de suas vontades e a conseqüente auto-ordenação das suas relações jurídicas, manifestando-se, principalmente, através do princípio da liberdade contratual.

O poder da vontade era sujeito a poucos limites dados pela lei e, ainda, apenas em sentido negativo. Tais limites negativos correspondiam a não conclusão de certo contrato ou a não inserção de certa cláusula no instrumento contratual. Qualquer atuação legislativa ou judiciária no sentido de impor limites positivos aos contratantes não era admitida. A lei poderia apenas balizar os alcances, muito

⁶ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, p. 261, jan/mar. 2006.

largos, dentro dos quais a liberdade individual poderia mover-se e ampliar-se sem contrariedades, assim como fórmula dos bons costumes e as limitações subjetivas, atinentes à capacidade⁷.

Cabe destacar que a liberdade individual não tinha limites, pois com a ascensão do Estado liberal a burguesia estava no poder criando um ordenamento jurídico que possibilitava o seu desenvolvimento, ou seja, o poder econômico dessa classe dependia da autonomia privada sem obstáculos.

Entretanto, o desmesurado exercício da autonomia privada acarretou uma série de explorações dos indivíduos, entre os quais se destacam os empregados e consumidores, que enfrentaram diversos abusos, na medida em que eram submetidos ao conteúdo do contrato preestabelecido pelos fabricantes, detentores do maior poder econômico, tendo as suas vontades delimitadas à adesão aos termos do contrato já delimitados. A igualdade dos contratantes – símbolo da revolução liberal em prol dos direitos individuais – era apenas formal, pois a realidade apresentava-se diversa.⁸

Dessa forma, pode-se observar que as pessoas eram exploradas pelas leis do mercado e, a partir disto, providências com vistas a assegurar uma igualdade material nas relações entre particulares foram reivindicadas pela população aos governos.

Assim, após a Primeira Guerra Mundial e, sobretudo, com a Constituição de Weimar (1919), na Alemanha, aparecem os denominados Direitos Sociais ou direitos fundamentais de 2ª dimensão, entre os quais se pode destacar, por exemplo, o direito à saúde, à educação e ao trabalho. Nasce um novo modelo político-jurídico, o Estado Social ou WelfareState, o qual se fundamenta no dever do ente estatal de garantir a todos os seus cidadãos uma igualdade material e não unicamente formal.

Com a postura intervencionista assumida pelo Estado, aumenta-se a incidência de normas de ordem pública e de natureza cogente, diminuindo o espaço

⁷COSTA, Jane Martins. **A boa fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 203.

⁸ SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. **A tutela da confiança na contratação contemporânea**. Curitiba: PUC, 2006. 23 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

de atuação da autonomia privada com vistas a restabelecer o equilíbrio contratual e a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica intersubjetiva.

No Brasil, a primeira Carta Constitucional a prever essa nova geração de direitos foi a de 1934. Contudo, o referido Texto Constitucional vigorou apenas até 1937, quando foi substituído por outro, outorgado por Getúlio Vargas, que acarretou o retorno ao regime de exceção.

Tão somente com a Carta Magna de 1946 é que adveio a redemocratização do país e a volta das conquistas sociais. Porém, novamente, este período democrático foi muito breve: durou até março 1964, quando foi interrompido por um golpe militar que marcou intensamente a história brasileira.

Compete-se destacar que além do Brasil, a maior parte dos países da América Latina viveram situações similares, alternando regimes democráticos com sistemas ditatoriais. Em razão disso, era notório o grande contraste em relação aos chamados países ricos, que muito já haviam conquistado em termos de direitos e garantias sociais.⁹

Não se pode contestar que o verdadeiro modelo de Estado Social passou muito distante de nossa realidade, ficando restrito aos países desenvolvidos. Estes, que por meio de instituições consolidadas e fortes, muito progrediram no reconhecimento das conquistas sociais. Para tanto foi de fundamental importância a atuação dos órgãos de classe, como os sindicatos, por exemplo, que contribuíram decisivamente na efetivação de vários desses direitos.

Portanto, enquanto na Europa e nos Estados Unidos as intervenções estatais geravam benefícios aos cidadãos, na América Latina, o Estado, ao interferir nas relações econômicas, o fazia de forma calamitosa, criando cabides de emprego e fontes intermináveis de corrupção¹⁰, através de regimes autoritários.

No decorrer de sua vigência, o Estado Social foi apresentando suas falhas. Uma delas correspondia a uma demanda social cada vez maior, que o Estado,

⁹ SOUZA, Cimon Hendrigo de Souza. **A Autonomia Privada na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: 2008. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTAMILTONCAMPOS/volumes/volume%2016.pdf>>. Acesso em: 2 de mar. de 2014.

¹⁰ SOUZA, Cimon Hendrigo de Souza. **A Autonomia Privada na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: 2008. P. 125. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTAMILTONCAMPOS/volumes/volume%2016.pdf>>. Acesso em: 2 de mar. de 2014.

devido às várias crises econômicas enfrentadas durante o século XX, não conseguia atender.

Assim, durante o tempo em que houve crescimento econômico e alta arrecadação tributária, o Estado pôde sofisticar-se, oferecendo serviços públicos cada vez melhores. A educação era inteiramente pública e gratuita. A assistência médica, além de acessível a todos, tinha qualidade indiscutível. Ressalta-se que, no entanto, essas conquistas estavam restritas aos países desenvolvidos. Até porque, como foi dito, os países em desenvolvimento estavam às voltas com a ditadura e golpes de Estado, evidenciando uma democracia frágil e incapaz de assegurar uma qualidade de vida razoável à população menos favorecida.¹¹

Diante disso, deve-se destacar que os países mais ricos tinham mais condições de garantir direitos sociais que os mais pobres. Contudo, mesmo obtendo uma grande receita, os países desenvolvidos passaram por dificuldades econômicas que os levaram a redução dos gastos do Estado.

O poder do Estado de sobreviver a crises tinha limites, mesmo para os mais desenvolvidos, e poucos contavam com a arrasadora crise da década de 70, a qual provocou uma grave diminuição da arrecadação de tributos que comprometeu a eficiência dos serviços estatais. Esta crise aprofundou-se, “diminuindo a capacidade do Estado de dar resposta a crescente demanda social, ficando mais frágil justamente no período em que era mais requisitado”¹².

Em face disto, tornou-se inevitável a procura por uma nova forma de organização estatal, a qual pudesse interferir na economia, porém, sem os excessos paternalistas do antigo modelo.

Neste contexto, no Brasil, origina-se o Estado Democrático de Direito, consagrado pela Carta Magna de 1988.

Pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito constitui, em alguns aspectos, uma síntese melhorada dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado

¹¹ SOUZA, Cimon Hendrigo de Souza. **A Autonomia Privada na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: 2008. P. 131. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTAMILTONCAMPOS/volumes/volume%2016.pdf>>. Acesso em: 2 de mar. de 2014.

¹² SOUZA, Cimon Hendrigo de Souza. **A Autonomia Privada na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: 2008. P. 125. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTAMILTONCAMPOS/volumes/volume%2016.pdf>>. Acesso em: 2 de mar. de 2014.

Social. Há um resgate das liberdades individuais clássicas em respeito à autonomia privada, e a continuação dos objetivos sociais declarados pelo Estado Social, ainda que neste restassem timidamente concretizados.¹³

Isto é, este novo paradigma se caracteriza, parcialmente, como uma forma evolucionada dos anteriores. O Estado Democrático de Direito se particulariza por visar à união das características positivas do Estado Liberal e do Estado Social¹⁴, entre as quais se pode citar a supremacia da Constituição, limitando e regulando o Poder Estatal, o respeito aos direitos individuais dos cidadãos (Estado Liberal) e os princípios e direitos sociais oponíveis ao Estado, exigindo-lhe uma postura positiva e dirigente (Estado Social).¹⁵

Neste sistema, alcança-se uma nova categoria de direitos, que estão “[...] ligados à solidariedade entre os indivíduos componentes da sociedade e entre esta e aqueles”¹⁶. São estes os direitos de terceira geração (direitos ou interesses difusos).

A autonomia privada “assume neste contexto contornos de função social, pois consagra o não individual, o bem comum e o bem estar da coletividade sem ignorar a realização dos interesses individuais”¹⁷. Assim, este instituto passa a considerar não apenas o melhor para o indivíduo, mas também para a coletividade.

A partir deste breve resgate histórico, cumpre determinar o atual conceito da autonomia privada, bem como, em um segundo momento, analisar a sua tutela constitucional, como forma de possibilitar um melhor entendimento acerca do presente estudo.

¹³ LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. **Novos desafios da democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito**. Teresina: 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17006/novos-desafios-da-democracia-a-luz-do-paradigma-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 05 de mar. de 2014.

¹⁴ TEODORO, Adilson. Et al. **Breves Considerações Teóricas sobre os Paradigmas do estado liberal, do estado Social e do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/1903.pdf>>. Acesso em: 05 de mar. de 2014.

¹⁵ BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Estados Liberal, Social e Democrático de Direito**. Teresina: 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>>. Acesso em: 05 de mar. de 2014.

¹⁶ LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. **Novos desafios da democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito**. Teresina: 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17006/novos-desafios-da-democracia-a-luz-do-paradigma-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 05 de mar. de 2014.

¹⁷ RÜGRE, André; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 15.

Segundo a lição do professor Paulo Mota Pinto, a autonomia privada consiste na “possibilidade de os sujeitos jurídicos privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições ativas reconhecidas pela ordem jurídica”¹⁸.

Isto é, por esta concepção, a autonomia privada pode ser compreendida como um poder atribuído aos particulares de autodeterminação e coordenação de suas relações jurídicas.

Neste mesmo sentido, aduz Wilson Steinmetz¹⁹ que a autonomia privada pode ser definida como o poder conferido pela lei aos particulares para que, livres e soberanamente, autorregulem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada, deste modo, manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares e que, no seu exercício, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos ou deveres.

Parte da doutrina comumente utiliza o conceito de autonomia privada para definir os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia negocial, o que, entretanto, não se mostra de todo adequado, pois tais institutos possuem suas características próprias, conforme será verificado a partir da fixação conceitual de cada um deles.

Para Rose Melo Vencelau Meireles, a liberdade jurídica “corresponde a toda manifestação de liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico”²⁰. Ser livre juridicamente é ter a faculdade de agir dentro dos limites da lei. Esta também é a concepção compartilhada por Antônio Álvares da Silva, consoante o qual a “liberdade jurídica consiste numa relação entre o que a norma ordena, proíbe ou permite e o espaço que deixa livre para o cidadão agir sem limitação”²¹.

A autonomia privada corresponde a uma parte deste instituto, conforme explica Francisco Amaral, ao asseverar que a liberdade jurídica é o poder que têm

¹⁸ PINTO, Paulo Mota. **Autonomia Privada e Discriminação**: Algumas Notas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 378.

¹⁹ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 190- 191.

²⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 64.

²¹ SILVA, Antônio Álvares. **Liberdade de Imprensa**. Disponível em <http://mg.trt.gov.br/download/artigos/pdf/115_liberdade_imprensa_l.pdf>. Acesso em: 07 de mar. de 2014.

os indivíduos de atuarem com eficácia jurídica, a qual se concretiza, sob o prisma dos sujeitos, no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas e, sob o ponto de vista objetivo, é o poder de regular juridicamente estas relações. Assim, “a esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, chama-se autonomia, direito de reger suas próprias leis”²². Portanto, a autonomia privada corresponde à expressão da liberdade jurídica nas relações intersubjetivas, mas não a ela em sua integralidade.

Também não se pode confundir autonomia privada com autonomia da vontade. Nesse sentido, sintetiza Amaral que a “autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos”²³. Tal distinção também é defendida por Luigi Ferri²⁴, para o qual a autonomia da vontade traduz a vontade real ou psicológica dos sujeitos e a autonomia privada seria o poder dos sujeitos privados de criarem normas. Nesse passo, como mencionado, constata-se que a autonomia da vontade é figura distinta da autonomia privada, pois aquela corresponde ao querer interno dos indivíduos e esta ao poder atribuído pela lei às partes para autorregulamentarem as suas relações jurídicas privadas.

Por fim, cumpre-se destacar as distinções entre autonomia negocial e autonomia privada, para tanto se traz à baila os ensinamentos de Rose Melo Vencelau Meireles²⁵:

É comum a definição de autonomia privada como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico para regular seus próprios interesses. A autonomia, desse modo, constitui, modifica ou extingue efeitos jurídicos para o próprio declarante da vontade. Partindo dessa premissa, não é unânime a concepção de negócio jurídico como expressão unicamente da autonomia privada.

E utilizando-se das lições de Pietro Perlingieri, a autora define autonomia negocial como “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de

²² AMARAL, Francisco. **Direito Civil** - Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 246.

²³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil** - Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 293.

²⁴ FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. P. 3 - 6.

²⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 71.

direito privado ou público, de regular com a própria manifestação de vontade interesses privados ou públicos, porém não necessariamente próprios”²⁶.

Nesse sentido, a autonomia negocial diferencia-se da autonomia privada na medida em que esta envolve só interesses próprios e aquela poderá envolver tanto interesses próprios como alheios. Sob esta visão, o negócio jurídico poderia ser considerado um instrumento da autonomia, porém não somente da autonomia privada.

A atual Constituição Federal Brasileira, embora não preveja expressamente a autonomia privada em seu texto, a protege. Tal compreensão, na ótica de Wilson Steinmetz²⁷:

[...] resulta do argumento cujas *premissas* são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), o princípio da livre iniciativa (CF, art.1º, IV e art. 170, *caput*), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º *caput* e XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art.226, *caput*, § de 1º a 4º) e cuja conclusão é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas tutelado pela Constituição. Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional.

Ou seja, se os direitos elencados acima se constituem em partes por um poder de autodeterminação e autovinculação, então estes direitos se constituem em partes pela autonomia privada, uma vez que esta, como mencionado, é um poder de autodeterminação e autovinculação. Assim, se a Carta Magna protege tais direitos, protege também a autonomia privada, pois esta corresponde a um dos conteúdos presentes neles.

Por outro lado, afirma o autor que a tutela constitucional da autonomia privada pode ainda ser deduzida por outras duas previsões constitucionais: o direito de

²⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 71.

²⁷ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 200 – 201.

propriedade (CF, art. 5º, *caput*, e XXII) e o princípio da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170, *caput*)²⁸.

No que se refere à primeira delas, assevera Steinmetz, que uma de suas faculdades basilares é a possibilidade de os indivíduos livremente disporem da propriedade e que este exercício se viabiliza concreta e instrumentalmente através do contrato. “A autonomia privada – aqui, particularizada na liberdade contratual – é o princípio fundamental do direito contratual. Logo, se a Constituição tutela a propriedade [...], então ela também tutela a autonomia privada.”²⁹ Em outras palavras, se para o exercício do direito de propriedade é necessário o instituto do contrato e, se tal instituto possui como princípio fundamental a autonomia privada e, se a Carta Magna tutela o direito de propriedade, então esta também tutela a autonomia privada.

No tangível à livre iniciativa, destaca o autor que a Constituição a elegeu como um princípio fundamental não só da ordem econômica (CF, art. 170, *caput*), mas também da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV)³⁰. Assim sendo “lógica e faticamente impensável e impraticável a livre iniciativa sem a autonomia privada. Logo, ao eleger a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental, a Constituição também tutelou a autonomia privada.”³¹

Nesse sentido, pode-se compreender que o constituinte, ao relacionar livre iniciativa e autonomia privada, criou um caminho para conferir dignidade constitucional a esta última, apresentando-lhe uma garantia indireta³².

Deste modo, pode-se considerar que houve uma recepção implícita da autonomia privada na Constituição Federal, por meio do instituto da liberdade de iniciativa.

²⁸STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 201.

²⁹ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 201.

³⁰STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 201.

³¹STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 201.

³² SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. **A autonomia privada em face dos direitos fundamentais no contrato**. Curitiba: Unibrasil, 2010. 43 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Unibrasil, Curitiba, 2010.

A atuação da autonomia privada nas relações jurídicas não é absoluta, uma vez que este instituto encontra limites na lei, em especial nos direitos fundamentais³³, os quais são fontes de obrigação e instrumentos de ajuste das implicações dos atos de autonomia privada quando se apresentam desproporcionais³⁴. Isto é, os direitos fundamentais atuam como limitadores da autonomia privada, fornecendo equilíbrio às relações intersubjetivas.

No intuito de se possibilitar a análise dessa limitação realizada pelos direitos fundamentais à autonomia privada nas relações jurídicas entre particulares, cumpre-se verificar, primeiramente, de que modo estes direitos tem eficácia nas relações privadas, o que será realizado no subcapítulo seguinte.

³³ MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de Litígios**. Salvador: UFBA, 2009. 28 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

³⁴ CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 19, p. 119, jul/set., 2004.

2.2 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas intersubjetivas.

Neste subcapítulo, tem-se como tarefa apresentar a descrição e a crítica das principais teorias existentes sobre a forma de vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Todavia, para se possibilitar uma melhor compreensão sobre o tema a ser exposto, compete-se, inicialmente, fazer uma breve elucidação acerca do que a doutrina moderna entende por direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, segundo a lição de George Marmelstein³⁵, podem ser conceituados como:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Ou, nos dizeres de José Afonso da Silva³⁶:

[...]aquelas prerrogativas e instituições que ele [o direito positivo] concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes nem mesmo sobrevive [...].

Portanto, a partir destas definições, pode-se compreender os direitos fundamentais como o conjunto de direitos positivados na esfera constitucional de um Estado, que visam garantir ao ser humano o respeito à liberdade, à igualdade e à dignidade.

Estes direitos, originariamente, foram concebidos apenas como salvaguardas de proteção ao arbítrio estatal, até então havido como seu maior (e único) transgressor³⁷. Deste modo, era pacífico o entendimento de que as normas de direitos fundamentais possuíam como sujeito passivo unicamente o Estado.

³⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011. P. 20.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 178.

³⁷ COSTA, Adriano Pessoa. **Direitos Fundamentais entre Particulares na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. Fortaleza: UFC, 2007. 11 f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

Todavia, na medida em que ocorreu o desenvolvimento da sociedade, passaram a existir novos atores com força social, jurídica, econômica e política, capazes de representar grandes ameaças aos direitos primários dos indivíduos. Ou seja, as drásticas mudanças sociais operadas no mundo ‘globalizado’ e ‘pós-moderno’ permitiram aos poderes privados usurpar do Estado à condição de maior fonte potencial de ameaças à concretização dos direitos fundamentais³⁸.

Tendo-se em vista isso, no contexto atual, “poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical)”³⁹. A maioria deles admite a incidência desses direitos nas lides compostas exclusivamente por particulares.

Na corroboração destes entendimentos, destaca-se ainda a lição de Daniel Sarmiento⁴⁰:

De acordo com a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais limitar-se-iam à regência das relações públicas, que tinham o Estado como um de seus polos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Todavia, dita concepção, tributária que era do individualismo possessivo que caracterizava o constitucionalismo liberal-burguês, revela-se hoje profundamente anacrônica. De fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Portanto, a maior questão que se apresenta não é se os direitos fundamentais incidem nas relações intersubjetivas, mas sim de que forma esta incidência ocorre.

Como resposta a tal questionamento surgiram várias teorias, dentre as quais se destacam cinco: (i) a teoria da eficácia mediata; (ii) a teoria da eficácia imediata; (iii) a teoria de Jürgen Schwabe; (iv) a teoria da ação estatal; e (v) a teoria proposta por Robert Alexy.

³⁸ COSTA, Adriano Pessoa. **Direitos Fundamentais entre Particulares na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. Fortaleza: UFC, 2007. 12 f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. São Paulo: 2005. P. 174. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RDGV_01_p173_180.pdf>. Acesso em: 09 de mar. de 2014.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006. P. 193-194.

(i) A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi inicialmente formulada na doutrina germânica por Günter Dürig (1956), e ganhou maior notoriedade ao ser seguida pelo Tribunal Constitucional alemão no Caso Lüth (1958), sendo atualmente seguida pela maior parte dos juristas alemães, bem como pela Corte Constitucional alemã⁴¹.

Esta teoria pode se apresentar sob quatro matizes. Pelo primeiro deles, as normas de direitos fundamentais somente irão incidir em uma relação entre particulares se o legislador infraconstitucional as transcrever para o direito privado com as devidas adequações. Segundo esclarece Wilson Steinmetz, a função do legislador, aqui, é de “[...] mediante regulações específicas, circunstanciadas e claras, estabelecer os supostos fáticos de incidência e as respectivas consequências jurídicas de forma que haja uma acomodação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”⁴².

Assim, por esta vertente, se um direito fundamental não tiver sido previsto na legislação privada, não vinculará os particulares.

Pela segunda matização, “a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ser protagonizada, preferentemente, pelo legislador”⁴³; todavia, no caso de ausência de previsão legislativa infraconstitucional dos direitos fundamentais, o juiz e os tribunais devem aplicar ao caso concreto norma de direito privado, porém interpretadas conforme os direitos fundamentais ou então aplicar cláusulas gerais do direito privado “preenchidas” com valores que defluem de normas de direitos fundamentais. Caso seja inviável uma solução adequada por estas vias, então os direitos fundamentais em questão não serão aplicáveis aos particulares.

A terceira matização pode ser assim resumida: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ser preferencialmente realizada por meio da interferência legislativa; entretanto, em não havendo tal hipótese, competirá ao juiz solucionar o caso concreto através de cláusulas gerais de direito privado “preenchidas” pelo conteúdo valorativo dos direitos fundamentais em

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 197.

⁴² STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 144.

⁴³ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 149.

jogo”⁴⁴. Em não sendo possível resolver o caso concreto por esta última proposta, o magistrado deverá, excepcionalmente, quando houver na hipótese uma desigualdade de poder entre os sujeitos privados, aplicar diretamente os direitos fundamentais.

Finalmente, pela última matização, na ausência de previsão legislativa infraconstitucional dos direitos fundamentais e na inviabilidade de se solucionar o caso pelas cláusulas gerais, aplica-se, independentemente de haver ou não uma desigualdade de poder entre as partes, diretamente os direitos fundamentais.

Todavia, cumpre-se ressaltar que a doutrina da eficácia mediata sofreu diversas críticas; Daniel Sarmiento⁴⁵ destaca algumas delas:

Por um lado, há quem afirme, à direita, que a impregnação das normas de Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais. De outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente de certos humores do legislador ordinário. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição.

(ii) A teoria da eficácia imediata ou direta foi, originariamente, concebida na Alemanha, por Hans Carl Nipperdey, a partir do começo década de 50. Todavia, não logrou grande aceitação perante a comunidade germânica. Contudo, atualmente, em outros países como Itália, Portugal e Espanha esta doutrina tem ganhado cada vez mais relevo⁴⁶.

Segundo esta teoria os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente às relações intersubjetivas, sem a necessidade de normas de direito privado que os regulamentem ou da atuação judiciária que aplique o direito privado conforme os direitos fundamentais. Ou, conforme aduz Tássia Aparecida Gervasoni, pela “eficácia direta, os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, ou seja, como a

⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 150.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada**. Brasília: 2005. P. 204. Disponível em: <file:///C:/Users/Casa/Downloads/BC_014_Art08.pdf>. Acessado em: 10 de mar. de 2014. P. 204.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 204.

própria nomeação da corrente anuncia, aplicam-se tais direitos diretamente às relações entre particulares”⁴⁷

De acordo com Naranjo de La Cruz, citado por Wilson Steinmetz⁴⁸:

[...] os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.

Esta teoria, assim como a anterior, também possui diferentes matizações teóricas. Wilson Steinmetz⁴⁹ apresenta três delas: a “forte”, a “intermediária” e a “fraca”.

Consoante o autor, pela versão “forte”, “nas relações entre particulares, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada”⁵⁰. Pela versão “fraca” os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas, “sobretudo nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando de um lado está um particular em posição de inferioridade ou subordinação e, de outro, está um particular em posição de supremacia econômica e/ou social”⁵¹. Por último, há uma versão “intermediária”, consoante a qual embora as normas de direitos fundamentais possuam eficácia imediata entre particulares, essa não é absoluta, pois se no caso concreto houver uma colisão entre direitos fundamentais, deve-se lançar mão do princípio da proporcionalidade.

À teoria da eficácia imediata são apresentadas diversas objeções. Aqui, destacar-se-ão as principais.

A primeira delas aduz que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não pode ocorrer porque não há nenhuma previsão constitucional expressa que admita tal hipótese. Nesse sentido, conforme assevera

⁴⁷ GERVASONI, Tássia Aparecida. Ativismo Judicial? O “antes” e o “depois” da Constituição de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal- Um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 963, 2013.

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 167.

⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 169.

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 169.

⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 169.

Wilson Steinmetz, como a Constituição previu a vinculação imediata dos “poderes públicos aos direitos fundamentais, mas nada mais disse sobre a vinculação dos particulares, então é porque não desejou a vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais”⁵².

A segunda objeção alude que a teoria da eficácia imediata, “no âmbito dos direitos fundamentais equipara, erroneamente, a relação vertical particular-Estado à relação horizontal particular-particular”⁵³. Dessa forma, argumenta-se que esta teoria ignora que em uma relação entre sujeitos privados, existe uma mesma proteção dos direitos fundamentais. Afirma-se também que a vinculação direta afeta a autonomia privada, pois retiraria do particular a liberdade deste regulamentar os seus próprios interesses.

Uma terceira crítica alerta que ao se recorrer diretamente aos direitos fundamentais para se resolver conflitos jurídico-civis, estar-se-ia ameaçando a identidade do direito privado, porquanto se interferiria no âmbito de regulação material própria desse setor do ordenamento jurídico e, deste modo, prejudicaria o seu posterior desenvolvimento⁵⁴.

Por fim, há também o temor de que a utilização dessa teoria atribua poderes excessivos ao Judiciário em detrimento do Legislativo, situação esta que feriria o pacto democrático e da separação dos poderes⁵⁵.

(iii) Pela teoria proposta por Jürgen Schwabe, qualquer lesão a direitos fundamentais deve ser imputada ao Estado, “porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não proibição estatal”.⁵⁶

Todavia, segundo Wilson Steinmetz, pode-se apontar quatro falhas desta teoria. A primeira delas situa-se no fato de que atribuir ao Estado a responsabilidade por todos os danos causados por particulares a direitos fundamentais é uma ficção, pois a realização de restrições ou violações, unilaterais ou recíprocas, de direitos

⁵² STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 172.

⁵³ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 172.

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 172.

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 172.

⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 176.

fundamentais nas relações privadas é um dado da experiência social detectável pela observação direta ⁵⁷.

A segunda menciona que esta teoria conduziria a uma “irresponsabilidade privada ante os direitos fundamentais”.⁵⁸ Isto é, os particulares, nos casos em que o Estado não previsse nenhum dispositivo proibindo determinada lesão a direitos fundamentais, poderiam livremente ferir referidos direitos sem que nada lhes ocorresse.

Outro problema desta teoria é que, segundo ela, os direitos fundamentais só poderão ser respeitados entre particulares se houver lei que assim o determine. Dessa forma, gerar-se-ia, para proteger esses direitos nas relações intersubjetivas, uma superprodução de leis.

Por fim, como última objeção, Wilson Steinmetz⁵⁹ menciona que na hipótese de um sujeito privado, em uma relação intersubjetiva contratual, sofrer restrições ou violações a um direito fundamental seu, como atribuir ao Estado a participação e a imputação da restrição ou violação a este direito se o Estado permite e garante aos particulares, nestas relações, o exercício da autonomia privada e de seu direito geral de liberdade?

Ou seja, verifica-se, em princípio, uma incompatibilidade entre a teoria da imputação ao Estado, o princípio da autonomia privada e o direito geral de liberdade.

(iv) Semelhante à teoria da imputação ao Estado é a denominada “teoria da ação estatal” (*state action doctrine*), concebida nos Estados Unidos. Por esta doutrina, os direitos fundamentais não incidem nas relações intersubjetivas, todavia, em duas situações excepcionais, poderão o fazer. A primeira delas é a chamada “public function exception”, a qual “trata sobre a possibilidade de se alegar a proteção dos direitos fundamentais numa relação privada quando uma das partes envolvidas estiver no exercício de uma função pública”⁶⁰. A segunda manifesta-se

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 177.

⁵⁸ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 177.

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 177.

⁶⁰ CABRAL, Bruno Fontenele. **State action doctrine**. Teresina: 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18416/state-action-doctrine>>. Acessado em: 11 de mar. de 2014.

quando na conduta de um particular puder ser observada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos.

Em suma, pela teoria da ação estatal os direitos fundamentais somente são extensivos aos sujeitos privados quando estes realizarem atividades tipicamente estatais ou no caso de se detectar em suas ações a existência de alguma conexão que possa implicar o Estado.

Wilson Steinmetz⁶¹, no entanto, destaca que as mesmas objeções formuladas à hipótese desenvolvida por Schwabe, aplicam-se a esta doutrina.

(v) Por fim, cabe destacar a proposta de Robert Alexy, a qual tentou conciliar as teorias da eficácia imediata, da eficácia mediata e a teoria proposta por Schwabe.

Este modelo divide-se em três níveis: 1) o nível dos deveres do Estado; 2) o nível dos direitos frente ao Estado; e 3) o nível das relações jurídicas entre particulares.

A teoria da eficácia mediata estaria situada no primeiro nível. Nesse sentido, consoante Daniel Sarmento, para “Alexy, os juízes, como órgãos do Estado, estão obrigados a levar em consideração os direitos fundamentais, como valores objetivos, na interpretação e aplicação das normas de Direito Privado. Trata-se, portanto, de um dever do Estado.”⁶² Em outras palavras, os direitos fundamentais como princípios objetivos que se projetam sobre todo o ordenamento jurídico, obrigam o Estado a levá-los em conta quando do emprego das normas infraconstitucionais.

A teoria de Schwabe, por sua vez, ocuparia o segundo nível. Segundo esclarece Lilian Santana Sodré Silva⁶³:

Esse nível torna possível o controle de lesões a direitos fundamentais porque o Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, deve garanti-los através do Poder Judiciário. Se o juiz desconsidera direitos fundamentais que deveriam ser acatados em sua sentença, a lesão configurada será ocasionada pelo Estado – o que configura um direito do cidadão frente à administração.

⁶¹ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 180.

⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.

⁶³ SILVA, Lilian Santana Sodré. **A aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas**. Alagoas: UFA, 2008. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Alagoas, 2008.

Caso o juiz, ao julgar uma relação jurídica entre sujeitos privados, deixe de analisar um direito fundamental que esteja presente nesta relação, “ele, de acordo com Alexy, viola um direito fundamental do cidadão oponível frente ao Estado”⁶⁴.

No terceiro nível, por fim, situar-se-ia a teoria da eficácia imediata, a qual não visaria uma substituição do Estado pelo particular no polo passivo dos direitos fundamentais, mas sim que, “[...] por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam.”⁶⁵ Logo, Alexy admite a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

No centro de todas estas controvérsias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas situa-se o problema de como compatibilizar tais direitos quando das suas incidências nas relações contratuais privadas com a autonomia privada, que é a base destas relações, tema do qual se ocupará o próximo item desta pesquisa.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 521.

3 CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO AMPLO E LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES PRIVADAS DE CONSUMO: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO PRÁTICO DE RESOLUÇÃO.

3.1 Autonomia privada x direitos fundamentais nas relações intersubjetivas de consumo: o Princípio da Proporcionalidade como método de resolução.

No subcapítulo anterior verificaram-se as diversas possibilidades apresentadas pela doutrina de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Nesse, analisar-se-á uma problemática recorrente quando da ocorrência de qualquer dessas hipóteses em uma relação contratual privada: a colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada. Segundo aduz Virgílio Afonso da Silva⁶⁶, esse é o ponto nevrálgico de toda discussão que permeia a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas pelo fato destes direitos, nestas relações, tenderem a sufocar a autonomia privada caso não haja uma forma de compreender ambos em harmonia.

Nesse trabalho, visa-se analisar esta tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada, especificamente, nas relações privadas de consumo.

Nessa senda, destaca-se, consoante o professor Marcelo Schenk Duque, que os contratos privados, onde se situam as relações de consumo⁶⁷, não raro “constituem-se em instrumentos capazes de lesar direitos fundamentais dos contratantes, na condição de parte mais fraca da relação”⁶⁸.

Como mencionado no capítulo anterior, o Estado não é o único sujeito capaz de ferir os direitos fundamentais dos indivíduos. Nas relações horizontais também se pode verificar a capacidade de alguns atores privados possuidores de determinada

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. São Paulo: 2005. P. 175. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RDGV_01_p173_180.pdf>. Acesso em: 07 de abr. de 2014.

⁶⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição** – Drittwirkung dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

⁶⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Os Direitos Fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia: breves considerações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 65, p. 163, jan./2008.

superioridade ferirem os direitos fundamentais de outros. Nos contratos de consumo, esta situação pode ser claramente identificada, uma vez que a relação de consumo é uma relação desigual, na qual o fornecedor é quem comumente detém a superioridade⁶⁹.

Nesse sentido, destaca Cláudia Lima Marques que “o consumidor é a parte mais fraca ou vulnerável na relação com o empresário ou fornecedor de produtos e serviços, o expert”⁷⁰.

Esta vulnerabilidade, segundo Bruno Miragem⁷¹:

[...] desenvolveu-se a partir de três grandes espécies: técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica é a falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto (produto ou serviço) da relação de consumo, da qual o consumidor é parte; a vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimento pelo consumidor, acerca dos seus direitos e das repercussões da relação jurídica estabelecida; e a vulnerabilidade fática, espécie residual, abrangendo uma série de circunstâncias em que por falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas do consumidor, este se coloca em posição de debilidade relativamente ao fornecedor.

Tal posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor facilita a concreção de lesões aos direitos fundamentais deste último, como membro vulnerável da relação⁷².

Em vista disso, seria imperioso que o particular lesado pudesse opor o seu direito fundamental ofendido perante o outro contratante.

Todavia, como referido, ao se considerar a realização desta oponibilidade dos direitos fundamentais de um particular perante outro, tais direitos tendem a se conflitar com a autonomia privada - pedra angular das relações intersubjetivas.

Como uma possível solução a esta questão, apresentar-se-á o Princípio da Proporcionalidade. Para se compreender a validade desta proposta, no entanto,

⁶⁹ LIMA, Clarissa Costa de. Dos Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas Repercussões no Âmbito da Responsabilidade Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 51, p. 112, jul./2004.

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A Proteção dos Consumidores em um Mundo Globalizado: Studium Generale sobre o Consumidor como Homo Novus. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 25, jan/2013.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na Proteção Contratual do Consumidor-Empresário: Concreção do Conceito de Vulnerabilidade como Critério para Equiparação Legal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 62, p. 259, abr./2007.

⁷² DETROZ, Derlayne. **A Hipervulnerabilidade e os Direitos Fundamentais do Consumidor Idoso no direito Brasileiro**. Curitiba: UniBrasil, 2011. 76 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2011.

cumpra-se, primeiramente, realizar, com base na teoria dos princípios de Alexy⁷³, a análise de duas premissas sobre as quais ela se assenta, quais sejam: (i) a estrutura principiológica dos direitos fundamentais; e (ii) a colisão entre autonomia privada e direitos fundamentais como colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Antes, contudo, compete esclarecer que este trabalho não se dedicará a uma ampla apreciação acerca da teoria dos princípios, o que por si requereria um estudo apartado. O proveito desta teoria para a presente pesquisa corresponde apenas ao fornecimento de estruturas teóricas que permitam abordar com validade as colisões entre direitos fundamentais nas relações jurídicas de consumo compostas por particulares e uma possível solução adequada. Feitas tais considerações, passa-se à análise das proposições.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira⁷⁴, os direitos fundamentais, ainda quando proferidos por meio de formulações precisas, estabelecem princípios. Desse modo, as antinomias envolvendo normas de direito fundamental são colisões de princípios.

Este caráter principial das normas jusfundamentais deriva do denso conteúdo axiológico que estas carregam, bem como de sua abertura semântica⁷⁵. Segundo George Marmelstein⁷⁶, tais normas, assim como os demais dispositivos constitucionais, são potencialmente contraditórias, pois revelam uma multiplicidade ideológica característica de qualquer Estado Democrático de Direito. Não é de se estranhar, assim, que elas comumente, no momento aplicativo, entrem em 'rota de colisão', a qual ocorre quando dois ou mais direitos entram em contradição no caso concreto.

Esta situação conflituosa quando sucede com direitos fundamentais, segundo Alexy⁷⁷, pode ocorrer de duas maneiras: em sentido amplo ou restrito. Pela formulação estreita, as colisões são aquelas em que figuram apenas direitos fundamentais em contradição, as quais, por sua vez, podem ocorrer entre direitos

⁷³ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 111.

⁷⁴PEREIRA, Jane Reis Gonzalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006. p. 223.

⁷⁵BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A Natureza Principiológica dos Direitos Fundamentais e a Proteção do seu Conteúdo Essencial. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, v.14, n. 11, p. 163, 2009.

⁷⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 365.

⁷⁷ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 607.

fundamentais idênticos (*v.g. vida versus vida*) ou distintos (*v.g. liberdade de opinião versus honra/imagem*)⁷⁸. Já do ponto de vista amplo, também se chamam colisões de direitos fundamentais aquelas em que colidem direitos fundamentais com bens tutelados pela Constituição.

A colisão de direitos fundamentais, consoante Wilson Steinmetz⁷⁹, seja em sentido amplo, seja em sentido estrito, devido à natureza principal desses direitos, será sempre uma colisão de princípios. Nesse mesmo sentido, advoga George Marmelstein ao aduzir que “este fenômeno – a colisão de direitos fundamentais – decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios”⁸⁰.

Dessa forma, tendo-se em vista que a autonomia privada corresponde a um bem constitucionalmente protegido, verifica-se que quando este instituto entra em choque com um direito fundamental, estar-se-á diante de uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo e, por conseguinte, de uma colisão de princípios.

A problemática da colisão entre princípios apresenta uma solução diferenciada daquela que é destinada para resolver o conflito de regras, em face das diferenças que estes dois tipos de preceitos jurídicos possuem. As regras, conforme doutrina Alexy⁸¹, são taxativas no sentido de que podem ser cumpridas ou não. Em decorrência disso, um eventual conflito entre elas poderá ser solucionado apenas de duas maneiras: com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, em não sendo viável esta possibilidade, com a declaração de invalidade de ao menos uma delas.

Os princípios, por sua vez, constituem-se como mandamentos de otimização, uma vez que ordenam que algo seja efetuado na maior medida do possível, dentro das possibilidades existentes. Nesse sentido, consoante George Marmelstein⁸², os princípios, ao contrário das regras, em vez de proferirem comandos definitivos, estipulam diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são

⁷⁸FRANCA, Vinicius Cardona. **Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**. Salvador: UFBA, 2009. 61 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

⁷⁹STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211.

⁸⁰MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 367.

⁸¹ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

⁸²MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 367.

cumpridas em diferentes graus. Por conseguinte, não são absolutos, uma vez que o seu grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecerem concretamente.

Assim, verifica-se que em não sendo os direitos fundamentais princípios absolutos, estes são passíveis de restrições recíprocas; possibilidade esta até mesmo já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do mandado de segurança⁸³ número 23.452 , nos seguintes termos:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria constituição.

Em consonância com o entendimento esposado, destaca-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual, em seu art. 29 assevera que:

Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Desse modo, nota-se que esses valores, embora ocupem o ponto mais alto da hierarquia jurídica, podem e, muitas vezes, devem ser limitados. Isso não significa, entretanto, permitir que os direitos fundamentais sejam suprimidos abusivamente, pois são normas jurídicas e, portanto, de observância obrigatória⁸⁴.

Nesse sentido, adverte George Marmelstein que qualquer restrição a direitos fundamentais deve ser considerada suspeita e, em razão disso, deve se submeter a uma análise constitucional mais rigorosa, competindo ao Judiciário determinar a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante⁸⁵. E completa o autor: “é nesse ponto que entra em cena o mais

⁸³ STF, MS23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

⁸⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 371.

⁸⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 371.

importante princípio de interpretação dos direitos fundamentais, que é o princípio da proporcionalidade”⁸⁶.

Tal compreensão também pode ser verificada na obra de Willis Santiago Guerra Filho⁸⁷, através da seguinte passagem:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do ‘Estado Democrático de Direito’, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Tendo-se isso em vista, passa-se à apreciação da resolução dos conflitos entre direitos fundamentais.

Todos os princípios, segundo Alexy⁸⁸, possuem, em abstrato, igual peso e valor. Assim, colidindo dois ou mais princípios, cumpre ser analisado no caso concreto qual deles deve prevalecer para que se tenha uma decisão justa. Não se soluciona o conflito por meio de uma regra geral, pela qual um princípio prevalece em relação ao outro, nem tampouco se estabelece uma regra de exceção. Não existe uma precedência absoluta de um princípio diante de outro, mas sim uma precedência condicionada.

Nesse sentido, leciona Wilson Steinmetz, que é “com base nas circunstâncias relevantes do caso – são elas que determinam o peso relativo de cada um dos princípios no caso – que um dos princípios precede o outro, ou, o que é dizer o mesmo, um princípio cede ante outro”⁸⁹. A solução da colisão, portanto, como mencionado, baseia-se na análise da relação de precedência condicionada entre os princípios no caso concreto, a qual consiste em, ao se examinar as peculiaridades

⁸⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 371.

⁸⁷GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO. **Direito Constitucional** - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores. p. 268-283, 2003.

⁸⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.98 – 99.

⁸⁹STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 206.

de uma determinada situação fática, indicar as condições sob as quais um princípio prefere ao outro.

A relação de precedência condicionada é o resultado de uma ponderação, a qual se opera por meio do Princípio da Proporcionalidade⁹⁰, ponto principal deste estudo, o qual se passa a analisar mais detalhadamente. Cumpre-se, anteriormente, porém, destacar que, conforme Lenio Luiz Streck⁹¹:

[...] os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada prima facie, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. O direito constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica [...]. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (sic), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (sic). Importante notar que, no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos [...]

Nesse viés, inicialmente, impõe-se realizar uma breve distinção entre o termo que é usado para denominar o princípio em análise – proporcionalidade – e outro que com frequência é empregado como seu sinônimo: a razoabilidade.

A similaridade dos significados das expressões que nomeiam os princípios em tela é um elemento que facilita o seu uso de modo equivalente. No entanto, esta utilização dos princípios como unívocos não se mostra adequada, porquanto existem

⁹⁰ KÖHN, Edgar. **A Solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Uberaba: 2011. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2182>>. Acesso em: 08 de abr. de 2014.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49-50.

elementos diferenciais entre a razoabilidade e a proporcionalidade que não podem ser desconsiderados.⁹²

Assim, ressalta-se que a proporcionalidade distingue-se da razoabilidade, primeiramente, no que diz respeito a sua gênese, pois enquanto esta se origina na Carta Magna de 1215, na Inglaterra, tendo obtido sua consagração no direito norte-americano (Suprema-Corte), aquela foi projetada pelo direito alemão⁹³.

Ademais, destaca-se que estes dois princípios nasceram em famílias jurídicas diversas: a proporcionalidade surgiu no Civil Law, já a razoabilidade foi desenvolvida no Common Law⁹⁴.

Por fim, salienta-se que a proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade pela sua estrutura, o que, por conseguinte, gera uma forma distinta de utilização no caso concreto. A averiguação da razoabilidade não se pauta em métodos específicos; consiste apenas em se examinar de uma forma mais “livre” e subjetiva se determinada medida não é excessiva. Por sua vez, o exame da proporcionalidade, devido à composição objetiva e sofisticada deste princípio, permite a utilização de parâmetros mais claros para a análise de certa medida restritiva. Na proporcionalidade averíguam-se a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito dos meios escolhidos para os fins pretendidos (incluindo-se cogitação dos resultados)⁹⁵.

Realizada referida diferenciação, ingressa-se na análise da aplicação do princípio em voga como método de solução da problemática anunciada no início deste tópico.

A utilização do Princípio da Proporcionalidade como técnica de solução de colisões entre direitos fundamentais – neste trabalho, mais especificamente

⁹²DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos da personalidade. **RECHTD**, Santa Cruz do Sul, p. 75, jan./jun. de 2012.

⁹³DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos da personalidade. **RECHTD**, Santa Cruz do Sul, p. 75, jan./jun. de 2012.

⁹⁴SILVA, Davi Castro. **A teoria dos direitos fundamentais e o bem jurídico penal: Análise da vinculação da teoria do bem jurídico penal à Constituição com fundamento na dogmática dos direitos fundamentais**. Salvador: UFBA, 2011. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

⁹⁵DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos da personalidade. **RECHTD**, Santa Cruz do Sul, p. 75, jan./jun. de 2012.

analisada para aplicação em conflitos entre direitos fundamentais e a autonomia privada nas relações de consumo –, ocorre por meio da apreciação sucessiva de cada um de seus subprincípios, que são: a) a adequação (*geeignetheit*), b) a necessidade (*erforderlichkeit*) e c) a proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*)⁹⁶.

O primeiro deles – o subprincípio da adequação, por vezes também denominado princípio da idoneidade ou princípio da conformidade⁹⁷ - determina que se investigue no caso concreto se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental proporciona a conquista da finalidade almejada. Trata-se de perquirir se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o objetivo desejado⁹⁸. Será avaliada a relação meio-fim, isto é, se o meio selecionado contribui para a obtenção do fim almejado. Ou, conforme dispõe Alexy⁹⁹, o princípio da adequação diz que se determinada ação não é adequada para realizar a concretização de um determinado princípio, mas o é para restringir outro, então está proibida em relação a ambos os princípios. Aqui, a pergunta que deve ser respondida para se verificar se a medida limitadora é adequada ou não, é a seguinte: “o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?”¹⁰⁰. Segundo George Marmelstein¹⁰¹, caso a resposta seja notoriamente negativa, isto é, se for possível comprovar que o meio optado não é apto a obter o resultado pretendido, então é admissível a sua anulação pelo Poder Judiciário, com fulcro no princípio da proporcionalidade.

Ainda, ressalta-se que a medida não necessita realizar por completo a finalidade buscada, basta que a fomenta, para que seja considerada válida¹⁰².

⁹⁶ MOURA, Diana da Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade, o planejamento tributário e a norma geral antielisiva**. Fortaleza: UNIFOR, 2009. 52 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 212.

⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 212.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derechos y otros ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1997. P. 205.

¹⁰⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374.

¹⁰¹ MARMELSTEIN, George. Op. Cit. p. 376.

¹⁰² FRANCA, Vinicius Cardona. **Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**. Salvador: UFBA, 2009. 67 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

Por fim, constata-se que a apreciação da adequação da relação meio-fim possui caráter empírico. Indaga-se se o meio utilizado é adequado, empírica e faticamente, para alcançar ou promover o objetivo pretendido¹⁰³.

O segundo – subprincípio da necessidade ou da exigibilidade –, por sua vez, exige que se analise se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o selecionado é o menos restritivo ao(s) direito (s) fundamental (is) em debate¹⁰⁴.

Na exigibilidade ou necessidade, deste modo, será analisada a imprescindibilidade da medida e se há outro meio menos ofensivo de onde se possa obter igual eficácia, esses são os núcleos desse princípio. Por outro lado, apenas será possível mensurar a necessidade ou exigibilidade de determinada decisão judicial, de acordo com a análise do caso concreto, no qual será realisticamente avaliado o meio eleito para a perseguição do fim visado da norma e dá-se tanto qualitativamente quanto quantitativamente.¹⁰⁵ A questão que se impõe responder aqui é: “o meio escolhido foi o ‘mais suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?”¹⁰⁶. Se a resposta for evidentemente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que existem outras opções menos prejudiciais, a medida pode ser anulada pelo Judiciário¹⁰⁷. Trata-se, portanto, de um exame comparativo, que aceita um ato estatal como necessário quando este se apresenta como o menos restritivo de determinado direito fundamental quando comparado com medidas igualmente hábeis a lograr a mesma finalidade¹⁰⁸.

O último subprincípio, por fim – o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito –, determina que os meios eleitos devam manter-se em uma relação razoável com o resultado objetivado¹⁰⁹. Deste modo, para se aferir a

¹⁰³STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 213.

¹⁰⁴STEINMETZ, Wilson. Op. Cit. p. 213.

¹⁰⁵SILVA, Lilian Santana Sodré. **A Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas**. Maceió: FDA, 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de Alagoas, Maceió, 2008.

¹⁰⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374.

¹⁰⁷MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 378.

¹⁰⁸FRANCA, Vinicius Cardona. **Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**. Salvador: UFBA, 2009. 68 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

¹⁰⁹STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 213.

proporcionalidade deve-se contestar a seguinte indagação: “o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?” Caso seja afirmativa a conclusão de tal questionamento, será legítima a limitação ao direito fundamental¹¹⁰.

Nesse sentido, cumpre-se trazer à baila o entendimento de Virgílio Afonso da Silva¹¹¹:

Para que uma medida seja reprovada no teste de proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.

Em suma, depreende-se que a proporcionalidade em sentido estrito proclama pela adequada proporção entre o meio utilizado e o fim cobiçado. O que significa dizer que o ônus imposto ao princípio sacrificado deve ser menor do que os benefícios concedidos ao prevalecente.

A partir do exposto, cumpre-se realizar um estudo acerca de que modo esta aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de solução da problemática aqui abordada se realiza na prática, objeto do qual se ocupará o próximo ponto desta monografia.

¹¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374.

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 41, abr/2002.

3.2 Possibilidades de aplicação prática do Princípio da Proporcionalidade: análise crítica dos Recursos Especiais n. 1.312.887 e n. 962.980.

Neste item visa-se explicitar de que modo à estrutura metodológica adotada na presente pesquisa como possível solução do conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada se processa concretamente. Para tanto, elegeu-se dois julgados referentes a colisões de direitos fundamentais em sentido amplo em relações jurídicas privadas de consumo, que, com base nos postulados teóricos desenvolvidos ao longo deste trabalho, serão analisadas e reconstruídas a partir do princípio da proporcionalidade.

O primeiro julgado selecionado se trata de um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial número 1.312.887/RS, em 05.04.2013 e assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA MARGEM DE CONSIGNAÇÃO A 30% DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Os descontos em folha de pagamento das prestações do contrato de empréstimo não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração percebida pelo devedor. 2. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana. 3. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ – Resp. 1.312.887/RS – Órgão Julgador: 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 09.04.2013).

O caso em apreço pode ser descrito desta forma: a demandante R.M.M., integrante das forças armadas, realizou contratos de mútuo feneratício com as instituições financeiras demandadas B.I., B.F., B.B., nos quais ficou pactuado que a requerente iria receber uma determinada quantia em dinheiro, a qual deveria ser restituída aos bancos, acrescida de juros, por meio de descontos em sua folha de pagamento, que somados equivaliam a 69,24% dos seus vencimentos mensais.

Ocorre, todavia, que a demandante começou a sentir que os referidos descontos lhe deixavam com rendimentos muito baixos, que inviabilizavam a sua sobrevivência, razão pela qual ingressou com uma ação judicial, com pedido de antecipação de tutela em face das financeiras contratadas para que as mesmas limitassem os descontos realizados no seu contracheque em 30% dos seus vencimentos líquidos.

O juízo “a quo” indeferiu o pedido de antecipação de tutela, o que deu azo à interposição de agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, por sua vez, negou provimento ao recurso.

Tendo-se em vista isso, a requerente interpôs recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, o qual foi julgado, monocraticamente, pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Em sua decisão, o ministro asseverou que a demanda deveria ser abordada à luz do direito à dignidade da pessoa humana, relacionando-se com o fenômeno do superendividamento, que tem sido uma preocupação atual do Direito do Consumidor em todo o mundo, decorrente da imensa facilidade do crédito nos dias de hoje.

Discorreu que, embora os contratos financeiros em questão tivessem sido celebrados com a anuência da consumidora, no exercício dos poderes outorgados pela liberdade contratual, a autonomia privada não é absoluta em nosso sistema jurídico, devendo respeito a outros direitos, tais como o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, considerou que se o desconto consumir parte excessiva da renda do consumidor, colocará em risco a sua subsistência e de sua família, ferindo o direito à dignidade da pessoa humana, o qual deveria prevalecer sobre a autonomia privada neste caso.

Dessa forma, deu provimento ao recurso especial para limitar os descontos referentes à soma dos empréstimos contratados ao percentual de 30% da remuneração da parte autora.

A partir desta breve exposição do caso, passa-se a analisar como este poderia ter sido resolvido caso lhe fosse aplicado como método de solução o princípio da proporcionalidade.

Nesse viés, primeiramente, observa-se que a problemática do caso em análise, embora não claramente mencionada pelo julgador, refere-se a uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Senão veja-se.

Consoante o § 3º, do artigo 14 da Medida Provisória nº. 2.215/10, tratando-se de integrante das forças armadas, como é o caso da requerente, é permitida a

realização de consignações em sua folha de pagamento, até o limite de 70% de sua remuneração mensal bruta. Com amparo em tal dispositivo legal, as financeiras elaboraram um contrato – expressão de suas autonomias privadas – prevendo descontos na folha de pagamento da autora que, somados, correspondiam a 69,24% da sua renda mensal bruta.

Todavia, em que pese considere-se legítima a possibilidade das rés no exercício das referidas autonomias, determinarem nos contratos o percentual de desconto mencionado, destaca-se que, consoante o artigo 1º, inc. II, da Lei Maior, é assegurada a dignidade da pessoa humana, representada no litígio em tela na possibilidade da consumidora-requerente em poder dispor de recursos financeiros mínimos para poder manter uma existência digna.

Destarte, como mencionado, está-se diante de uma situação de colisão de direitos, na qual figura de um lado o direito à autonomia privada das financeiras e, de outro, o direito à dignidade da pessoa humana da requerente.

Conforme aludido no subcapítulo anterior, a resolução de um caso como o em pauta através do princípio da proporcionalidade, consiste em verificar se o ato impugnado atende aos subprincípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, passa-se a analisar a conformidade do ato questionado, o qual, na lide em comento, corresponde ao desconto mensal em folha de pagamento equivalente a quase 70% dos vencimentos da consumidora a título de pagamento da dívida, que esta mantinha com as demandadas, com as referidas elementares do princípio da proporcionalidade.

No que tange à adequação, observa-se que o referido abatimento mensal se encontra em consonância com ela. Tal entendimento deriva da compreensão de que esta ação atende a finalidade pretendida, qual seja o adimplemento das parcelas do débito da autora junto as rés.

No tangível ao segundo subprincípio, o da necessidade, verifica-se que os descontos questionados pela autora não estão em conformidade com ele, pois seria factível as rés adotarem outra atitude que restringisse menos o direito fundamental

em voga. Nesse sentido, seria possível, por exemplo, as financeiras aumentarem o número de parcelas da dívida e diminuir o seu valor mensal.

No que alude ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, constata-se que os descontos, nos percentuais efetuados, também não estão de acordo com ele. Não houve uma proporção entre o meio utilizado e o fim cobiçado, porquanto não se pode cogitar proporcional o adimplemento, na forma como fora pactuado, de uma dívida considerada pequena, para pessoas jurídicas de grande porte como as financeiras em questão, as quais possuem inúmeros outras fontes de renda, à custa da sobrevivência digna de sua devedora.

Assim, verifica-se que, nesta situação fática, o direito fundamental à dignidade da pessoa humana precede à autonomia privada.

A decisão proferida pela Corte em apreço, desse modo, mostrou-se acertada. Todavia, no tangível a sua fundamentação, cumpre-se destacar que nesta não foi contemplada a devida ponderação dos interesses envolvidos, por meio do princípio da proporcionalidade.

Portanto, compreende-se que, embora no acórdão analisado existam pertinentes fundamentações, este poderia, ainda, prever a apreciação pormenorizada do conflito entre direitos fundamentais em sentido amplo presente na lide, bem como a sua resolução através do Princípio da Proporcionalidade.

O segundo julgado escolhido refere-se a uma decisão emitida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial número 962.980, julgado em 13.03.2012, e possui a seguinte ementa:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento

de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência.3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor prevêm a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida.5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro.6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (Resp. 962.980/SP, 4ª T., julgado em 13.03.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.05.2012).

A demanda pode ser explanada nestes termos: D.C. F., então menor com 13 anos de idade, em março de 2003, ajuizou ação de obrigação de fazer em face da S.A.A.S.S, sustentando que é beneficiário do seguro de assistência à saúde firmado com a ré e que, no dia 19 de janeiro de 2003, foi atendido no setor de Pronto Socorro do Hospital São Luiz, acometido por súbito comprometimento da coordenação motora, sentindo dores na cabeça e região da coluna, diminuição do nível de consciência e "olhar perdido". O autor afirmou que, após a realização de tomografia do crânio, foi diagnosticada a existência de tumor cerebral, maligno, com quadro médico grave, pois, além do tumor, havia "queda de hipertensão intracraniana grave", com risco de morte, razão pela qual foi imediatamente internado para posterior intervenção neurocirúrgica. Sustentou que, apesar do caráter emergencial do exame de ressonância magnética nuclear, foi negada, pela ré, a sua cobertura, ao argumento de que o requerente constava no grupo de carência 2 do contrato, estando submetido ao prazo de carência de 180 dias a partir

da adesão ao seguro. Afirmou, ainda, que sua genitora emitiu cheque caução no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), já descontado pelo hospital e, na data da alta médica, emitiu outro cheque, para pagamento das despesas hospitalares, no valor de R\$ 14.722,06 (quatorze mil, setecentos e vinte e dois reais e seis centavos), que estava na iminência de ser depositado. Asseverou ter sido submetido a novos procedimentos para tratamento da doença, tendo também sido recusada a cobertura securitária, sem que a ré tivesse ao menos enviado médico para aferir o estado de saúde e risco de vida do requerente. Expôs que seus pais não conseguiam mais arcar com as despesas, não cabendo à requerida alegar carência, pois se trata de procedimentos de urgência.

Após a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a requerida autorizasse a realização dos procedimentos que se fizerem necessários para o tratamento do requerente, o Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional XI - Pinheiros da Comarca de São Paulo - SP julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Interpôs a ré apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso para limitar o período da cobertura.

Foram opostos embargos de declaração pelo autor, que foram parcialmente acolhidos.

Interpôs o autor recurso especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal sustentando divergência jurisprudencial e violação aos artigos 47, 51 e 54 do Código de Defesa do Consumidor; 12 e 35 da Lei 9.656/98 e 3º da Resolução CONSU n. 13 de 1998.

Alegou, nesta ocasião, o recorrente que, ao contrário do entendimento perfilhado pela Corte local, o artigo 35-C da Lei 9.656/98 não limita o custeio dos procedimentos de urgência ou emergências às primeiras doze horas de internação. Sustenta que o titular do seguro aderiu a plano hospitalar e que o artigo 3º da Resolução CONSU n. 13, de 1998, estabelece que, nos contratos de plano hospitalar, deve haver cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta. Afirmou que a legislação fixa em 24 horas o prazo máximo de carência para cobertura total

dos casos de urgência e emergência. Expõe que o contrato de adesão tem cláusulas abusivas, limitativas ao direito do consumidor.

Em contrarrazões, acenou a recorrida que: a) o recorrente pretendia fazer incidir disposição legal diversa da aplicável ao caso; b) ao contratar o seguro de saúde é entregue ao cliente apólice, contendo cláusulas legíveis, de fácil compreensão, havendo aquela que estabelece o prazo de carência de 180 dias da data de adesão; c) o recorrente só teve direito à cobertura a partir de 26 de março de 2003, todavia os procedimentos mencionados na inicial são anteriores àquela data; d) o seguro contratado está em consonância com a Lei 9.656/98, tendo as cláusulas da avença sido redigidas de acordo o texto daquele Diploma, não havendo falar em ilegalidade; e) as disposições contratuais estão sujeitas a regras que permitem o equilíbrio da prestação de serviços com o pagamento dos prêmios, acarretando desequilíbrio contratual o requerido no recurso.

O recurso especial foi admitido.

Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão aduziu que a questão controvertida na lide consistia em saber se, em seguro de assistência à saúde, é possível a seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro, ao período concernente às doze primeiras horas de atendimento médico-hospitalar, a contar da internação.

Nesse sentido, mencionou que pelo disposto no artigo 12, V, da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, porém, consoante a alínea "c" do inciso, pelo prazo máximo de vinte e quatro horas para casos de urgência e emergência e não de 12 horas, como o estipulado pela ré.

Referiu que os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.

Por fim, aludiu a necessidade de se reconhecer a incidência do direito fundamental à saúde na lide, o qual, segundo seu entendimento, deveria prevalecer sobre as determinações contratuais da seguradora.

Frente a tais entendimentos, deu provimento ao recurso.

A Turma, por maioria, acompanhou o relator, concedendo provimento ao recurso especial.

Votou vencido, em parte, o Sr. Ministro Raul Araújo, que excluiu a aplicação de multa cominatória.

A partir deste breve resumo da demanda, observa-se que nela, assim como na anterior, há uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, uma vez que a autonomia privada da seguradora requerida de reger os seus próprios negócios entra em conflito com o direito fundamental à vida do segurado requerente (art. 5º, caput da CF/88).

Deste modo, verifica-se que este caso também permite a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de solução do choque entre os referidos direitos, a qual se passa a analisar.

Primeiramente, ressalta-se que o ato impugnado, nesta situação, consiste na decisão da ré em negar a um segurado seu a cobertura de procedimentos de emergência por um prazo maior que às doze primeiras horas de atendimento médico-hospitalar, a contar da internação.

Confrontando este ato com o primeiro subprincípio a ser analisado, qual seja, o da adequação, verifica-se que ele se encontra conforme. Tal entendimento se atesta no fato de que a negativa da empresa se mostra adequada para realizar a concretização do fim a que se propõe, que é não custear as despesas emergenciais acima do período de doze horas, contadas a partir do momento em que o segurado seja internado.

Em relação ao segundo subprincípio, o da necessidade, nota-se que o ato questionado também o atende, uma vez que este se manifesta como indispensável para a concretização da finalidade visada pela ré, não havendo, ademais, outro meio disponível para que fosse alcançado o mesmo objetivo.

Por fim, todavia, no que alude ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, compreende-se que a determinação da demandada não o acolhe. Consoante se aduziu no item anterior, para se averiguar a proporcionalidade em sentido estrito deve-se indagar se “o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou”. Neste caso, a resposta é notoriamente negativa, pois a restrição a um direito tão elementar como o direito à vida em face da manifestação da autonomia privada da empresa, não se justifica. Conforme aduz Alexandre de Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos”¹¹². Deste modo, as razões que motivam a adoção da medida objetada não têm peso suficiente para legitimar a restrição a este direito fundamental de tamanha importância.

Destarte, conclui-se que a decisão em comento mostrou-se acertada ao determinar à ré a cobertura dos procedimentos de emergência efetuados pelo autor, mesmo os realizados no prazo superior ao estipulado no contrato entabulado pelas partes.

A partir da análise dos casos apresentados, observa-se que embora o Princípio Proporcionalidade possa ser considerado um instrumento de grande valia para a orientação do aplicador do direito na busca de um resultado racionalmente justificado, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 93, inc. IX, da CF/88), este não foi prestigiado em nenhuma das referidas demandas.

Dessa forma, ressalta-se que serão oportunos mais debates acerca da utilização do referido princípio, sobretudo como um método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada nas relações consumeristas, porquanto, como explicitado ao longo deste estudo, nestas, tal problemática ganha relevo ante a desigualdade das partes que a compõe.

¹¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000. P. 61.

CONCLUSÃO

No presente estudo buscou-se verificar a validade do Princípio da Proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada nas relações contratuais privadas de consumo. Da realização desta análise, puderam-se extrair as seguintes ideias:

1) Os direitos fundamentais, inicialmente, possuíam como sujeito passivo unicamente o Estado, uma vez que este era tido como seu único transgressor. Porém, com as transformações sociais ocorridas ao longo do tempo, verificou-se que a violação a estes direitos passaram a se dar tanto pelo próprio aparato estatal quanto por parte de agentes privados e a doutrina começou a defender a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2) Dentre as principais teorias que existem para explicar a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privada destacam-se: a teoria da eficácia mediata; a teoria da eficácia imediata; a teoria de Jürgen Schwabe; a teoria da ação estatal; e a teoria proposta por Robert Alexy.

3) Aponta-se como uma grande dificuldade quando da incidência dos direitos fundamentais em relações privadas contratuais a ampla probabilidade de colisão entre os direitos fundamentais de um particular e a autonomia privada do outro.

4) A tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada ganha relevo nas relações privadas de consumo, porquanto nestas se evidência a capacidade de alguns particulares ferirem os direitos fundamentais de outros, uma vez que a relação de consumo é uma relação desigual, na qual o fornecedor é quem comumente detém a superioridade econômica, jurídica e técnica e, em razão disso, não raro ofende os direitos fundamentais da outra parte contratante, evidenciando-se, dessa forma, a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações (eficácia horizontal) e, por conseguinte, a resolução do conflito que se cria entre estes e a autonomia privada, pedra angular das relações intersubjetivas.

4) O princípio da proporcionalidade consiste em um possível instrumento de solução para a colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada.

5) A validade do método da proporcionalidade como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada assenta-se nas seguintes proposições: (a) os direitos fundamentais consistem em princípios; (b) o conflito entre direitos fundamentais pode se dar de duas maneiras: em sentido restrito, que ocorre quando figuram apenas direitos fundamentais em contradição, e em sentido amplo, que se verifica quando colidem direitos fundamentais com bens tutelados pela Constituição; (c) a colisão de direitos fundamentais, seja em sentido amplo, seja em sentido estrito, devido à natureza principal desses direitos, será sempre uma colisão de princípios; (d) a autonomia privada corresponde a um bem constitucionalmente protegido, assim, quando este instituto entra em choque com um direito fundamental, estar-se-á diante de uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo e, por conseguinte, de uma colisão de princípios; (e) a problemática da colisão entre princípios apresenta uma solução diferenciada daquela que é destinada para resolver o conflito de regras, em face das diferenças que estes dois tipos de preceitos jurídicos possuem; (f) os direitos fundamentais não são princípios absolutos, em vista disso são passíveis de restrições; (g) todos os princípios possuem, em abstrato, igual peso e valor. Deste modo, em colidindo dois ou mais princípios, cumpre ser analisado no caso concreto qual deles deve prevalecer para que se tenha uma decisão justa; (h) não existe uma precedência absoluta de um princípio diante de outro, mas sim uma precedência condicionada; (i) a relação de precedência condicionada é o resultado de uma ponderação, a qual se opera por meio do Princípio da Proporcionalidade.

6) A razoabilidade e a proporcionalidade não são sinônimas, pois se diferenciam quanto as suas origens históricas e estrutura.

7) A utilização do Princípio da Proporcionalidade como técnica de solução de colisões entre direitos fundamentais ocorre por meio da apreciação sucessiva de cada um de seus subprincípios, que são: a) a adequação (*geeignetheit*), b) a exigibilidade (*erforderlichkeit*) e c) a proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*).

8) Embora o Princípio da Proporcionalidade apresente-se como um instrumento de grande valia para a orientação do aplicador do direito na busca de um resultado racionalmente justificado, conforme preceitua a Constituição Federal

(art. 93, inc. IX, da CF/88), este não foi devidamente prestigiado nas decisões analisadas nesta pesquisa.

9) Frente a todo o exposto, espera-se que este trabalho tenha contribuído para demonstrar a importância da utilização do Princípio da Proporcionalidade, especialmente como um método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada nas relações de consumo e, por conseguinte, a necessidade do aprofundamento de estudos acerca desse tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derechos y otros ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria de lós derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a História: História geral e História do Brasil**. São Paulo: Ática, 1999.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A Natureza Principiológica dos Direitos Fundamentais e a Proteção do seu Conteúdo Essencial. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, v.14, n. 11, p. 163, 2009.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Estados Liberal, Social e Democrático de Direito**. Teresina: 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>>. Acesso em: 05 de mar. de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.312.887/RS. Recorrente: Rafaela Moraes Menezes. Recorrido: BV Financeira S/A e outros. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 09 de dez. de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=201200473104&dt_publicacao=10/04/2013>. Acesso em: 10 de abr. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.312.887/RS. Recorrente: Diego de Carvalho Ferreira. Recorrido: Sul América Companhia de Seguros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de mar. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701448355&dt_publicacao=15/05/2012>. Acesso em: 14 de abr. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de ago. de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 06 de mar. 2014.

CABRAL, Bruno Fontenele. **State action doctrine**. Teresina: 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18416/state-action-doctrine>>. Acessado em: 11 de mar. de 2014.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 19, p. 119, jul/set., 2004.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limitações estruturais para o exercício da autonomia privada coletiva como suporte da negociação sindical. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 32, p. 261, jan/mar. 2006.

COSTA, Adriano Pessoa. **Direitos Fundamentais entre Particulares na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. Fortaleza: UFC, 2007. 12 f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

COSTA, Jane Martins. **A boa fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DETROZ, Derlayne. **A Hipervulnerabilidade e os Direitos Fundamentais do Consumidor Idoso no direito Brasileiro**. Curitiba: UniBrasil, 2011. 76 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, 2011.

DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos da personalidade. **RECHTD**, Santa Cruz do Sul, p. 75, jan./jun. de 2012.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição** – Drittwirkung dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. Os Direitos Fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia: breves considerações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 65, p. 163, jan./2008.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FRANCA, Vinicius Cardona. **Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**. Salvador: UFBA, 2009. 61 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

GERVASONI, Tássia Aparecida. Ativismo Judicial? O “antes” e o “depois” da Constituição de 1988 na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal- Um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 963, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO. **Direito Constitucional** - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

KÖHN, Edgar. **A Solução da colisão de princípios e conflito de regras**. Uberaba: 2011. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2182>>. Acesso em: 08 de abr. de 2014.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas Repercussões no Âmbito da Responsabilidade Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 51, p. 112, jul./2004.

LIMA, Henrique. *Efeitos Horizontais Dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_5570/artigo_sobre_efeitos_horizontais_dos_direitos_fundamentais. Acessado em: 26 de set. de 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. A Proteção dos Consumidores em um Mundo Globalizado: Studium Generale sobre o Consumidor como Homo Novus. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 25, jan/2013.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de Litígios**. Salvador: UFBA, 2009. 28 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na Proteção Contratual do Consumidor-Empresário: Concreção do Conceito de Vulnerabilidade como Critério para Equiparação Legal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 62, p. 259, abr./2007.

MOURA, Diana da Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade, o planejamento tributário e a norma geral antielisiva**. Fortaleza: UNIFOR, 2009. 52 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

NETTO, José Laurindo de Souza. **A colisão de direitos fundamentais: O direito à privacidade como limite da liberdade de informação**. Disponível em: <http://tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoJuizJos%C3%A9LaurindoSouzaNetto.pdf>. Acesso em: 8 de abr. de 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonzalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006.

PINTO, Paulo Mota. **Autonomia Privada e Discriminação: Algumas Notas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RÜGRE, André; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. **A tutela da confiança na contratação contemporânea**. Curitiba: PUC, 2006. 23 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. **A autonomia privada em face dos direitos fundamentais no contrato**. Curitiba: Unibrasil, 2010. 43 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Unibrasil, Curitiba, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Lilian Santana Sodré. **A aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas**. Alagoas: UFA, 2008. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Alagoas, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. São Paulo: 2005. P. 175. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RDGV_01_p173_180.pdf>. Acesso em: 07 de abr. de 2014.

SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 41, abr/2002.

SOUZA, Cimon Hendrigo de Souza. **A Autonomia Privada na Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: 2008. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTAMILTONCAMPOS/volumes/volume%2016.pdf>>. Acesso em: 2 de mar. de 2014.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEODORO, Adilson. Et al. **Breves Considerações Teóricas sobre os Paradigmas do estado liberal, do estado Social e do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/1903.pdf>>. Acesso em: 05 de mar. de 2014.