

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: CRITÉRIOS PARA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Celiana Diehl Ruas⁵⁹

RESUMO

Este artigo analisa critérios para a ponderação de interesses em casos de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. A partir da análise de pressupostos essenciais à compreensão do tema, tais como a evolução do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, a concepção de força normativa da Constituição e a superação da dicotomia ente direito público e privado, procura-se assentar a ideia de que os direitos fundamentais têm aplicação nas relações entre particulares, bem como apresentam-se as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Realiza-se uma análise crítica dos critérios de ponderação de interesses propostos pela doutrina nacional. O objetivo é sistematizar os critérios que devem orientar a ponderação, a fim de se incrementar a objetividade e racionalidade no exercício da mesma, o que contribuirá para a efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito privado. Colisão. Ponderação. Critérios.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cujo debate foi inaugurado pela doutrina e jurisprudência alemã a partir dos anos 50 deste século, é atualmente acolhida pela doutrina majoritária, embora exista inegável dissenso acerca da forma como incide a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

No entanto, os problemas mais instigantes na temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas surgem quando há colisão entre direitos fundamentais, dentre os quais se inclui a autonomia privada e a liberdade contratual, ainda que não expressamente previstas como tal na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, não é difícil imaginar situações nas quais um particular possa violar direito

⁵⁹ Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

fundamental de outro, como por exemplo, na seara contratual, através da imposição de uma determinada cláusula que implique na violação ou restrição de um direito fundamental. A realidade e a doutrina conferem vastos exemplos.

O objeto central do presente estudo é a forma de compatibilização da aplicação dos direitos fundamentais de cunho negativo com a autonomia privada nas relações entre particulares. Interessa, sobretudo, a análise de parâmetros e *standards* que possam ser aplicados em situações de colisão, a fim de aumentar a segurança jurídica e a possibilidade de controle do procedimento de ponderação, a fim de evitar subjetivismos.

Com efeito, embora haja significativa produção doutrinária sobre o tema da incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, o fato é que os vetores de ponderação de interesses ainda não foram suficientemente sistematizados, o que dificulta a compreensão do tema e a própria aplicação pela jurisprudência.

Acredita-se que a sistematização de critérios aumentará a racionalidade do processo de interpretação e aplicação das normas que tratam de direitos fundamentais e, em última análise, contribuirão para sua maior efetividade.

O presente trabalho se divide em duas partes. Na primeira, serão assentados os pressupostos teóricos essenciais para a compreensão do tema, tais como a evolução do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, a força normativa da Constituição, a superação da dicotomia entre direito público e privado e as principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na segunda parte, serão analisadas criticamente e comparadas as soluções da dogmática constitucional no âmbito nacional para a problemática da colisão entre direitos fundamentais na seara do Direito Privado, propostas em específico pelos autores Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz e Virgílio Afonso da Silva.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

Antes de adentrar no aspecto nuclear do presente estudo, é necessário analisar alguns pressupostos teóricos essenciais. Conforme pretende se demonstrar, a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, aliada ao reconhecimento da força normativa da Constituição e à superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado, fornecem as bases teóricas fundamentais à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. As principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares também serão tratadas nesta parte do trabalho.

2.1 Constitucionalismo liberal e constitucionalismo social

O tema analisado tem íntima relação com a concepção de Estado e suas transformações, bem como com o constitucionalismo, uma vez que “os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”.⁶⁰

Os direitos fundamentais reconhecidos nas primeiras constituições escritas foram produto do pensamento liberal⁶¹, personificado no cidadão burguês, integrante da classe exitosa nas revoluções liberais ocorridas durante os séculos XVII e XVIII e preocupado, após o período absolutista, em livrar-se da forte interferência do Estado no âmbito das relações privadas.

Segundo Eugênio Facchini Neto, a ética que predomina nesse período é a da liberdade formal, com um Estado liberal e pouco intervencionista. Vive-se o liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No âmbito jurídico, tais concepções desembocam na “ética do individualismo”, com a preocupação em tutelar as ideias de patrimônio, propriedade territorial com caráter absoluto, liberdade e autonomia contratual e igualdade meramente formal.⁶²

Assim, em razão do contexto histórico em que estavam inseridos, os direitos fundamentais inicialmente positivados foram concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, ou, em outras palavras, como direitos de defesa, de cunho negativo, uma vez que estabeleciam uma zona de não intervenção do Estado na esfera da autonomia individual. Tais direitos, também chamados de “direitos fundamentais de primeira dimensão”, são dirigidos a uma abstenção do Estado e consistem no direito à vida, à liberdade, à propriedade e igualdade perante a lei. Acrescem-se a esses direitos, posteriormente, as denominadas liberdades de expressão coletiva e os direitos de participação política.⁶³

Tal período é denominado pela doutrina de constitucionalismo liberal⁶⁴ e, segundo Paulo Bonavides, consiste na fase inicial do constitucionalismo ocidental.⁶⁵

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 35.

⁶¹ *Ibidem*, p. 46.

⁶² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 44.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 46-47.

⁶⁴ Conforme SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 201, p. 82. e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 79.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 563.

No entanto, o Estado Liberal não assegurou uma liberdade substancial aos indivíduos. Conforme ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, a codificação liberal e a ausência de constituição econômica serviu de instrumento de exploração das classes menos favorecidas pelos mais fortes, gerando conflitos que redundaram no advento do Estado Social.⁶⁶

O Estado Social surge no século XX, período denominado pela doutrina de “constitucionalismo social”⁶⁷, a partir do qual as Constituições passam a contemplar direitos que exigem prestações estatais para a garantia de condições mínimas de subsistência aos cidadãos. A Constituição de Weimar (1919) e a Constituição do México (1917) são marcos que contemplam tais direitos.

Denominados “direitos fundamentais de segunda geração” por Ingo Wolfgang Sarlet, os mesmos possuem como nota distintiva a sua dimensão positiva e se caracterizam por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outras. Ressalta o autor, no entanto, que somente após a Segunda Guerra tais direitos fundamentais foram positivados em um número significativo de Constituições.⁶⁸

Com efeito, conforme leciona Luis Roberto Barroso, o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do segundo pós-guerra, a partir de quando se inicia a reconstrução dos direitos humanos, os quais se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, que passou a constar nos documentos internacionais e Constituições democráticas. O autor ressalta que a dignidade da pessoa humana impõe limites e ações positivas ao Estado no atendimento de necessidades vitais básicas. No Brasil, o marco é a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que a mesma ajudou a protagonizar.⁶⁹

⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, 1999, p.101.

⁶⁷ Conforme SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.14 e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 65.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, cit., p. 47-48. Deve-se ressaltar que o autor aponta também a existência de uma terceira dimensão de direitos fundamentais, consistente nos direitos de fraternidade ou de solidariedade e de titularidade difusa ou coletiva. São exemplos citados o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação (p. 48-50).

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro*, v. 240, abr./jun. 2005, p. 02 e 12.

O advento do Estado Social e o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão representam significativa mudança no âmbito dos direitos fundamentais, a qual repercutirá na possibilidade da incidência dos mesmos nas relações particulares.

2.2 Supremacia e força normativa da Constituição

A supremacia constitucional, em sua origem, decorre da necessidade de que as normas constitucionais sejam hierarquicamente superior às demais, em razão da importância de seu conteúdo material. Assim, para que Constituição, além de estabelecer um catálogo de direitos, cumpra sua função de limitar o exercício de poder e organizar o Estado, necessário que normas constitucionais possuam posição hierarquicamente superior às demais.⁷⁰

Além desta justificativa de cunho material para a supremacia da Constituição, há uma justificativa de viés político. Uma vez que o poder constituído – imbuído do dever de produzir o direito ordinário – não pode ir além da delegação recebida do poder constituinte, evidente a relação de hierarquia entre tais poderes, traduzida na superioridade da Constituição sobre as normas ordinárias.⁷¹

Segundo Wilson Steinmetz, em razão da consagração do princípio da constitucionalidade no segundo pós-guerra, a Constituição torna-se a fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, o que aponta como uma das dimensões do princípio da supremacia da Constituição. Sustenta, ainda, que as normas constitucionais e, sobretudo as normas de direitos fundamentais, em razão de sua supremacia normativa, são aptas a incidir sobre as relações jurídicas interprivadas, independentemente de necessária intermediação legislativa ordinária.⁷²

De fato, as mudanças ocorridas após o fim da Segunda Guerra Mundial acarretaram uma alteração de paradigma no que se refere à concepção que encarava a Constituição como mera proclamação política com papel limitado e sem aplicação direta. Em razão inclusive da experiência do nazismo e no intuito de criar mecanismos para conter abusos do legislador e das

⁷⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 24.

⁷¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*, cit., p. 24.

⁷² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 103-104.

maiorias políticas, passa-se a conceber a Constituição como norma. No Brasil, tal mudança é recente e ocorreu após a promulgação da Constituição de 1988.⁷³

A teoria da força normativa da Constituição, preconizada por Konrad Hesse, prescreve que, na resolução de problemas jurídicos-constitucionais, se dê preferência à interpretação que confira maior efetividade à Constituição.⁷⁴

O reconhecimento da supremacia da Constituição e a concepção da mesma como norma, de onde decorre sua força normativa, são pressupostos teóricos que têm papel essencial no desenvolvimento da teoria da incidência dos direitos fundamentais às relações entre particulares e das problemáticas daí decorrentes.

2.3 Publicização do Direito Privado, constitucionalização do Direito Privado e privatização do Direito Público: a superação da dicotomia

A evolução histórica do constitucionalismo, aliada ao reconhecimento da força normativa da constituição e as mudanças de paradigmas daí decorrentes, acarretaram importantes reflexos na seara do Direito Privado e na forma como esse se relaciona com o Direito Constitucional. A doutrina costuma denominar tais fenômenos de *publicização do direito privado*, *constitucionalização do direito privado* e *privatização do direito público*.

Efetivamente, percebe-se que, enquanto no Estado Liberal havia absoluta separação entre o direito constitucional e o direito privado, a partir do surgimento do Estado Social, o Estado passa a intervir cada vez mais no âmbito privado, de forma que a tradicional dicotomia entre direito público e direito privado cede espaço e avança para uma confluência entre as duas áreas.

A *publicização do direito privado* consiste no processo crescente de intervenção legislativa estatal no âmbito do direito privado e é uma característica do Estado Social do século XX. Com o escopo de reduzir o âmbito da autonomia individual, proteger os interesses dos mais vulneráveis e promover a justiça social, várias matérias até então submetidas ao Código Civil foram transformadas em disciplinas autônomas, tais como o direito do trabalho, o direito do consumidor e o direito da criança e do adolescente, exemplificativamente.⁷⁵

⁷³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*, cit., p. 27.

⁷⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 68.

⁷⁵ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 61/2015. Jan - Mar/2015, p. 21-22.

A *constitucionalização do direito privado*, por sua vez, envolve dois fenômenos distintos, aos quais se pode chamar de constitucionalização-inclusão e constitucionalização-releitura. O primeiro consiste na inclusão, na Constituição, de temas tradicionalmente afeitos ao direito privado. A constitucionalização-releitura, por sua vez, consiste na irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento e implica na necessidade de interpretação deste em conformidade com os princípios e valores emanados da Constituição.⁷⁶

O Estado, por sua vez, cada vez mais se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, na medida em que estabelece relações negociais com particulares, fenômeno que a doutrina denomina *privatização do direito público*.⁷⁷

Daniel Sarmiento sustenta que “no bojo desta redefinição das fronteiras entre o público e privado no Estado Social, pode se situar a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas”.⁷⁸

O processo de constitucionalização implica a irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento jurídico e, assim, acarreta relevante alteração de paradigma no âmbito do direito privado. Trata-se do que a doutrina civilista denomina *despatrimonialização e repersonalização* do direito privado. Conforme aponta Gustavo Tepedino, “as relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma despatrimonialização do direito privado”.⁷⁹ A repersonalização, por sua vez, recoloca “a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”.⁸⁰

Assim, é importante para o estudo do tema proposto que se tenha em mente que, ao longo do tempo, o Código Civil deixa de representar o centro gravitacional único do direito privado, o qual passa a ser a Constituição. Tal fato importa em mudanças substantivas na maneira de se conceber e interpretar os institutos tradicionais de direito privado.

Sobretudo, a penetração do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito privado e o seu reconhecimento como vértice axiológico do ordenamento jurídico nacional acarretam a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa sobre os valores patrimoniais e exigem proteção à dignidade da pessoa humana também no âmbito do

⁷⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*, cit., p. 44.

⁷⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 48.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 25.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? In: *Revista Del Rey*, Belo Horizonte, a.1, n. 1, p. 17, dez. 1997.

⁸⁰ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*, cit., p.103.

direito privado.⁸¹

Abre-se, portanto, o caminho à aplicação direta das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, às relações privadas.

2.4 Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Ingo Sarlet sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, inclusive nas relações entre particulares, “não é de ser refutada, ainda mais levando em conta o grande comprometimento da ordem constitucional brasileira com os direitos sociais e com a justiça social, que, importa destacar, constitui princípio informador da ordem constitucional econômica”.⁸²

Na teoria constitucional contemporânea, há, de fato, relativo consenso sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Isso decorre, sobretudo, da própria força normativa da Constituição, bem como do reconhecimento de que os direitos fundamentais são suscetíveis de violação não só pelo Estado, mas também por atores privados, mormente em razão do incremento do poder social, político e econômico desses sujeitos na sociedade atual.

As maiores controvérsias surgem no que se refere à forma como ocorre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesta subseção pretende-se apresentar sinteticamente as principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Didaticamente, a maioria da doutrina costuma dividi-las em quatro grupos: (1) teorias negativas, que rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, (2) teoria da eficácia indireta e mediata, (3) doutrina dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais e (4) teoria da eficácia direta e imediata.

A tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais teve maior ressonância nos Estados Unidos através da doutrina da *state action*, segundo a qual os direitos fundamentais vinculam apenas os Poderes Públicos, de forma que as condutas dos particulares ficam fora do alcance dessas garantias. Uma das justificativas para a adoção de tal teoria no direito americano é o pacto federativo, uma vez que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados ao impedir que as cortes federais, a pretexto de aplicar a Constituição, intervenham nas relações privadas.⁸³

⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 90 e 103.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p.21.

⁸³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 189.

A Suprema Corte Americana desenvolveu, contudo, a *public function theory*, a qual, segundo Juan Maria Bilbao Ubillos, preconiza a possibilidade de vinculação aos direitos fundamentais quando o particular exerça atividade de natureza tipicamente estatal ou quando se verifica uma conexão ou implicação estatal significativa na ação impugnada pela pessoa que teve seu direito fundamental lesado por outro particular.⁸⁴

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig e é a concepção majoritariamente adotada na Alemanha atualmente. Para tal teoria, os direitos fundamentais não ingressam no direito privado como direitos subjetivos, que possam ser aplicados a partir da Constituição. Nesta linha, os direitos fundamentais ingressariam no âmbito do direito privado através das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados definidos pelo legislador, cabendo aos juízes interpretá-los em conformidade com os valores constitucionais.⁸⁵

O argumento mais relevante para os defensores dessa teoria é que a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por aniquilar a autonomia privada e subverter o direito privado ao transpor suas categorias tradicionais ao patamar do direito constitucional.⁸⁶

A teoria dos deveres de proteção é uma variação da teoria da eficácia indireta e parte da concepção de que o Estado, ao editar normas e prestar a jurisdição, está obrigado, não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como a protegê-los de ameaças e lesões provenientes de particulares.⁸⁷ Assim, por mediação da atividade estatal, se daria a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na relações privadas foi elaborada na Alemanha na década de 50 por Hans Carl Nipperdey. Embora não seja a concepção dominante na Alemanha, é acolhida em países como Espanha, Portugal, Itália e Argentina.⁸⁸ No Brasil, a teoria da eficácia direta encontra respaldo de doutrina majoritária, representada por Ingo Sarlet, Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz, bem como tem sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.⁸⁹

Tal concepção significa “em termos gerais, que podem e devem ser extraídos efeitos

⁸⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados? In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 277.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 197-200, passim.

⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-53, passim.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 216-217, passim.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 204-216.

⁸⁹ Vide, exemplificativamente: STF, RE 201819/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.10.2005.

jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não restando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal”.⁹⁰

Em contraponto às principais críticas à teoria da eficácia direta, cabe ressaltar a lição de Ingo Sarlet de que a circunstância de que se deve considerar, em primeira linha, a mediação e a opção do legislador, não exclui a possibilidade de efeitos diretos e de uma vinculação direta dos sujeitos privados.⁹¹

Acrescente-se que entender que os direitos fundamentais incidem nas relações de direito privado apenas de forma indireta, por meio de cláusulas gerais, equivale a afirmar que os direitos fundamentais apenas incidem nas relações privadas porque autorizados pelo legislador ordinário, o que claramente compromete a força normativa da Constituição. Ainda, ao admitir-se a eficácia direta, “a autonomia particular não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais”.⁹²

Com efeito, a teoria da incidência direta *prima facie* é a mais adequada quando se pensa em um modelo hermenêutico comprometido com os valores insculpidos na Constituição Federal de 1988 e com a força normativa da constituição.

Não obstante, o reconhecimento da eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não se dá de forma absoluta e incondicionada. Tal concepção demanda soluções diferenciadas, sobretudo porque no outro polo da relação existe outro titular de direitos fundamentais.

3 PARÂMETROS DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Estabelecidos os pressupostos básicos à compreensão do tema da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, passa-se a analisar os parâmetros de solução de conflitos entre direitos fundamentais propostos por Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz e Virgílio Afonso da Silva.

3.1 A proposta de Daniel Sarmento

⁹⁰ Neste sentido, vide, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p.28.

⁹¹ *Ibidem*, p.27.

⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Org.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182-183.

Para Daniel Sarmento, a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada. Tal ponderação, ressalta, deve ser realizada primeiramente pelo legislador, contudo, quando ausente norma ou em face de inadequação da mesma em relação aos valores constitucionais envolvidos, caberá ao juiz realizar tal exercício de ponderação.⁹³

O autor alinha-se ao entendimento perfilhado por Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que a solução constitucionalmente adequada da colisão passa por uma metódica diferenciada, que considere as circunstâncias do caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental, seu âmbito de proteção e implica em juízos de ponderação e “concordância prática”.⁹⁴

Daniel Sarmento sustenta que o fator primordial a ser considerado nas questões relacionadas à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência de desigualdade fática entre os envolvidos e o grau da mesma. Para o autor, quanto mais aguda for a desigualdade, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental envolvido e menor a tutela da autonomia privada. Por outro, lado, em uma situação de igualdade entre as partes, mais intensa será a proteção conferida à autonomia privada, possibilitando, assim, restrições ao direito fundamental em conflito com a mesma.⁹⁵

O autor justifica a adoção de tal critério no fato de que o campo das relações privadas também é permeado por relações de poder e de sujeição e que a autonomia dos subjugados, é, na realidade, fictícia. Nas palavras do autor “a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”.⁹⁶ Verifica-se, portanto, que, por desigualdade fática, o autor entende a existência de desigualdade material.

O critério da desigualdade material foi criticado por Virgílio Afonso da Silva, para quem o decisivo é a “sinceridade no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela”.⁹⁷

Daniel Sarmento contesta a crítica de Virgílio Afonso da Silva e esclarece que o

⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 260-261.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Og.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 28-29.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 261.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 262.

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. Maio. 2005. p. 176-177.

parâmetro da desigualdade material é apenas um critério dentre outros que podem e devem ser sopesados na solução das situações envolvendo colisões de direitos fundamentais, ressaltando a necessidade de considerar sempre as circunstâncias específicas de cada caso concreto. Sobretudo, aduz que o critério sugerido por Virgílio Afonso da Silva tem um campo de aplicação deveras mais limitado do que o critério da desigualdade fática, uma vez que somente poderia ser utilizado em situações nas quais o lesado tenha manifestado concordância com o ato que acarretou a violação de seus direitos.⁹⁸

Assiste razão a Daniel Sarmento, uma vez que, com efeito, o critério da sinceridade no exercício da autonomia privada, sugerido por Virgílio Afonso da Silva não resolve satisfatoriamente situações nas quais a lesão ao direito fundamental decorre da recusa da parte mais forte em celebrar o contrato, sendo certo, ainda, que perquirir a sinceridade da parte no exercício de sua autonomia privada é um critério que se reveste de subjetivismo muito mais intenso do que o da desigualdade material. Ainda, quanto ao aspecto processual, o critério da sinceridade no exercício da autonomia privada acarreta que o ônus da prova recaia justamente sobre a parte mais débil da relação.

Daniel Sarmento reconhece que graves violações aos direitos fundamentais podem ocorrer também no âmbito de relações essencialmente paritárias entre particulares. O autor entende que os direitos fundamentais vinculam os particulares mesmo em tais situações, sob pena de, entendendo-se em sentido contrário, proporcionar uma garantia incompleta à dignidade da pessoa humana. No entanto, ressalva que em tais casos a proteção da autonomia privada no momento da ponderação de interesses deverá ser mais intensa, uma vez que não prevalece a presunção de que a parte supostamente lesada foi subjugada e não agiu livremente no momento da manifestação de vontade que acabou por lhe cercear um direito fundamental.⁹⁹

Daniel Sarmento menciona também outro parâmetro para a ponderação de interesses, que leva em consideração se a questão envolvida é do tipo existencial ou patrimonial. Para o autor, quanto mais existencial for a índole da questão, maior o nível de defesa constitucional da autonomia privada, por outro lado, sendo eminentemente patrimonial a questão, menor será a tutela constitucional da autonomia privada.¹⁰⁰

Além disso, nas questões eminentemente patrimoniais, a essencialidade do bem também é um importante critério para definição da intensidade da proteção à autonomia

⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 264.

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 265-266.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 14, 2005. p. 211.

privada. Assim, aponta o autor que, quanto mais essencial for o bem envolvido na questão, maior deverá ser a proteção do direito fundamental e maior a mitigação da autonomia privada. Ao contrário, quanto mais supérfluo for o bem, maior será a proteção conferida à autonomia privada em relação ao direito fundamental em questão.¹⁰¹

Assim, verifica-se que vários fatores devem ser considerados na ponderação de interesses para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. A partir a leitura de Daniel Sarmiento, no entanto, extraem-se, dois critérios fundamentais: (1) desigualdade na relação jurídica e (2) natureza existencial ou patrimonial da questão examinada.

3.2 A proposta de Wilson Steinmetz

Wilson Steinmetz centra sua análise no problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações contratuais, pois, segundo o autor, é neste plano que o problema é mais grave. O autor distingue dois tipos de casos: (1) a situação na qual, no exercício da liberdade de contratar, o particular consente em restringir o exercício ou até mesmo em renunciar ao núcleo essencial de um ou mais direitos fundamentais e (2) quando o particular, no exercício de sua liberdade de não contratar, lesa direito fundamental de outros particulares. O autor ressalta que a solução no último caso reveste-se de particularidades dogmáticas relevantes, contudo, a metódica de solução é a mesma para ambos os casos.¹⁰²

Para o autor, a colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada deve ser resolvida com base no princípio da proporcionalidade, sobretudo no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O autor parte do pressuposto de que a autonomia privada é constitucionalmente protegida e tem estrutura de princípio.¹⁰³ Assim, se a autonomia privada é constitucionalmente tutelada, os conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada devem ser resolvidos como colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, ou, em outras palavras, direito fundamental *versus* bem constitucionalmente protegido.¹⁰⁴

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 267.

¹⁰² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 188-189.

¹⁰³ Ingo Sarlet também sustenta que, embora a autonomia privada e a liberdade contratual não estejam expressamente previstas na Constituição de 1988, se tratam de direitos fundamentais implicitamente consagrados. Vide: Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 29. No mesmo sentido, Lucien Maurin, ao tratar do tema do direito francês, sustenta que a liberdade contratual é uma liberdade fundamental. Vide: MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 108 et seq.

¹⁰⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 202.

O autor parte da teoria dos princípios formulada por Robert Alexy¹⁰⁵ para desenvolver critérios que possam nortear solução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada através da aplicação da proporcionalidade. Assim, a partir (i) da distinção entre normas e princípios, (ii) da tese da relação de precedência condicionada e lei de colisão, (iii) das estruturas de ponderação racionalizadas no princípio da proporcionalidade e (iv) da tese das precedências *prima facie*, o autor elabora seus parâmetros para a solução do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais.

Importante assentar que Steinmetz partilha da concepção de que os princípios são mandamentos de otimização e que os direitos fundamentais, quando em colisão entre si ou com outros bens constitucionalmente protegidos, têm caráter de princípios. Uma vez que o autor defende que a autonomia privada igualmente tem caráter de princípio, a tensão entre o direito fundamental e a autonomia privada pode ser dogmaticamente caracterizada, segundo Steinmetz, como uma colisão de princípios, uma vez que um limita as possibilidades do outro.¹⁰⁶

O método de solução elaborado por Steinmetz é estruturado da seguinte forma: caracterizada, concretamente, uma colisão real entre um direito fundamental e autonomia privada, deve-se proceder a uma sequencia sucessiva de testes (i) verifica-se se há uma estrutura relacional meio-fim, na qual o meio é a medida contratual restritiva do direito fundamental e o fim é a finalidade ou o objetivo pretendido com tal restrição; (ii) examina-se se o fim pretendido é constitucionalmente legítimo ou não contraditório com a Constituição; (iii) examina-se, sucessivamente, se a restrição contratual do direito fundamental é (1) adequada, (2) necessária e (3) proporcional em relação ao fim pretendido.¹⁰⁷

As precedências *prima facie*, segundo Steinmetz, são consideradas ao longo dos três testes do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), mas sobretudo no princípio da proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁸, sendo neste teste que deve operar a lei de ponderação enunciada por Robert Alexy¹⁰⁹, no sentido de que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser o grau de satisfação do outro.

Steinmetz sustenta ser possível, na ordem constitucional brasileira, construir um

¹⁰⁵ Vide ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed alemã. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 144 et seq.

¹⁰⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 217.

¹⁰⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 218-219.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 219.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161.

sistema de precedências *prima facie* entre diversos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, bem como que tal hipótese é “dogmaticamente correta, relevante e ‘funcional’ para a validação (justificação) normativa e racional da solução de colisões *in concreto*”.¹¹⁰ Esclarece o autor:

O que se propõe, aqui, assenta-se nisto: (i) *no plano normativo*: (i.a) na posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e (i.b) em um juízo de peso sobre os princípios da dignidade da pessoa (art. 1º, III), da liberdade (art. 5º, caput) e da igualdade (art. 5º, caput) na CF; (ii) *no plano analítico*: na distinção entre direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial; e (iii) *no plano empírico*: em uma descrição esquemática dos traços gerais das relações de poder nas quais ocorrem colisões entre direitos fundamentais e princípio da autonomia privada.¹¹¹

A partir de tais premissas, Steinmetz propõe quatro precedências gerais *prima facie* para o campo dos direitos fundamentais individuais.¹¹²

As quatro precedências desenvolvidas por Steinmetz podem ser assim descritas: (1) em uma relação contratual entre particulares em situação de *igualdade fática*, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de *conteúdo pessoal* ante o princípio da autonomia privada; (2) em uma relação contratual entre particulares em situação de *desigualdade fática*, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de *conteúdo pessoal* ante o princípio da autonomia privada; (3) em uma relação contratual entre particulares em situação de *igualdade fática*, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de *conteúdo patrimonial* e (4) em uma relação contratual entre particulares em situação de *desigualdade fática*, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de *conteúdo patrimonial* ante o princípio da autonomia privada.¹¹³

Em síntese, verifica-se que, para o autor, os direitos fundamentais individuais de cunho pessoal sempre prevalecem, *prima facie*, quando em confronto com a autonomia privada, seja em situações de igualdade, seja em situações de desigualdade fática. Ainda, constata-se que somente há uma precedência *prima facie* da autonomia privada quando estiver envolvido direito fundamental individual de cunho patrimonial e os particulares estejam em situação de

¹¹⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 220.

¹¹¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 220-221.

¹¹² Importante observar que o autor esclarece que as precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio, contudo estabelecem um ônus argumentativo para que o princípio com o qual estão em colisão prevaleça no caso concreto. Existe uma carga argumentativa a favor de uma precedência e uma correspondente carga argumentativa contra o outro princípio. Há que se cumprir, portanto, um ônus argumentativo para que a precedência seja afastada. *Ibidem*, p. 215.

¹¹³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 224.

igualdade fática.

O autor aduz que a consideração da igualdade ou desigualdade fática dos particulares na relação contratual como elemento importante de ponderação resulta do princípio da igualdade e que a consideração do conteúdo pessoal ou patrimonial do direito fundamental envolvido deriva dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Ainda, sustenta que a existência de maiores situações de prevalência *prima facie* em favor dos direitos fundamentais em face da autonomia privada se coaduna com a posição prevalente dos direitos fundamentais na ordem constitucional nacional.¹¹⁴

Virgílio Afonso da Silva critica Steinmetz por duas razões. Primeiramente, na mesma linha da crítica feita à Daniel Sarmiento, Virgílio discorda do critério de desigualdade fática, crítica que não repisaremos, a fim de evitar desnecessária tautologia.¹¹⁵

Sobretudo, Virgílio discorda da aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar situações de tensão entre direitos fundamentais das quais o Estado não participa. Sustenta que o problema maior da utilização da proporcionalidade aos casos de restrição de direitos fundamentais decorrentes de atos da autonomia privada reside na aplicação do teste da necessidade a tais situações, o que retiraria a autonomia de dispor livremente sobre o conteúdo dos contratos. Para Virgílio, “exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra”.¹¹⁶

Contudo, a crítica de Virgílio Afonso da Silva não parece proceder.

Conforme leciona Humberto Ávila – que entende que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo¹¹⁷ –, não é útil perquirir a possibilidade ou não de aplicação da proporcionalidade em determinado ramo do Direito, pois, onde houver a proteção a bens jurídicos que se relacionem concretamente e uma relação meio-fim demonstrável, haverá espaço para a aplicação do dever de proporcionalidade:

Todo o exposto demonstra, ainda, a inutilidade da indagação sobre o surgimento do dever de proporcionalidade e sobre a sua aplicação nesse ou naquele ramo do Direito ou mesmo no direito brasileiro. Onde houver proteção a bens jurídicos que concretamente se correlacionem e uma relação meio-fim objetivamente demonstrável, haverá campo aplicativo para o dever de proporcionalidade. Isso não quer dizer que sua aplicação seja idêntica em qualquer ramo didaticamente autônomo. Não é. Isso porque, sendo uma estrutura formal de relação de meios a fins, sua utilização depende

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 224-225.

¹¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. Maio. 2005. p. 178.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 179.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. *Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011, p. 155-157.

da importância e do poder estruturador da finalidade para determinar o conteúdo normativo de uma relação jurídica. É justamente a sua estrutura formal que revela a sua necessária correlação com normas substanciais.¹¹⁸

Paulo Bonavides, citando Pierre Müller, ensina que “o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”.¹¹⁹ Acrescenta, ainda, que a vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais e que, ligado ao problema da limitação do poder legítimo, o princípio da proporcionalidade deve fornecer o critério das limitações à liberdade individual.¹²⁰

A partir de tais lições, conclui-se pela possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada, com as devidas observações, conforme pontuado por Humberto Ávila, no sentido de que a forma de aplicação da proporcionalidade não é idêntica em todas as áreas.

3.3 A proposta de Virgílio Afonso da Silva

O ponto de partida metodológico de Virgílio Afonso da Silva é o modelo em três níveis desenvolvido por Robert Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.¹²¹

Robert Alexy sustenta que a solução das situações de tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada passa pela criação de um modelo conciliador, produto da convergência da teoria de efeitos indiretos, da teoria dos efeitos diretos e da teoria de efeitos mediados por direitos em face do Estado. Segundo o autor, somente um modelo diferenciado é capaz de solucionar os diversos tipos de situações em que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares.¹²²

Virgílio ressalva, no entanto, que, na maioria dos casos, a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende apenas de estratégias argumentativas, mas sim do

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador. Ano I. v. I. jul. 2001. p. 28. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em 20.06.2015. Acrescente-se que, para Humberto Ávila, a relevância e a limitação da aplicação do dever de proporcionalidade são determinadas pela função desempenhada pelo fim para a formação da relação jurídica.

¹¹⁹ MÜLLER, Pierre. *Le prince de la proportionnalité*. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Neue Folge, v. 97, fasc. 3, Basel, 1978. p. 218 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. p. 393.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 393.

¹²¹ Vide: ROBERT, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed alemã. 2 ed. p. 533 et seq.

¹²² *Ibidem*, p. 529-533.

material normativo existente, vale dizer, da existência de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares.¹²³

Virgílio, assim como Wilson Steinmetz, entende que os direitos fundamentais devem ser encarados como princípios, e, por consequência, como mandados de otimização. Sendo assim, os direitos fundamentais exigem uma produção de efeitos nas relações entre particulares.¹²⁴

Um importante elemento do modelo sugerido por Virgílio está relacionado às condições fáticas e jurídicas existentes. Dentre as últimas, elenca as normas de direito privado ou de direito constitucional em geral. Para o autor, os efeitos dos direitos fundamentais aportam às relações entre particulares por via indireta, por meio do direito privado, o qual “deve servir, nesse caso, de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo como base os princípios constitucionais”.¹²⁵

Observa que há, contudo, situações nas quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode oferecer uma solução adequada, tais como nos casos em que não há mediação legislativa ou nos quais essa fora insuficiente. Ressalta que é na aplicação direta que os problemas se tornam mais drásticos, em razão da colisão frontal entre direitos fundamentais e autonomia privada. Segundo Virgílio, a principal problemática a ser resolvida neste ponto é a forma de combinar a autonomia privada com os direitos fundamentais, a fim de que esses não tendam a eliminá-la.¹²⁶

Para Virgílio, a autonomia privada é o princípio formal¹²⁷ que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares seja considerado válido, ainda que restrinja direitos fundamentais:

A reconstrução da interação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio da concepção de autonomia privada como princípio formal tem, entre outras vantagens, a de ressaltar a relação de tensão existente. Enquanto os direitos fundamentais, como princípios materiais ou substanciais, tendem a limitar a autonomia privada, o conceito de princípio formal pretende desempenhar exatamente a função oposta, ou seja, garantir o respeito a essa autonomia mesmo nos casos em

¹²³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 145.

¹²⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, cit.*, p. 146-147.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 147.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 148.

¹²⁷ Esclarece que “princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas normas de validade”. A característica fundamental desses princípios é, segundo o autor, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo da mesma. *Ibidem* p. 148-149.

que há direitos fundamentais envolvidos.¹²⁸

Neste ponto, o autor recorre ao conceito de competência elaborado por Alexy na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹²⁹ e aponta que os direitos fundamentais são razões para *não-competências*, ao passo que os princípios formais são razões para *competências*. Competência, neste caso, deve ser entendida como possibilidade de alterar uma posição jurídica do outro sujeito.¹³⁰

Em síntese, para Virgílio, os direitos fundamentais tendem a funcionar como normas negativas de competências ao proteger posições jurídicas dos indivíduos e os colocar em situação de não sujeição. Tal noção é aplicável às relações entre particulares e, neste âmbito, fornecem razões para uma não-competência do particular que, em uma relação contratual, pretende restringir direito fundamental da outra parte. De outra banda, a autonomia privada, entendida como um princípio formal, funcionaria como uma competência, ou seja, como uma força contrária aos direitos fundamentais, a fim de garantir que estes não eliminem completamente a própria autonomia privada.¹³¹

Ressalta o autor que, uma vez que a autonomia privada é um princípio formal, também deve ser realizada na maior medida do possível, dentro das condições do caso concreto. Neste ponto, Virgílio adentra no que talvez seja o ponto mais polêmico de sua tese, ao sustentar que um sopesamento entre direito fundamental e autonomia privada é de duvidosa possibilidade e necessidade.¹³²

O autor sustenta que a lei de colisão¹³³ elaborada por Alexy, aplicável à solução de situações de conflito entre direitos fundamentais que tenham a estrutura de princípios, não se aplica na relação entre particulares, ou, em outras palavras, no conflito direitos fundamentais *versus* autonomia privada.¹³⁴

Esclarece que, a partir da lei de colisão, se depreende que toda decisão, no sopesamento entre direitos fundamentais, deve levar em consideração os dois lados. É necessário realizar as devidas verificações acerca da importância do grau de realização de um princípio, em

¹²⁸ Ibidem, p. 150.

¹²⁹ Vide: ROBERT, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 235-253, passim.

¹³⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 150-153.

¹³¹ Ibidem, p. 151-153.

¹³² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 151-153.

¹³³ Conforme mencionado anteriormente, a lei de colisão estabelece que, quanto maior for o grau de não-realização ou restrição de um princípio, maior deverá ser a importância da realização do princípio com ele colidente. Vide: ROBERT, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 94-99.

¹³⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 154.

contrapartida ao grau de restrição do princípio colidente, bem como se a importância de realização de um justifica a restrição do outro.¹³⁵

Virgílio sustenta que “quando se analisam, contudo, as tentativas de transportar esse raciocínio para as relações entre particulares, percebe-se rapidamente que ele não se encaixa”.¹³⁶

Transcreve-se trecho elucidativo da crítica do autor ao critério de sopesamento como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada:

Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – não é, contudo, um sopesamento.¹³⁷

Virgílio exemplifica com um dos critérios sugeridos por Sarmento para valorar a importância da autonomia privada: aduz que, segundo Sarmento, quanto maior for a desigualdade fática entre as partes, menor deverá ser a proteção conferida à autonomia privada. Sustenta que não se está diante de um sopesamento, pois, com a aplicação de tal critério, não se realiza uma análise “bidirecional” entre autonomia privada e o direito fundamental envolvido e que no critério sugerido por Sarmento não há qualquer referência ao grau de restrição do direito fundamental em questão, razão pela qual entende que não se pode falar em sopesamento.¹³⁸

A partir disso, Virgílio passa a analisar critérios para se definir o peso da autonomia privada em situações que envolvam restrições a direitos fundamentais.

Nesse sentido, quanto ao critério de assimetria entre as partes envolvidas, defende que o grau real de autonomia privada é fator mais adequado do que a desigualdade fática ou material. Assim, sempre que existirem fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia, a essa deverá ser conferido um peso menor do que se essa autonomia fosse plena. Ressalta novamente que não existe, nesse ponto, um sopesamento entre autonomia da vontade e direito fundamental, já que este critério “é unilateral e diz respeito somente à própria autonomia”.¹³⁹

¹³⁵ Ibidem, p.154.

¹³⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 154.

¹³⁷ Ibidem, p. 154-155.

¹³⁸ Ibidem, p. 155.

¹³⁹ Ibidem, p. 158.

Quando em um conflito entre direito fundamental e autonomia privada não estiver presente nenhum fator que acarrete assimetria de poder entre as partes, sustenta o autor que a solução deve ser a partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada frente ao direito fundamental envolvido. Virgílio aduz que o elemento mais importante para a elisão da precedência é a intensidade da restrição ao direito fundamental envolvido. Quanto mais intensa for a restrição ao direito fundamental, mais força terão os argumentos contra a autonomia privada. Ressalva, novamente, que não ocorre, também neste caso, o exercício de sopesamento entre autonomia privada e o direito fundamental envolvido, acrescentando o argumento de que a autonomia privada é um princípio meramente formal, cuja função primordial é sustentar competências. Por ser um princípio destituído de conteúdo, afirma que não há como sopesá-la com os direitos fundamentais - que são princípios materiais – pois falta um valor de comparação entre ambos.¹⁴⁰

Neste ponto, verifica-se que, conforme exposto no tópico acima, Wilson Steinmetz também defende a utilização da ideia de precedências *prima facie* para a solução de conflitos entre autonomia privada e direitos fundamentais. No entanto, a conclusão a que chega Steinmetz é visivelmente diferente de Virgílio. Conforme exposto, Steinmetz estabelece quatro precedências *prima facie* para os direitos fundamentais quando em tensão com a autonomia privada e em apenas uma delas a autonomia privada tem precedência sobre os direitos fundamentais (quando houver igualdade fática e o direito fundamental envolvido for de cunho patrimonial). Virgílio, por sua vez, defende que, em não havendo assimetria entre as partes, sempre deve prevalecer, *prima facie*, a autonomia privada. Ademais, Steinmetz entende que a solução do conflito se dá através de estruturas de ponderação, ao passo que Virgílio entende não se tratar de um processo de sopesamento.

Em síntese, o modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva parte da concepção do autor de que nem toda colisão entre direitos fundamentais e entre estes e a autonomia privada (porquanto entende que a autonomia privada é um princípio formal) segue o mesmo padrão. A principal distinção a ser feita é entre casos nos quais há mediação legislativa que se aplique ao caso concreto e casos em que a mediação não exista ou seja insuficiente.

Nos casos em que há mediação legislativa, o autor entende que as disposições de direito fundamentais incidem de modo indireto nas relações entre particulares, pois devem ser levados em consideração na interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso. O raciocínio seria, portanto, de subsunção e não de ponderação.

¹⁴⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 159.

De outra banda, nos casos em que não há mediação legislativa ou que esta seja insuficiente, sustenta que somente a aplicação direta dos direitos fundamentais fornecerá uma solução adequada. A forma de combinar a autonomia privada com os direitos fundamentais passa pela definição de situações em que a autonomia deverá ser mais respeitada e situações em que o direito fundamental em questão deverá prevalecer. Para o autor, o fator decisivo para saber se restrições a direitos fundamentais em uma relação entre particulares devem prevalecer sobre a autonomia privada é o grau real de autonomia que se verifica em cada caso.

3.4 Posicionamento e crítica às propostas analisadas

A influência dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares e, sobretudo, na seara contratual, é inegável e demanda o equacionamento de soluções adequadas, que compatibilizem e respeitem ambas as esferas. Nesse sentido, Lucien Maurin, em obra sobre contratos e direitos fundamentais, aponta que, de um lado, a incidência dos direitos fundamentais sobre os contratos tende cada vez mais a se afirmar como inafastável. De outro lado, ressalta, o contrato permanece, irredutivelmente, com sua lógica própria, por vezes “perturbado”, mas muitas vezes reforçado pelos direitos fundamentais.¹⁴¹

Independentemente da teoria que se adote acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, alinha-se à posição doutrinária que defende que os problemas ligados à colisão de direitos fundamentais e entre estes e a autonomia privada devem ser resolvidos por um processo de ponderação, que deverá sopesar os diferentes valores envolvidos.¹⁴²

Nesta linha, discorda-se de Virgílio quando o autor refere que, ao se definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações nas quais deve ser mitigada, não se está diante de um exercício de ponderação ou sopesamento. Salvo melhor juízo, tais critérios buscam *orientar* a ponderação de interesses, não são eles próprios a ponderação¹⁴³,

¹⁴¹ MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013, p. 16.

¹⁴² Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 29; BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*. v. 21. 2001. p. 68; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Org.), cit., 186; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 259 e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, cit., p. 203.

¹⁴³ Segundo Luís Roberto Barroso, “a ponderação de valores e técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a

bem como não excluem e nem privam o intérprete do sopesamento dos elementos do caso concreto. Ainda, o fato de eventualmente se iniciar a realização da ponderação com um direito fundamental ou com a autonomia privada com um peso *prima facie* diminuído em função de um elemento externo igualmente não afasta a necessidade de ponderação para, a partir disso, decidir por um deles ou pela aplicação preponderante de um deles.

No mesmo sentido, Daniel Sarmento esclarece que na ponderação também é essencial a aferição da importância relativa de cada um dos bens jurídicos envolvidos na colisão e que tal importância não é imutável para cada direito fundamental, podendo variar conforme determinadas circunstâncias. Para o autor, é necessário explicitar tais circunstâncias, a fim de conferir mais segurança e previsibilidade ao processo ponderativo. O fato de um elemento ser considerado na solução do conflito não descaracteriza a natureza ponderativa do procedimento realizado.¹⁴⁴

De fato, o desafio que se coloca é estabelecer critérios específicos para a ponderação, os quais sejam adequados às peculiaridades que envolvem a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas. Isso implica que a presença ou não de determinados fatores poderá acarretar uma maior ou menor intensidade de vinculação dos particulares ao direito fundamental envolvido.

Uma vez que a proporcionalidade é um dos principais critérios a serem empregados no método de ponderação¹⁴⁵ e que sua aplicação, como exposto acima¹⁴⁶, não se restringe às relações em que esteja envolvido o Estado, não parece haver motivo efetivamente consistente a afastar sua aplicação como critério de solução de conflito de direitos fundamentais também no âmbito das relações privadas.

Some-se a isso que a proporcionalidade “depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável”¹⁴⁷ e se aplica “sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”¹⁴⁸, situações nas quais se enquadram grande parte dos conflitos entre direitos fundamentais no âmbito privado.

produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional.” A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, cit., p. 68.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 260.

¹⁴⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*, cit., p. 519.

¹⁴⁶ Conforme subseção 2.2.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 162.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 162.

Lucien Maurin sustenta que o reconhecimento do valor fundamental da liberdade contratual não acarreta um regime de proteção absoluta e defende também o emprego da ponderação por meio do recurso à proporcionalidade, que permite, segundo o autor, justificar as restrições à liberdade contratual nas situações em que esta deva ceder em face de exigências imperativas ou de uma outra liberdade fundamental.¹⁴⁹

A proporcionalidade, contudo, não é o único critério aplicável na solução do problema ora estudado. Dentre os demais critérios analisados neste trabalho, verifica-se que, com algumas variações, ampla doutrina admite a desigualdade das partes como critério a indicar uma possível mitigação da autonomia privada. Tal critério é pertinente, uma vez que as relações entre particulares nem sempre são paritárias e o fenômeno do poder também se verifica neste âmbito. Contudo, é necessário ressaltar que nem sempre a desigualdade das partes é fator determinante, por si só, a interferir na vontade das partes e ensejar, assim, uma disparidade na relação que acarrete a mitigação da autonomia privada.

Da mesma forma, o critério adotado por Daniel Sarmiento e Wilson Steinmetz referente à natureza existencial ou patrimonial do direito fundamental envolvido também é importante vetor a guiar a ponderação de interesses, coerente com a ordem constitucional vigente e inclusive com o fenômeno de repersonalização do direito privado.

Jane Reis Gonçalves Pereira sustenta que outro aspecto a ser considerado é a proximidade da relação jurídica entre particulares da esfera pública. Aponta que, quanto mais próxima à esfera da vida privada estiver a relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental prevalecer sobre a autonomia privada. Trata-se de critério útil, mas que deve ser aplicado com parcimônia, uma vez que, mesmo em relações familiares – setor mais intensamente próximo da esfera da vida privada – podem ocorrer graves violações a direitos fundamentais e tal âmbito não pode restar livre de sua incidência.

Conforme se denota, o conflito de direitos fundamentais nas relações privadas envolve a necessidade de ponderação de interesses e se reveste de um caráter complexo e heterogêneo em razão dos múltiplos valores envolvidos. Tal complexidade demanda que se estabeleça e sistematize critérios adequados a orientar a ponderação, tomando o devido cuidado de preservar a pluralidade social, uma vez que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não deve acarretar uma indesejável “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como politicamente corretas, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*, cit., p. 135.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 268-269.

Oportuna e valiosa a lição de Lucien Maurin, no sentido de que “se os direitos fundamentais podem, ao crepúsculo deste capítulo, anunciar o fim de um certo mundo contratual, eles podem também, ao amanhecer do novo capítulo, contribuir para a criação de um mundo contratual melhor”.¹⁵¹

Os critérios examinados, sem a pretensão de esgotar o tema, absolutamente não eliminam o espaço para valoração judicial das peculiaridades de cada caso e de cada direito fundamental e seu âmbito de proteção, o que sequer seria viável, tratando-se de ponderação de interesses constitucionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito privado sofreu significativas transformações em sua dogmática a partir do influxo dos valores sociais e dirigistas consagrados na Constituição de 1988. Neste sentido, não há mais como conceber o direito privado de forma apartada da Constituição e tampouco como um espaço imune à incidência dos direitos fundamentais.

A tese da eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na relações privadas é a que mais se coaduna à ordem constitucional vigente no Brasil, sobretudo levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os objetivos consagrados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

As colisões entre direitos fundamentais devem ser solucionadas pelo emprego da técnica da ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos e autonomia privada, sem perder de vista as especificidades da incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, justamente porque os particulares, na mesma medida em que são vinculados aos direitos fundamentais, também são titulares de tais direitos.

O princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios – cuja aplicabilidade no âmbito do direito privado não é de ser afastada – funciona como um importante critério a ser empregado no juízo de ponderação.

A desigualdade entre as partes também é um relevante critério auxiliar a ser empregado na ponderação. Com efeito, tal critério se justifica porque é inafastável reconhecer que a assimetria de poder muitas vezes prejudica o exercício da autonomia privada em sua plenitude pelas partes mais vulneráveis. Contudo, mesmo em relações paritárias deve-se reconhecer a

¹⁵¹ MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*, cit., p. 198.

eficácia direta dos direitos fundamentais, sob pena de, em não o fazendo, conferir proteção incompleta à dignidade da pessoa humana. Em tais situações, contudo, o peso conferido à autonomia privada, no momento da ponderação, deverá ser reforçado, já que não mais prevalece a presunção de vulnerabilidade.

A natureza do direito fundamental envolvido igualmente é um elemento útil a guiar o juízo de ponderação. Quanto mais próximo da esfera existencial situar-se o direito fundamental, mais intensa deverá ser sua proteção; por outro lado, sendo o direito fundamental de cunho eminentemente patrimonial, a proteção à autonomia privada deverá ser intensificada na realização da ponderação. Cabe ressaltar, no entanto, que, caso o direito fundamental em questão, embora de caráter patrimonial, esteja no âmbito dos bens essenciais à vida humana, sua proteção deve ser ampliada.

É possível considerar, ainda, o critério da proximidade da relação da esfera pública ou privada, segundo o qual quanto mais próxima da esfera da vida privada estiver a relação jurídica, maior deverá ser a proteção conferida à autonomia privada.

De todo o exposto, percebe-se a complexidade que envolve a sistematização de parâmetros para a ponderação de interesses na colisão de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sobretudo porque a própria doutrina apresenta divergências em vários pontos. Longe de ser um aspecto negativo, tal fato demonstra o cuidado que exige o tratamento da questão, uma vez que tanto os direitos fundamentais quanto a autonomia privada são valores essenciais na ordem jurídica.

A sistematização de parâmetros para a ponderação de interesses em casos de conflito é válida, na medida em que torna o procedimento mais racional e objetivo. Contudo, o tema não comporta simplificações e não cabe dentro de fórmulas prontas e acabadas. A relação entre os direitos fundamentais e o direito privado está em franco desenvolvimento. O desafio que se coloca à doutrina e à jurisprudência, entre esses dois mundos, é resolver de forma constitucionalmente adequada e, ao mesmo tempo sem capitulacionismo do direito privado, as questões de ponderação em situações de tensão, as quais envolvem interesses múltiplos e bidirecionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed alemã. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÀVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico. Salvador. Ano I. v. I. jul. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em 20.06.2015.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás. v. 21. 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

_____. (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Privado. São Paulo, vol. 61, p. 13-35, Jan – Mar. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-110, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAURIN, Lucien. *Contrat et droits fondamentaux*. LGDJ Lextenso éditions: Paris, 2013.

NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 14, p. 167-217, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*. v. 1, n. 1, p. 173-180, maio. 2005.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, historia e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? Revista Del Rey, Belo Horizonte, a.1, n. 1, dez. 1997.

**FUNDAMENTAL RIGHTS OF EFFECTIVENESS BETWEEN INDIVIDUALS:
CRITERIA FOR CONSIDERATION OF INTERESTS**

ABSTRACT

This article analyses criteria for the weighing of interests in cases of conflict between fundamental rights in private relations. From the analysis of key assumptions, such as the evolution of liberal constitutionalism to social constitutionalism, normative force of the Constitution and the overcoming of public and private law dichotomy, seeks to enforce the idea that fundamental rights have application in relations between individuals, and presents the main theories on the effectiveness of fundamental rights in private affairs. It perform a critical analysis of the weighing criteria proposed by national doctrine. The goal is to systematize the criteria that should guide the weighing process, in order to increment the objectivity and rationality, thus contributing to the effectiveness of fundamental rights.

Keywords Fundamental rights. Private law. Collision. Weighting. Criteria.