

COLISÃO E RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

*Jairo Néia Lima*¹

RESUMO

Analisa o tema da colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. A concepção de que os direitos fundamentais se aplicam de forma direta nas relações privadas envolve a necessidade de ponderação com o princípio da autonomia privada, pois tal princípio não pode ser desconsiderado já que também possui proteção constitucional. Esses conflitos devem levar em consideração o grau de desigualdade fática entre os envolvidos e a proteção à dignidade da pessoa humana, sempre observando as peculiaridades do caso concreto. A renúncia a direitos fundamentais também é abordada para complementar o problema da colisão, pois é apresentada a faculdade de renúncia ao exercício de um direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE

Colisão, renúncia, direitos fundamentais.

ABSTRACT

Examines the theme of the collision and renounce of fundamental rights in relations between individuals. The concept of that fundamental rights apply in a direct way in private relationships involves the need to balance with the principle of private autonomy, as this principle can not be disregarded because it also has constitutional protection. These conflicts must take into account the degree of inequality between those involved and the protection of the dignity of the human person, always observing the peculiarities of the case. The renounce of fundamental rights is also broached to complement the problem of the collision because it presented the power to renounce the exercise of a fundamental right.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela FUNDINOPI - Jacarezinho, foi monitor das disciplinas de Direito Constitucional e Direito Processual Civil, participou do grupo de estudos graduação-mestrado sobre a Eficácia dos direitos humanos no Brasil na mesma instituição.

KEYWORDS

Collision, renounce, fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais foram concebidos inicialmente como direitos em face do Estado ofensor, ocorre que o desenvolvimento histórico demonstrou que não é somente o Estado o único agente violador das garantias mínimas dos homens, mas também os próprios cidadãos em suas relações particulares, tal fenômeno é conhecido como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, é a aplicação de tais direitos nas relações traçadas entre atores privados.

O presente trabalho parte do pressuposto de que os direitos fundamentais se aplicam na órbita particular, para tanto, fundamenta-se no processo histórico percorrido pelo direito civil, em especial seu processo de descodificação²; na posição assumida pela Constituição Federal de 1988 em relação ao ordenamento jurídico, onde suas normas erigem-se como centro valorativo irradiador de efeitos sob as demais normas infra-constitucionais e na dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, pois são concebidos como uma ordem de valores a orientar não só as ações do Estado, mas também a vida da sociedade.

Algumas teorias se formaram em torno dessa problemática, dentre as principais destacam-se: teoria da eficácia direta e indireta, teoria da *state action*, teoria dos imperativos de tutela e outras. O trabalho que ora se apresenta filia-se à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, para essa concepção os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas independentemente de qualquer interferência ou medida concretizadora por parte dos poderes estatais. Essa também é a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819 de 2006.

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas exige a investigação a respeito das possíveis colisões existentes nesta esfera, principalmente quando estão em jogo o direito à autonomia da vontade e outro direito fundamental.

² Gustavo Tepedino (2006, p. 23-33) apresenta o processo de descodificação do direito civil em três fases: a primeira surgiu com o Código Civil de 1916, a legislação extracodificada denominada de legislação de emergência pretendeu apenas atender às pressões sociais; num segundo momento, a produção legislativa toma um robusto volume, surgindo assim um direito especial paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil. Por fim, a terceira fase inaugurada pela CF/88 foi denominada de Era dos Estatutos, com o surgimento de microssistemas legislativos (Lei de Direito Autoral, ECA, CDC e outros) independentes do Código Civil, este perde sua centralidade de outrora, ensejando dessa forma a desconstrução do sistema fechado em torno do Código, é a Constituição portanto que assume o centro do ordenamento jurídico.

1 AUTONOMIA PRIVADA

A aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações particulares implicaria uma indesejada homogeneização da sociedade, pois aniquilaria a individualidade e a pluralidade. Partindo-se deste raciocínio, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito privado não se fundamenta no absolutismo destas garantias constitucionais, reconhece, para tanto, que certos direitos não são oponíveis aos particulares, mas somente ao Estado, como o direito de nacionalidade, e quando oponíveis, a solução se dará através da ponderação dos interesses em conflito.

Neste mesmo sentido, são as palavras de Canotilho:

*Isto não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil. Significa apenas que as **soluções diferenciadas** (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado. (2003, p. 1.294)*

Virgílio Afonso da Silva, quando cita Bydlinski, afirma:

Bydlinski chega à conclusão de que Nipperdey, principal defensor do modelo de aplicabilidade direta, e Dürig, principal defensor do modelo de efeitos indireto, concordam no ponto mais importante: ainda que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações privadas e, nesse sentido, vinculem os indivíduos nessas relações, é certo que esses efeitos não podem ser absolutos, senão a autonomia privada desaparecia por completo. (2005a, p. 143)

Portanto, para a efetividade da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados faz-se necessário analisar a ocorrência das colisões e os critérios para aferição da prevalência entre os direitos em conflito bem como o fenômeno da renúncia aos direitos fundamentais nos tratos privados.

No âmbito das relações jurídicas, o indivíduo revela sua capacidade de escolha, de fazer opções, de expressar seu arbítrio. Essa manifestação de liberdade é que irá determinar a sua atuação no ambiente comunitário. É na fase do Estado Liberal que a autonomia privada erige-se como princípio de todo o direito privado, já que a fonte principal do direito nesse período estava centrada na liberdade individual.

Pietro Perlingieri apresenta uma definição de autonomia privada:

Pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. (2002, p. 17)

Teresa Negreiros aponta;

A ideia de autonomia da vontade – expressão jurídica do liberalismo econômico e político – ocupa lugar central na dogmática civilista, definindo-se como o poder conferido ao indivíduo de produzir efeitos jurídicos sem intervenção de agentes externos, muito especialmente do Estado. (2001, 361)

Nota-se que ambos os conceitos fundam-se num poder de autodeterminação individual, consequência do direito de liberdade, tão perseguido nas revoluções liberais. No seu percurso histórico, o Estado veio a assumir posições mais protecionistas e intervencionistas no espaço antes reservado apenas à autonomia privada, relativizando e atribuindo uma função social aos preceitos do direito privado.

A Constituição da República brasileira não dispôs expressamente em seu texto referência direta à autonomia privada, porém isso não quer dizer que ela não tenha fundamento constitucional, pois nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, os direitos fundamentais podem estar implícitos no seu texto ou até mesmo em tratados internacionais.

Com o intento de creditar à autonomia privada o *status* de direito fundamental, Steinmetz aduz:

*Na República Federativa do Brasil é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada com diferentes argumentos. A afirmação dessa tutela resulta de um argumento de tipo indutivo 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 inciso XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o direito de convenção ou de acordo coletivo (CF, art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, **caput**, e §§ 1º-4º); e cuja **conclusão** é o poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas, tutelado pela CF. Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados têm um conteúdo básico atributivo de direito de autodeterminação e de autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida (tutelada). (2007, p. 27-28)*

Na busca do mesmo objetivo, são as palavras de Andrietta Kretz:

[...] entendendo-se o princípio da autonomia da vontade como uma manifestação ou exercício do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa ou do direito fundamental da liberdade, estar-se-á diante de um verdadeiro direito fundamental e não somente diante de um princípio do Direito Privado. Assim, se numa relação contratual, a vontade das partes, operacionalizada através do princípio da autonomia da vontade, vier a lesar um direito fundamental de uma das partes contratantes, não se estará simplesmente perante uma colisão entre um princípio do Direito Privado e um Direito Fundamental, mas, sim, diante de uma colisão de direitos fundamentais ou de um conflito de direitos fundamentais. (2005, p. 112-113)

Partindo de premissas distintas, porém não contraditórias, de um lado a proteção à autodeterminação e de outro, como expressão da dignidade humana, Steinmetz e Kretz chegam à conclusão de que a autonomia da vontade é um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro merecedor de proteção, André Rufino do Vale também concorda com esse raciocínio (2004, p. 157). Alexy ainda afirma: “a própria autonomia privada, não só sua limitação, é objeto de garantias jusfundamentais e, portanto, de efeitos em terceiros”³ (2002, p. 522, tradução nossa).

Cumpra observar ainda que os direitos fundamentais (incluída aí a autonomia privada) se expressam, na grande maioria dos casos, em forma de princípios, nos termos da classificação das normas proposta por Robert Alexy (2002). Reis e Fischer complementam: “os Direitos Fundamentais situam-se na categorização de princípios e como tal devem ser tratados. [...] a natureza principial dos Direitos Fundamentais torna a solução de colisões mediante a aplicação do método da ponderação.” (2006, p. 1.650). Concordam com a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais Virgílio Afonso da Silva (2005a, p. 147) e Ingo Sarlet (2004, p. 576).

Os conflitos privados, portanto, que envolvam um direito fundamental de um lado e a autonomia privada de outro são conflitos de direitos fundamentais e em última instância, colisão de princípios.

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS⁴

Deve-se observar que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não se dá da mesma forma quando no outro polo da relação encontra-se o Estado-ofensor, pois nas relações travadas sob o manto do direito privado as duas partes em conflito são titulares de direitos fundamentais, diferentemente do que ocorre na relação estabelecida entre o Estado e o cidadão. “O fato de que os particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado” (SARMENTO, 2006a, p. 270).

A fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais envolve um problema de ponderação com a autonomia privada, já que a característica de tal princípio é a auto-regulação dos interesses pessoais no convívio social. A técnica da ponderação visa estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios colocados em xeque.

O problema de colisão está no enunciado “em que medida” os direitos fundamentais incidem nas relações particulares. Portanto, pode-se dizer que há colisão de direitos fundamentais “quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental

³ “La propia autonomia privada, no solo su limitación, es objeto de garantías iusfundamentales y, por lo tanto, del efecto en terceros”. (ALEXY, 2002, p. 522)

⁴ Adotar-se-á tanto a nomenclatura colisão de direitos fundamentais como de princípios para designar o mesmo fenômeno, já que os direitos fundamentais são expressos, em última instância, na forma de princípios, nos termos do que se apresenta neste trabalho.

por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes” (STEINMETZ, 2001, p. 139).

Para melhor compreensão dos problemas relativos à ponderação e/ou colisão dos direitos fundamentais faz-se necessária a distinção entre princípios e regras. Para Robert Alexy, essa distinção

*constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória de colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que os direitos fundamentais assumem no sistema jurídico. [...] A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Por tudo isto, a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.*⁵ (2002, p. 81-82, tradução nossa)

Canotilho apresenta sua distinção:

***Regras** – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (**direito definitivo**). [...] **Princípios** são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica. (2003, p. 1255, grifo do autor)*

Para Alexy:

*O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os **princípios** são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. [...] Em contrário, as **regras** são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.*⁶ (2002, p. 86-87, tradução nossa)

⁵ “constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. [...] La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.” (ALEXY, 2002, p. 81 e 82)

⁶ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

As regras, portanto, contribuem para a previsibilidade e segurança jurídica do ordenamento, já os princípios ligam-se mais diretamente à noção de justiça no caso concreto pela sua característica de vagueza, diz Rothenburg: “a vagueza não é um defeito que os princípios apresentam, senão que um seu jeito de ser” (1999, p. 27). Entre as regras e os princípios não há uma relação de hierarquia ou subordinação tendo em vista a unidade da Constituição, porém isso nada impede que ambos possam desempenhar funções distintas dentro do ordenamento jurídico.

Nos conflitos entre regras, a solução para os casos é a declaração de invalidade de uma delas para que a outra surta seus efeitos em plenitude. Por outro lado, nos conflitos que envolvam princípios a questão desloca-se do campo da validade para o do peso. Nesse sentido, são as lições de Robert Alexy:

*Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo numa das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras. [...] Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio substituído nem que no princípio substituído há que se introduzir uma cláusula de exceção. [...] Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade, a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar, mas além da dimensão da validade, na dimensão do peso.*⁷ (2002, p. 88-89, tradução nossa)

Rufino do Vale também citou em sua obra o entendimento de Alexy.

[...] quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ante o outro, não significando isso a declaração de invalidez do princípio rechaçado. Aplica-se ao caso concreto o princípio de maior peso, sem que se elimine do ordenamento jurídico o outro princípio. Tomando-se como base essas premissas, a solução da colisão de princípios deve se ater às condições específicas do caso concreto. Se a eficácia do princípio, como mandato de otimização, depende das possibilidades jurídicas e fáticas, deve-se conhecer quais as condições concretas e princípios envolvidos. (2004, p. 184)

reales existentes. [...] En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. (ALEXY, 2002, p. 86-87, grifo do autor)

⁷ “Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. [...] Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. [...] Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. (ALEXY, 2002, p. 88-89).

Dessa forma, como não é possível criar soluções adequadas e uniformes para todas as situações que possam surgir conflitos, pois as normas de direitos fundamentais não são homogêneas, alguns parâmetros racionais e objetivos podem ser levados em consideração.

O primeiro fator a ser levado em consideração nos conflitos entre os direitos fundamentais e o exercício da autonomia privada é a verificação do grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Tal critério também é conhecido como “fenômeno dos poderes privados”, ou seja, para a concepção liberal-burguesa dos direitos fundamentais, estes não se aplicavam nas relações de âmbito particular tendo em vista a igualdade existente entre os sujeitos. Todavia, até mesmo nas relações privadas, onde em tese seria o reino da livre vontade, há os fortes e os fracos, poderosos e não poderosos, incluídos e excluídos que merecem proteção.

Juan María Bilbao Ubillos afirma:

*Esta falta de “simetria” permite à parte que por razões econômicas ou sociais se encontra em “posição dominante” condicione a decisão da parte “fraca”. O que se exerce nestes casos é um poder formalmente privado (no que concerne à sua fonte e aos sujeitos envolvidos), mas que se exerce com formas de coação e autoridade assimiláveis substancialmente às próprias dos poderes públicos.*⁸ (2006, p. 304, tradução nossa)

Para André R. do Vale;

O critério aqui estabelecido indica apenas que, constatando-se a existência de uma relação privada de poder, os direitos fundamentais exercerão, na maioria dos casos, uma eficácia mais intensa do que a verificada nas relações entre iguais. Trata-se, ao fim e ao cabo, de proporcionar uma maior proteção aos indivíduos vulneráveis da relação, em detrimento das entidades privadas detentoras de poder social e econômico. (2004, p. 192)

Um dos defensores do critério supra mencionado foi Daniel Sarmiento (2006b, p. 272), no entanto, Virgílio Afonso da Silva critica a tese de que a proteção aos direitos fundamentais deve vir automaticamente de uma desigualdade material. Para Silva, a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades (2005a, p. 157).

Assim,

como conclusão, há que se ressaltar que o grau real de autonomia privada, verificável em concreto, deve, sim, ser levado em consideração na decisão do caso.

⁸ “Esta falta de “simetria” permite que la parte que por razones económicas o sociales se encuentra en “posición dominante” condicione la decisión de la parte “débil”. Lo que se ejerce en estos casos es un poder formalmente privado (en lo que concierne a su fuente y a los sujetos implicados), pero que se ejerce con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las propias de los poderes públicos. (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 304)

Isso significa [...] que sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena. Tais fatores podem ser de diversas ordens – até mesmo decorrentes de uma desigualdade material entre as partes. Mas essa não é nem condição suficiente nem necessária para que ocorram limitações ao exercício da autonomia. (SILVA, V. A., 2005a, p. 158)

Se o exercício dos direitos fundamentais estiver isento de qualquer forma de impedimento que desigule a relação, independentemente da natureza dessa desigualdade, nesse caso prevalecerá, em princípio, a proteção à autonomia da vontade.

O segundo critério que deve ser observado é o da função da natureza examinada, ou ainda, critério da possível violação da dignidade humana. Quando estiver em jogo algum bem material essencial à vida humana digna, a proteção aos direitos fundamentais envolvidos tem prevalência em relação à autonomia privada (VALE, 2004, p. 192). “Todo o ordenamento jurídico, o público e o privado, se funda no respeito ao valor absoluto da dignidade humana, como núcleo intangível e indisponível que deve ser preservado frente a qualquer agressão”⁹ (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 336, tradução nossa). E ainda, “o espaço de liberdade assegurado, mesmo em face do princípio da igualdade, pelo princípio da autonomia privada, tem, porém, os seus limites na exigência do respeito pela *dignidade da pessoa humana*” (PINTO, 2006, p. 385, grifo do autor).

A dignidade humana, qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, foi erigida como valor fundamental na Constituição de 1988, Ingo Sarlet tece algumas considerações em torno de sua conceituação;

temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2004, p. 573, grifo do autor)

Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana possui um duplo viés, qual seja, constitui um limite e ao mesmo tempo uma tarefa tanto dos poderes públicos como de toda a sociedade.

Deste modo, as colisões que envolvam os direitos fundamentais nas relações traçadas entre agentes privados não podem ser solucionadas mediante regras apriorísticas, mas devem levar em consideração, especialmente, a tutela à dignidade humana em face da autonomia individual. A autonomia da vontade nas relações

⁹ “Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión”. (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 336)

jurídicas não é mais importante que a tutela a uma vida digna do outro sujeito envolvido, porém, para realização deste sopesamento de interesses é indispensável a análise das situações *in concreto*.

A ponderação e a análise dos casos concretos aproximam-se no sentido de fornecer ao intérprete um instrumento poderoso para os quais não há solução pré-fabricada. Karl Larenz vislumbra tal fenômeno:

“ponderar” e “sopesar” é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma “ponderação de bens no caso concreto” é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela. (1997, p. 575-576)

Não se quer dizer que as decisões judiciais diante de um conflito de direitos fundamentais numa relação particular estão vinculadas a casuísmos, até porque balizas gerais foram acima apontadas: desnível da relação e respeito à dignidade da pessoa humana. A análise dos casos concretos é necessária para que a decisão esteja mais próxima da realidade vivida pelos litigantes, em face das diferentes situações conflitantes que podem surgir.

No entanto, tal conclusão não é pacífica na doutrina que se dedicou ao tema, os critérios para a solução dos conflitos eleitos neste trabalho aproximam-se da tese de Daniel Sarmiento (2006b). Para Wilson Steinmetz (2007), de forma contrária, a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve ser dada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁰, para tanto, elenca quatro precedências *prima facie*.

*As precedências **prima facie** não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [...] contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência de outro princípio [...] no caso concreto. Assim, uma precedência **prima facie** constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio – e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio. (STEINMETZ, 2007, p. 43)*

As precedências *prima facie* arroladas por Steinmetz são as seguintes:

*[1] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) 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*

¹⁰ “O ‘princípio ou máxima da proporcionalidade é decomposto (analiticamente) pela doutrina alemã em três subprincípios ou ‘máximas parciais’: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)” (ROTHENBURG, 1999, p. 41). Para Walter Claudius Rothenburg a proporcionalidade deve ser encarada como um critério e não como um princípio, “ela não possui um conteúdo próprio e definido, que traduza um valor; trata-se antes de um índice que permite aplicar uma técnica de solução de problemas de concorrência e conflito” (1999, p. 42).

*contratual de particulares em situação (ou sob condições) 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 de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática há uma precedência **prima facie** do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial. [4] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática há uma precedência **prima facie** do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada. (2007, p. 52)*

Ocorre que, Virgílio Afonso da Silva levanta algumas críticas em relação à solução proposta por Steinmetz, dentre as principais destaca a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar problemas nos quais o Estado não participa (2005b, p. 178). Para Virgílio (2005b, 178-179) a proporcionalidade aplicada aos atos estatais que restringem direitos fundamentais exige a indagação se existem outras medidas que alcancem o mesmo objetivo, mas que restrinjam menos o direito em questão, tal proposição não poderia ser transplantada para as relações particulares, eis as razões:

Exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos dos seus contratos.[...] Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. (SILVA, V. A., 2005b, p. 179)

A autonomia privada, portanto, estaria neutralizada nessas colisões, fato este que não se harmoniza com a proteção constitucional dada ao princípio referido. Virgílio Afonso da Silva chega à conclusão de que “*todo modelo é vazio, apenas forma. [...] Não se pode esperar que ele esteja pronto para resolver todo e qualquer problema relacionado aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*” (2005a, p. 176, grifo do autor).

Assim, a utilização de um determinado modelo de solução de conflitos é apenas uma ferramenta de trabalho do operador jurídico, mas não a única, a fim de balizar e regular o caminho da produção doutrinária e jurisprudencial excluindo desde o início determinados procedimentos incompatíveis.

3 RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A conciliação entre a máxima proteção da autonomia privada com a máxima proteção dos direitos fundamentais faz decorrer uma interessante questão: Como conciliar a concepção de direitos fundamentais como irrenunciáveis, com a possibilidade de se garantir, no âmbito privado, o poder dos indivíduos de autodeterminação e de livre disposição de seus direitos? Exemplos desses problemas são os *reality shows* onde os participantes pactuam no sentido de renunciar à própria privacidade e passam a ser filmados diariamente. “É certo dizer que o não-exercício de

um direito fundamental, ainda que por longo período, não implica dizer que a ele se tenha renunciado. Mesmo se um direito fundamental nunca é exercido, daí não se pode inferir que houve renúncia” (SILVA, V. A., 2005a, p. 62).

A doutrina remete (VALE, 2004, p. 198) à distinção entre renúncia à titularidade e renúncia ao exercício de um direito fundamental. A primeira forma de renúncia tem um viés definitivo, por isso é proibida pela ordem constitucional vigente, a segunda forma, ao contrário, tem um caráter eminentemente provisório, a qualquer momento o renunciante pode reverter sua decisão.

Os pressupostos para a admissibilidade e validade da renúncia podem ser sintetizados nos seguintes requisitos: quem renuncia deve ser o titular do direito fundamental e caráter voluntário da renúncia no exercício da autonomia da vontade para um determinado caso concreto e por um período delimitado.

Virgílio da Silva espousa seu entendimento acerca da renúncia dos direitos fundamentais da seguinte maneira:

Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito, ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada. (2005a, p. 64)

Gomes Canotilho leciona no seguinte sentido:

*De qualquer modo, a **renúncia a direitos fundamentais**, mesmo a admitir-se, pressupõe sempre como **conditio sine qua** que o titular do direito dispunha sobre a posição jurídica de **forma livre e autodeterminado**.[...] (3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também **irrenunciáveis**, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos (2003, p. 464, grifos do autor)*

A renúncia a um direito fundamental deve, em qualquer situação, respeitar o núcleo axiológico do sistema jurídico, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Não se pode autorizar, com base na autonomia da vontade, que o indivíduo possa abrir mão de sua própria condição de sujeito de direitos.

José Carlos Vieira de Andrade complementa:

*Assim, por exemplo, nos casos de **renúncia** e, em geral, de **auto-restrição** do titular do direito fundamental, que são aqueles em que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceitamos (pressuposta sempre a igualdade dos sujeitos e a existência de uma vontade livre e esclarecida) que ela exclua a aplicação do preceito constitucional, mas, ainda aí, só se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito*

para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objecto ou de não-pessoa – nestes casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível. (2006, p. 296, grifo do autor)

Desde que as partes na relação *inter privatos* estejam numa situação de igualdade material, ou seja, partam de condições equânimes, caberá ao próprio renunciante a análise da necessidade da renúncia, em última medida pode-se dizer que o renunciante definirá a extensão de sua própria dignidade.

Dessa forma, nos conflitos onde estão envolvidos direitos fundamentais e autonomia da vontade, o exercício do primeiro poderá ser renunciado, de forma livre e consciente, sem que se altere sua característica de irrenunciabilidade.

CONCLUSÕES

A partir do momento em que se afirma que os direitos fundamentais são aplicados nas relações entre particulares de forma direta, surge o problema em torno dos conflitos que surgem nessas relações, pois ambos os sujeitos são titulares de um direito fundamental. Tal questão agrava-se quando é incluída a questão da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada.

Restou demonstrado que os conflitos de direitos fundamentais travados nas relações privadas não podem ser solucionados mediante os critérios tradicionais, a ponderação dos interesses deve levar em conta o grau de desigualdade fática entre os envolvidos para que a autonomia privada seja exercida isenta de qualquer fato que impeça o sujeito de realizar seu direito fundamental de forma máxima; e ainda, a dignidade da pessoa humana como valor em que se funda o Estado Democrático de Direito deve pautar qualquer sistema de resolução de conflitos.

Por fim, conclui-se que o exercício de um direito fundamental pode ser renunciado numa determinada situação, afim de que o outro direito fundamental (na maioria das vezes a autonomia privada) envolvido possa ser realizado de forma máxima. O compromisso com a harmonização dos direitos fundamentais a fim de que sejam concretizados em todas as relações que se estabelecem na vida social é uma exigência da ordem constitucional instituída em 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 08 jan. 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recursos Extraordinários nº 158.215-4, 161.243-6 e 201.819. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 ago. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988** – Conteúdo Jurídicos das Expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/tril/Pdf/pdf_141/r141-08.pdf>. Acesso em: 13 out. 2007.

LIMA, Jairo Néia. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Argumenta** – Revista **Jurídica**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. nº 8. Jacarezinho, 2008.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado**, n. 30. Ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Instituto de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2007.

NEGREIROS, Teresa. A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Desafios contemporâneos**, tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e o Direito Privado: Breves notas sobre alguns aspectos da possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídicos dos Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 138, 21 de nov. de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>>. Acesso em: 13 out. 2007.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. Colisões entre direitos fundamentais: resolução mediante o emprego das técnicas hermenêuticas da ponderação, da concordância prática e da hierarquização axiológica, de acordo com o critério da proporcionalidade. **Argumenta – Revista Jurídica: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**. n° 7. Jacarezinho, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005a.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, n. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, janeiro-junho 2005b.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. **Revista de Direito Privado**. Ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2005.

_____. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado**, n. 27. Ano 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2006.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.