
**DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS:
SUPERANDO A (PSEUDO)TENSÃO ENTRE APLICABILIDADE
DIRETA E EFICÁCIA INDIRETA PARA ALÉM DO PATRIMÔNIO**

***FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE RELATIONS: OVERCOMING
THE (PSEUDO)TENSION BETWEEN DIRECT APPLICABILITY AND
INDIRECT EFFECTIVENESS BEYOND PATRIMONY***

MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT JÚNIOR

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil dos cursos de mestrado e graduação da Universidade Federal de Alagoas. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor do Centro Universitário CESMAC. Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Privado Comparado e Internacional (Hamburgo - Alemanha). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado e Contemporaneidade (UFAL). Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Diretor Regional Nordeste do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado.

MARCIO ROBERTO TORRES

Mestre em Direito (com distinção) pela Faculdade de Direito de Alagoas - FDA da Universidade Federal de Alagoas. Atualmente é professor de Direito Coletivo e Tutelar do Trabalho do Centro Universitário CESMAC (graduação e pós-graduação), onde também já lecionou Direito Processual Civil IV (Procedimentos Cautelares, Especiais e Remédios Constitucionais) e Ciências Políticas. Atua, também, como Procurador do Município de Maceió/AL (Aprovação em Concurso Público de Provas e Títulos - 1º Lugar), sendo Procurador-Chefe Administrativo, tendo sido anteriormente Procurador-Geral Adjunto, Coordenador do Núcleo Especial para Ações Estratégicas e Recursos Relevantes nos Tribunais Superiores, e membro da

Comissão de Acumulação de Cargos, Empregos e Funções Públicas. Já exerceu as funções de Assessor Superior e Especial do Gabinete do Procurador-Geral, Procurador-Chefe Legislativo, Membro da Procuradoria Especializada Trabalhista e Previdenciária e responsável pelas demandas eleitorais em que figurasse o Município de Maceió. Foi Advogado da União, junto à Advocacia-Geral da União, atuando no contencioso judicial.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar o fenômeno da constitucionalização do direito privado e seus reflexos na autonomia privada. Compreendendo a necessária incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, busca-se analisar as diversas teorias acerca do modo desta incidência (aplicabilidade direta, eficácia indireta e teoria da *state action*), e sua compatibilidade e eventual diversidade de resultados. Abordando as situações jurídicas patrimoniais e existenciais, tenta-se conciliar a autonomia privada e os direitos fundamentais de uma forma que impeça o aniquilamento do direito privado e o seu revés, a negligência aos direitos fundamentais. Aborda-se a dignidade humana, os fundamentos constitucionais da autonomia privada e as potenciais formas de resolver o conflito, utilizando a proporcionalidade ou a caracterização da autonomia enquanto princípio formal. Uma das premissas básicas do trabalho é a de que a autonomia privada é essencial para o desenvolvimento das relações sociais, garantindo-se determinado grau de liberdade e espontaneidade que não ofenda o núcleo essencial dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade direta; Eficácia indireta; State action; Autonomia privada; Direito civil constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the phenomenon of the constitutionalization of private law and its effects on private autonomy. Understanding the necessary

incidence of fundamental rights in private relations, we seek to analyze the various theories about the mode of this incidence (direct applicability, indirect efficacy and state action theory), and their compatibility and eventual diversity of results. Studying the patrimonial and existential legal situations, it is tried to reconcile private autonomy and fundamental rights in a way that prevents the annihilation of private law and its setback, the negligency of fundamental rights. It analyses human dignity, the constitutional foundations of private autonomy, and potential ways of resolving conflict, using proportionality or the characterization of autonomy as a formal principle. One of the basic premises of the work is that private autonomy is essential for the development of social relations, guaranteeing a certain degree of freedom and spontaneity that does not offend the essential core of the fundamental rights and dignity of the human person.

KEYWORDS: Direct applicability; Indirect efficacy; State action; Private autonomy; Constitutional civil law.

INTRODUÇÃO

No Uruguai, uma mulher fora impedida de realizar abortamento em virtude de uma decisão judicial obtida pelo pai do nascituro (BBC, 2017). No Brasil, um portador do HIV teve sua dispensa imotivada revertida pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao argumento de discriminação (BRASIL, 2015). No Reino Unido, aprovou-se uma lei que permite a inseminação artificial com o DNA de três pessoas, tendo nascido, em 2016, o primeiro bebê com essa técnica (G1, 2016). O que todas as notícias aqui escritas possuem em comum? Uma forte concepção de direitos fundamentais nas relações privadas.

Dizer da importância dos direitos fundamentais é falar mais do mesmo, seja no direito público, seja no direito privado. No decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais do direito privado passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Os valores constitucionais, a partir de então, devem informar o sistema como um todo. Nem

sempre, contudo, foi assim. A Alemanha foi o primeiro país de tradição continental a seguir este caminho. No *leading case* Lüth , quando um proeminente cineasta iria estreiar um novo filme, Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, pressionou distribuidores e donos de cinemas para que não o incluíssem na programação, dada a sua vinculação anterior com o nazismo. O produtor e o distribuidor da obra processaram-no por perdas e danos, o que foi acatado pelo juízo cível. Chegando o caso até a mais alta instância, por meio de uma reclamação constitucional, a Corte entendeu ter havido uma violação do direito à liberdade de expressão (MORAES, 2003, p. 103-105).

A problemática que se põe, hoje, é como compatibilizar os direitos fundamentais com a autonomia privada, instituto nuclear do direito privado. Ainda, como se daria a incidência dos direitos fundamentais nestas relações (diretamente, indiretamente, etc.)? Estas formas de incidência gerariam incompatibilidade?

Os objetivos deste trabalho são tentar analisar a constitucionalização enquanto fenômeno incidente nas relações privadas, a (in)compatibilidade das consequentes formas de se compreender a incidência dos direitos fundamentais nestas relações, e como tentar dar sobrevida à autonomia privada em um contexto neoconstitucionalista.

Nas seções seguintes, serão abordadas a constitucionalização e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, as formas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, e sua (in)compatibilidade. Posteriormente, será feita uma análise com foco nas relações jurídicas existenciais e na autonomia das partes, tentando-se encontrar critérios que permitam a coexistência entre direitos fundamentais e autonomia privada.

A metodologia do trabalho será a descritiva, com pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial.

2 DIMENSÃO OBJETIVA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Na decisão do caso Lüth, já citado acima, a Corte Constitucional alemã pontuou que os direitos fundamentais são primordialmente para proteger o cidadão

contra o Estado, “mas conforme promulgados na Constituição (GG) eles também incorporam uma escala objetiva de valores que se aplica, como uma questão de direito constitucional, em todo o sistema jurídico” (ALEMANHA, 1958).

A constatação de que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, sendo tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, é uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo. São decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento. Como um dos desdobramentos de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma-se apontar para o que a doutrina alemã denomina de eficácia irradiante, no sentido de que estes fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para uma necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais. Associada a este efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada (SARLET, 2010, p.141-148).

Os direitos fundamentais constituem um sistema de valores objetivos dotados de uma unidade de sentido, e representam a suprema expressão de ordem axiológica da sociedade e da comunidade internacional (LUÑO,2012, p. 23).

Não é por menos, que ao tratar do bloco de constitucionalidade, incluindo a Constituição e os Tratados Internacionais na Argentina, e sua nítida influência no direito privado, Ricardo Lorenzetti (2014, p. 29-30) dispõe que ele:

É uma fonte de direito em dois sentidos: diretamente, através de normas que se aplicam em relações jurídicas de direito público e privado; indiretamente, modificando o "espírito informador da lei" e mudando os princípios gerais. [...] Neste sentido, o resto do sistema jurídico é "Direito Constitucional aplicado", uma vez que nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição pretende impor e representa os valores sociais de uma vigência efetiva. [...] Pode dizer-se que há uma reconstrução da coerência do sistema de direitos humanos com o Direito Privado.¹

¹ No original: “*Es fuente de Derecho em dos sentidos: directa, a través de normas que se aplican em las relaciones jurídicas de Derecho Público y Privado; indirecta, modificando el “espíritu informador del Derecho” y cambiando los principios generales. [...] Em este sentido, el resto del sistema jurídico es “Derecho Constitucional aplicado”, puesto que em él se detecta el proyecto de vida em común que la Constitución intenta imponer y representa a los valores sociales de vigencia efectiva. [...] Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos com el Derecho Privado*”.

O direito civil sempre foi visto como o *locus* normativo do indivíduo, a constituição do homem comum, em contraposição à constituição política. Aparentemente infenso às mudanças sociais, políticas e econômicas, tal ramo vem se mostrando cada vez mais dinâmico, ao contrário do que se pensava, sofrendo uma inegável infiltração do direito público. Hoje, o jurista interpreta o código civil de acordo com a Constituição, e não o contrário, como já aconteceu com frequência. Ele (direito civil) se submete aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Além da publicização, que compreende o processo de crescente intervenção estatal (infraconstitucional) nas relações privadas, reduzindo-se a autonomia privada, fala-se em constitucionalização, que submete o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos (LÔBO, 1999, p. 99-101).

A ideia de constitucionalização é associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo também nas relações entre particulares. Do centro do sistema jurídico foi deslocado o código civil, que já convivía com inúmeras leis específicas, microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, locação, consumidor. Houve um processo de aproximação lenta e progressiva entre as áreas civil e constitucional. Em um primeiro momento, no constitucionalismo moderno inicial, viviam em mundos apartados. Numa segunda fase, com o advento do Estado social, houve a crescente publicização das relações privadas, com a interferência do Estado através de normas de ordem pública. No terceiro momento, tem-se a constitucionalização do direito civil, passando-se a Constituição para o centro do sistema jurídico, onde atua com o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil (BARROSO, 2012, p.376-392).

No paradigma liberal, construíram-se os pilares modernos dos direitos do homem. Era necessário proteger o indivíduo do Estado, garantindo-lhe um espaço inexpugnável. Nas relações entre indivíduo e Estado, valia a Constituição, enquanto que no campo privado o código civil fazia as vezes de constituição da sociedade civil, regulando situações que gravitavam em torno da autonomia privada, juntamente com o modelo do *laissez faire*. Com o paradigma social, tem-se a

positivação dos direitos econômicos e sociais, na tentativa de se promover uma igualdade efetiva. Criou-se um suposto um suposto antagonismo entre o individual e o social. Ora, os direitos sociais não são incompatíveis com as liberdades, mas sua positivação gera uma relativização destas últimas. Com a noção de Constituição dirigente, sofre grande impacto a tradicional separação Direito público/Direito privado. E é no bojo da redefinição das fronteiras entre o público e o privado que se situa a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 32-51).

No contexto pós-positivista, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas. Mais que uma obediência meramente formal, deve-se uma obediência substancial aos valores incorporados ao texto constitucional, que passam a conformar todo o sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição de 1988, encarada inicialmente com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante, tendo alterado radicalmente a estrutura do direito civil, acarretando o predomínio das relações existenciais sobre as patrimoniais (MORAES, 2006, p.233-235).

O direito civil constitucional é humanista, tendo a pessoa humana como foco de investigação, aprendizagem e aplicação. Ele é uma metodologia de estudo, de pesquisa e aplicação do direito civil, representando a ressignificação das categorias, conceitos fundamentais tradicionais, criados ao longo de milênios, para fazer com que o direito civil encontre sua vocação histórica, sendo um direito de todo o povo, e não apenas de um segmento. A experiência nacional apontou para a força normativa das normas constitucionais, que revogam as normas anteriores, maculam de inconstitucionalidade as normas infraconstitucionais supervenientes com elas incompatíveis, e determinam uma interpretação em conformidade com a Constituição de qualquer norma infraconstitucional (LÔBO, 2014, p. 19-24).

Em relação à influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, paira controvérsia sobre a denominação. Há quem a denomine de *Drittwirkung*, que significa eficácia perante terceiros, como também há quem prefira eficácia horizontal e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Chamar de eficácia perante terceiros carregaria a ideia de um terceiro nível eficaz, o que não

é correto, já que se trata de um segundo nível. Falar de eficácia externa, como pretendem alguns, acarretaria consagrar o arquétipo da concepção liberal, em que os direitos fundamentais valeriam apenas na relação indivíduo-Estado (FREIRE, 2014, p. 50).

O tema, apesar de relativamente bem explorado na doutrina brasileira, ainda suscita dúvidas. Falta uma maior inserção jurisprudencial. A título exemplificativo, em pesquisa de jurisprudência realizada, em abril de 2017, no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça com a expressão “eficácia horizontal”, apenas 10 acórdãos acerca do tema foram encontrados, sendo que em mais da metade não se tratava do tema (representaram casos de pesquisa equivocada do sítio).

3 FORMAS DE INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A proposta da presente seção é analisar, ainda que superficialmente, as formas pelas quais os direitos fundamentais se fazem presentes nas relações privadas. Há diversas correntes sobre o tema, adotadas nacionalmente e internacionalmente. Neste ponto, serão analisadas as doutrinas da aplicabilidade direta, da eficácia indireta e da ação estatal.

A teoria da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares busca a sua incidência da mesma forma como ocorre nas relações entre o Estado e os cidadãos. Ou seja, é desnecessária uma ação intermediária para que sejam tais direitos fundamentais aplicáveis às relações interprivados. Haveria uma desnecessidade de mediação legislativa ou de artimanhas interpretativas para a incidência dos direitos fundamentais. Obviamente, a verificação da aplicabilidade deve ser individualizada, dependendo das características de cada norma de direito fundamental. Não significa dizer que todos os direitos fundamentais serão aplicáveis em todas as relações. A aplicabilidade representa um nexo de pertinência entre a norma e o caso. Há, claro, direitos que são destinados exclusivamente às relações entre indivíduos e Estado. Nesta teoria, há um forte risco à sobrevivência da autonomia privada, além do comprometimento da clareza e da seguranças

essenciais às relações privadas, acostumadas que são com regras claras, detalhadas e bem definidas (SILVA, 2014, p. 86-98).

O primeiro e principal expoente internacional da doutrina acima foi Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que defendeu, enquanto presidente daquela corte, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às partes privadas, considerando ofensiva à dignidade da pessoa humana, por exemplo, uma cláusula contratual proibindo que uma estudante de enfermagem continuasse seu treinamento caso ela convolasse núpcias, o que infringiria o direito fundamental ao matrimônio, a dignidade da pessoa humana e o direito de livremente desenvolver a personalidade. A concordância com a cláusula contratual não poderia justificar a ofensa, dado que a decisão de casar se referia a um aspecto da intimidade, que deveria permanecer livre de coerção. Veja-se a opinião doutrinária (MAK, 2008, p. 149):

Poucos são os exemplos de partes que estão diretamente ligadas a direitos fundamentais. Os casos mais significativos que afirmam tal efeito são, provavelmente, os primeiros julgamentos do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, o *Bundesarbeitsgericht*. Como explicado anteriormente, o Tribunal Federal do Trabalho, na década de 1950, orientado pelo então presidente Nipperdey, defendeu a visão de que direitos fundamentais e constitucionais vinculavam diretamente os particulares, para garantir plenamente o respeito desses direitos em todos os campos do direito. Em consonância com esta convicção, decidiu-se, por exemplo, que uma cláusula contratual proibindo uma estudante de enfermagem de prosseguir a sua formação se ela casasse violou o direito fundamental de contrair casamento (salvaguarda pelo artigo 6.º, n.º 1, GG) e o direito de desenvolver livremente a sua personalidade (artigo 2º GG). O fato da cláusula de não-casamento ter sido acordada mais ou menos livremente não poderia justificar tal violação, uma vez que a decisão de casar dizia respeito a um assunto muito pessoal, que deveria ser livre de qualquer coerção. A proteção da instituição do matrimônio era mais valorizada do que a da liberdade contratual (também garantida constitucionalmente, isto é, pelo artigo 2.º GG), tanto mais que as partes contratantes deveriam por vezes ser protegidas contra si próprias (Tradução Livre).²

² No original: “Examples of parties being held directly bound by fundamental rights are few. The most significant cases that affirm such an effect are probably the early judgements of the German Federal Labor Court, the *Bundesarbeitsgericht*. As explained before, the Federal Labor Court in the 1950s, guided by its then-President Nipperdey, advocated the view that fundamental, constitutional rights were directly binding on private parties, in order to fully guarantee respect for these rights in all fields of law. In line with this conviction, it ruled, for instance, that a contractual clause prohibiting a student nurse from continuing her training if she became married infringed the basic right to marry (safeguard by Article 6(1) GG), human dignity (Article 1 GG) and the right to freely develop one’s personality (Article 2 GG). The fact that the non-marriage clause had more or less freely been agreed upon could not justify such an infringement, given that the decision to marry concerned a very personal matter, which should be free from any coercion. The protection of the institution of marriage was valued higher

No Brasil, disposições expressas da Constituição são destinadas às relações privadas, como os dispositivos do artigo 7º, que tratam das relações trabalhistas. Ainda, a presença do artigo 5º, §1º, da Constituição, que prescreve a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais é um dos argumentos usados doutrinariamente para defender a aplicabilidade direta, apesar de que o dispositivo não identifica a que relações os direitos fundamentais se aplicam especificamente.

Para a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas, há um reconhecimento de um direito geral de liberdade, incluindo a liberdade de que gozam os participantes em uma relação privada. Dürig defendia que o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) devia continuar a ser o postulado básico. A força dos direitos fundamentais em relação aos particulares não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediadamente, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais seriam princípios interpretativos das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, clarificando-os, colmatando lacunas, mas sempre dentro do espírito do direito privado (ANDRADE, 2003, p. 276).

Não se quer dizer, na corrente da eficácia indireta, que a liberdade dos indivíduos e a autonomia do direito privado são absolutas, mas sim que deve existir uma conciliação com os direitos fundamentais. Assim, estes incidiriam por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Os direitos fundamentais seriam como um sistema de valores válidos para todo o ordenamento jurídico, que teriam nas cláusulas gerais do direito privado uma porta de entrada. Elas (cláusulas gerais) seriam o elo de ligação entre os direitos fundamentais enquanto sistema de valores e o direito privado. Essas cláusulas demandam preenchimento valorativo. Exemplos de cláusulas gerais, no direito brasileiro, seriam o artigo 187 do Código Civil, que configura como ato ilícito o titular de um direito que o exerce contrariamente ao seu “fim econômico e social”, o artigo 122 do Código Civil, que dispõe como lícitas condições que não sejam “contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”, dentre outros. Com a eficácia indireta, mantem-se a autonomia do direito privado. As principais críticas seriam de que entender os direitos

than that of freedom of contract (also constitutionally guaranteed, viz. by Article 2 GG), especially since contract parties should sometimes be protected against themselves”.

fundamentais enquanto sistema de valores representaria uma perda de clareza conceitual, ameaçando a certeza do Direito. Haveria o risco de uma tirania dos direitos fundamentais, além do que não existiria número suficiente de cláusulas gerais para fazer valer a efetividade dos direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 75-85).

Ubillos (2003, p. 309-314) especifica mais e destaca que a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas demanda a mediação do órgão estatal, seja através da intervenção do legislador, seja através da recepção do juiz, no momento de interpretação da norma jurídica. A lei seria o instrumento mais adequado para fazer valer um direito fundamental interprivados. Não se excluiria, no entanto, a mediação judicial, por meio das cláusulas gerais conceitos jurídicos indeterminados, que permitiriam filtrar cuidadosamente o conteúdo das normas constitucionais. Os direitos fundamentais informariam a prática judicial enquanto parâmetros interpretativos, sobretudo quando existissem lacunas ou quando a lei estivesse redigida de forma imprecisa.

O aresto Lüth, já citado neste trabalho, utiliza a eficácia indireta dos direitos fundamentais:

A substância dos direitos fundamentais é expressa indiretamente nas regras de direito privado, mais evidentemente nas suas disposições obrigatórias, e é melhor efetivada pelo uso das cláusulas gerais pelos juízes. [...] Assim, as cláusulas gerais foram corretamente descritas como "pontos de entrada" para os direitos fundamentais no direito privado. O juiz é constitucionalmente obrigado a verificar se as regras aplicáveis do direito substantivo privado foram influenciadas por direitos fundamentais da maneira descrita. Em caso afirmativo, deve interpretar e aplicar as regras assim modificadas. É o que significa dizer que o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele emite um julgamento que ignora essa influência constitucional sobre as regras do direito privado, ele viola não apenas o direito constitucional objetivo, ao interpretar erroneamente o conteúdo da norma objetiva subjacente à lei fundamental, mas também, por seu julgamento, na qualidade de oficial público, viola a Constituição em si, que o cidadão tem o direito constitucional de ter respeitada pelo poder judiciário.³

³ No original: "The substance of the basic rights is expressed indirectly in the rules of private law, most evidently in its mandatory provisions, and is best effectuated by the judges' use of the general clauses'. [...]The general clauses have thus been rightly described as 'points of entry' for basic rights into private law [references].The judge is constitutionally bound to ascertain whether the applicable rules of substantive private law have been influenced by basic rights in the manner described; if so, he must construe and apply the rules as so modified. This is what is meant by saying that the civil judge is bound by the basic rights (Art. 1 III GG). If he issues a judgment which ignores this constitutional

Cumpra mencionar, ainda, a doutrina da ação estatal, de criação e aplicação norte-americana. Os direitos fundamentais, em regra, vinculariam diretamente apenas o poder público e não os particulares. Conforme Sarlet e Nascimento (2015, p. 143-148), para vincular os particulares, as normas constitucionais precisariam de confirmação legal e na ausência de confirmação legal, os particulares somente seriam obrigados a respeitar os direitos fundamentais se houvesse alguma ação estatal da sua parte. A alegação de que a ação particular equivale a uma ação estatal funcionaria como requisito para conhecimento do caso pelo judiciário, especialmente a Suprema Corte, que verificaria: i) se a suposta violação a um direito fundamental é resultado do exercício, pelo particular, de um direito (ou privilégio) fundado em autoridade estatal; ii) se o suposto violador (particular) do direito fundamental poderia ser descrito como um agente estatal. A questão que se põe é saber o que viria a ser a *state action*, a ação estatal. A jurisprudência da Suprema Corte americana reconhece a *state action* nos seguintes fundamentos: i) o particular exerce alguma função pública (*public function theory*); ii) há significativa participação ou envolvimento do poder público na atuação do particular (*significant involvement, joint participation, mutual contacts*); iii) há incentivo, encorajamento, aprovação ou autorização por parte do poder público (*commandment, encouragement, authorization and approval*)? Cumpra descrever brevemente as correntes da *state action*:

De acordo com a teoria da função pública, se o particular agir no exercício de atividades tipicamente estatais exerce *state action* e está vinculado aos direitos fundamentais de outros particulares. [...] A mera operação de negócios que poderiam ser feitos pelo governo não os caracteriza como função pública porque isto envolve uma determinação baseada na importância prática da atividade ao invés de sua simples relação com a função estatal. [...] Pela teoria do envolvimento significativo (*mutual contacts*), o critério consiste em verificar a natureza da relação entre o particular e o poder público. A princípio, havendo uma relação próxima entre ambos, existirá *state action* a justificar a vinculação do particular aos direitos fundamentais. [...] Segundo ainda a Suprema Corte, a *state action* pode ser verificada nas hipóteses em que a conduta violadora for fruto de incentivo ou encorajamento por parte do Poder Público (SARLET; NASCIMENTO, 2015, p. 148-151).

influence on the rules of private law, he contravenes not only objective constitutional law by misconceiving the content of the objective norm underlying the basic law, but also, by his judgment, in his capacity as a public official, contravenes the Constitution itself, which the citizen is constitutionally entitled to have respected by the judiciary”.

Qual teoria adotar? Qual a utilizada no Brasil? Para Paulo Luiz Netto Lôbo (2014, p. 23-24), há um ponto problemático, que é a aplicabilidade direta das normas constitucionais. Segundo o autor, os constitucionalistas estão marcadamente influenciados pela doutrina alemã e reducionista da eficácia horizontal. Olhando para a Alemanha, constitucionalistas têm afirmado que não haveria que se cogitar de aplicação imediata e direta. Ocorre que, no Brasil, haveria, segundo anota, uma norma constitucional clara, que é o parágrafo 1º do artigo 5º, já citado acima. Esta norma não existe na Constituição alemã, que diz que os direitos fundamentais vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Se essa tese fosse a que prevalecesse, nenhuma norma da Constituição poderia ter sido aplicada, como o direito à igualdade entre homens e mulheres na relação conjugal. Não foi o que aconteceu. Advogados bateram às portas do Supremo Tribunal Federal, e houve um grande avanço, uma grande transformação na compreensão e na aplicação do direito civil brasileiro, que aponta para a força normativa das normas constitucionais.

Para Daniel Sarmiento (2003, p. 245-266), a moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988 e pelo sistema de direitos fundamentais nela hospedado consagra um modelo de Estado social. Ela (Constituição) é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que exclui a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como é inconciliável com a tese da eficácia horizontal indireta e mediata, predominante na Alemanha. A sociedade brasileira é mais injusta e assimétrica que a alemã e a norte-americana, sendo isto um dado fático relevante à vista do autor, justificador de um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado. A possibilidade de aplicação direta não exclui a obrigação dos juízes e tribunais de interpretarem e aplicarem as normas jurídicas do direito privado no sentido que mais favoreça a Constituição. A eficácia imediata não é incompatível com o efeito irradiante dos direitos fundamentais.

A título exemplificativo da posição jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado de súmula n. 443, que presume discriminatória a dispensa de trabalhador que seja portador de doença estigmatizante:

Súmula nº 443 do TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT

divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego (BRASIL, 2012).⁴

Inexiste lei específica quanto ao portador de HIV na relação de emprego. É claro que o entendimento sumulado deriva de uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Um dos casos paradigmáticos e citados costumeiramente no Brasil tratou da expulsão de um sócio de entidade privada sem a observância da ampla defesa e do contraditório. Com anteparo na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela eficácia horizontal. Trata-se do Recurso Extraordinário 201819, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, onde Supremo Tribunal Federal apontou que: (i) os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados; (ii) a autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional; (iii) as associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal, sendo que o caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (BRASIL, 2006).⁵

Nas situações acima descritas, pode-se perceber a clara tendência pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja do ponto de vista da doutrina nacional, seja do ponto de vista jurisprudencial. O que ocorre é

⁴ A súmula foi veiculada através da Resolução n. 185/2012, e publicada no DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

⁵ A decisão refere-se ao seguinte processo: Supremo Tribunal Federal. RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

que, fazendo-se uma análise mais aprofundada, é possível verificar que se tem, em verdade, uma falsa tensão entre as diferentes correntes, em especial a aplicabilidade direta e a eficácia indireta.

Fala-se em falsa tensão, pois as diferentes correntes tendem a conduzir a resultados similares. No caso acima transcrito, de expulsão de sócio de entidade privada, o Supremo Tribunal Federal adotou, na ementa, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, contudo, em suas razões, faz menção ao caráter público da atividade exercida pela pessoa jurídica, e ao espaço público por ela ocupado, num explícito *link* com a teoria da *state action*. Inclusive, no julgamento houve claras menções à doutrina da *state action*, conforme apontado coerentemente por Sarlet e Nascimento (2015, p. 154-155), e visto no próprio informativo do Supremo Tribunal Federal.⁶

Adotando-se a aplicabilidade direta ou a eficácia indireta, e até mesmo a *state action*, o resultado não divergiria.

Igualmente, quando se citou a súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que considera discriminatória a dispensa do portador de HIV e de empregado com doença estigmatizante, percebe-se uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na relação empregatícia. Ocorre que, sendo o direito comum uma fonte subsidiária do direito do trabalho, consoante o parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é totalmente possível aplicar-se o artigo 182 do Código Civil, que considera como ato ilícito o exercício de um direito que exceda “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Por meio da cláusula geral, solução idêntica à adotada pela súmula do Tribunal Superior do Trabalho seria encontrada por meio da eficácia indireta.

Como expõe Bilbao Ubillos (2003, p. 317), as diversas construções teóricas conduzem aos mesmos resultados. Não há por que pensar que a eficácia imediata conduziria a soluções distintas que as que resultam da aplicação de outras teorias. Deve-se afastar tal estereótipo.

Para Alexy (2014, p. 528-540), é possível distinguir a teoria dos efeitos indiretos perante terceiros, a dos efeitos diretos e a dos efeitos mediados por direitos

⁶ Trata-se do informativo de jurisprudência n. 405, do Supremo Tribunal Federal.

em face do Estado (as violações dos particulares poderiam ser consideradas intervenções estatais). As três construções, como já dito aqui, são equivalentes em resultado. Seria o caso de se adotar um modelo de três níveis, oferecendo uma solução completa. O primeiro nível seria o do dever estatal (efeitos indiretos), significando que já que os direitos fundamentais são uma ordem objetiva de valores, o Estado deve leva-los em conta na legislação e na jurisprudência civil. O segundo nível é o dos direitos em face do Estado, representando que um direito só pode ser violado por aquele em face do qual ele existe. Se tribunais civis podem violar direitos fundamentais por meio das suas decisões, os direitos violados são direitos dos cidadãos contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado. O terceiro nível diz respeito aos efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A lição acerca dos deveres de proteção pode ser complementada pelo pensamento de Canaris (2003, p. 241-242), ao tratar do princípio da proibição à proteção deficiente. É que os tribunais, ao analisar as contendas privadas, podem violar direitos fundamentais deixando de protegê-lo suficientemente. Quando a decisão judicial permanece aquém do mínimo de proteção imposto pela Constituição, configura-se uma genuína violação.

No modelo oferecido por Alexy, não há espaço para a sobreposição de uma construção jurídica em relação às outras, estando simetricamente postas em três níveis, referindo-se cada um deles a um aspecto da mesma coisa (FREIRE, 2014, p. 68).

Outra suposição que deve ser afastada é a da necessidade de se escolher e aplicar uma das teorias expostas de forma definitiva, estanque. É a ideia equivocada de que seriam excludentes.

A aplicabilidade direta ou a eficácia indireta só pode ser aferida à luz do caso concreto. Pode-se sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por meio do legislador ordinário leva a uma eficácia indireta da Constituição na esfera das relações privadas. É uma aplicação mediada pelo legislador, que deve observar os preceitos fundamentais na edição das normas de direito privado. Uma aplicação indireta também é verificada quando o legislador se utiliza de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais. Por fim, ter-se-á uma aplicação direta da

Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito que o das normas constitucionais (SARLET, 2010, p. 380).

4 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO PATRIMÔNIO

Com a Constituição de 1988, houve um giro copernicano, despatrimonializando o direito privado e revalorizando situações existenciais diante das situações patrimoniais, máxime diante da posição central assumida pela dignidade no sistema jurídico. Através da irradiação dos valores personalísticos decorrentes da dignidade da pessoa e de sua autonomia, é frequente a invocação de um caráter jusfundamental a diversas posições jurídicas que assentam na autodeterminação existencial da pessoa, a exemplo do reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277). A fundamentalidade de posições jurídicas deriva de critérios formais (procedimentais) e materiais (com função de defesa ante os poderes do Estado, função de prestação social a ser obtida por meio do Estado, função de proteção do indivíduo perante terceiros e função de proibição do tratamento discriminatório). Não se quer pregar, claro, um absolutismo da liberdade, que pode ser restringida, quando se exige o uso de cinto de segurança ou se proíbe a ingestão de bebidas alcoólicas antes de dirigir, por exemplo (DIAS, 2014, p. 30-45).

Nas dissonâncias, o direito civil se reabre como possibilidade para os contratos, as propriedades e as famílias, passando da autonomia privada à liberdade substancial, dos princípios gerais de Direito aos princípios constitucionais. Os três pilares civilistas (família, propriedade e contrato) recebem nova leitura sob a égide da Constituição, e alteram suas configurações, de uma perspectiva patrimonial e abstrata para uma que se baseia na dignidade da pessoa humana. A racionalidade que permeia o código civil é formada pela lógica inclusão/exclusão, e é na exclusão que se pode gerar ofensa a direitos fundamentais. O código não nasce feito, mas se

faz como uma projeção do sentido estribado na ordem constitucional axiológica de princípios e regras vinculantes. A percepção dos direitos individuais passa a incorporar uma concepção eudemonista, traduzindo uma espécie de busca pela felicidade e liberdade. As esferas do interesse individual, do social e do estatal não são mais facilmente separadas, existindo um complemento entre o interesse público e o privado. A Constituição com eficácia *erga omnes*, na condição de fundamento do ordenamento, assegura ao indivíduo uma margem de liberdade de ação em regime de autodeterminação, responsabilidade perante si mesmo e os demais (FACHIN, 2015, p. 48-64).

Aos poucos, parâmetros não patrimoniais foram moldados, diante da insuficiência dos paradigmas do modelo tradicional para fazer frente às novas situações de risco. A difusa fronteira entre o público e o privado se torna cada vez menos nítida, e a Constituição vira a verdadeira parte geral do ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais são os critérios para a reunificação do sistema. A perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano coloca-se em nível superior no ordenamento, com o escopo de proteger a pessoa, qualquer que seja a sua participação em uma relação jurídica (EHRHARDT JÚNIOR, 2014, p. 50).

Os direitos da personalidade são tradicionalmente estudados pelo direito privado. Na maioria das vezes, são vistos como típicos (série fechada de direitos). Ocorre que, com a Constituição, cria-se uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, permitindo estender a tutela jurídica a situações não previstas. Com esta natureza aberta, é obvio que a pessoa não se realiza através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações (poderes, interesses, direitos subjetivos, faculdades). Deve-se superar as discussões acerca da categoria dos direitos da personalidade. Trata-se da categoria do “ser”, onde não há a dualidade sujeito/objeto, e não do “ter”. A pessoa é não apenas titular do direito, mas o ponto de referência da relação. A personalidade é um valor fundamental do ordenamento, a base de uma série aberta e infindável de situações existenciais. Não há um número fechado de hipóteses tuteladas (PERLINGIERI, 2007, passim).

Para Tepedino (2004, p. 7-19), o código civil perde o seu papel de constituição do direito privado, e os textos constitucionais, paulatinamente, definem

princípios relacionados a temas antes tratados com exclusividade pela legislação civil e pelo império da vontade. Função social da propriedade, limites à atividade econômica, organização da família, matérias tipicamente privatistas, passam a integrar a nova ordem pública constitucional. O código civil passa a viver na era dos estatutos, num movimento claro de descodificação. A Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir sobre um direito civil repleto de leis especiais (estatutos). O direito civil perde a cômoda unidade sistemática. Diante do novo texto constitucional, é forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. É de se buscar a unidade do sistema na tábua axiológica da Constituição da República, que ocupa local antes destinado ao código civil. A distinção público/privado deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa.

Neste ponto, a autonomia privada surge em consonância com a ordem constitucional. A atividade espiritual do homem desenvolve-se de dois modos, o conhecer e o querer. No primeiro, apreende-se, capta-se um objeto, e no segundo exercita-se uma faculdade em direção a um fim ou valor. A liberdade jurídica nada mais é que o poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas. Objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais situações, dando-lhes conteúdos e efeitos. Autonomia privada é, assim, uma esfera de atuação do sujeito, um espaço que lhe é concedido para exercer sua autonomia jurídica. É a vontade não meramente subjetiva, mas de um modo concreto, objetivo e real. A autonomia privada é a projeção do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatária da ordem jurídica (AMARAL, 2006, passim).

A dignidade da pessoa humana exerce um papel de relevo. Para além de uma dimensão meramente ontológica (qualidade intrínseca do ser humano), ela possui uma dimensão comunicativa e relacional, apenas fazendo sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Ela (dignidade) é uma construção histórico-cultural, que deve ser encarada como limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (de todos e de cada um). A dignidade representa que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, e gera direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças (SARLET, 2013, p. 20-32).

O que se quer demonstrar é que há uma série de situações mutáveis, abertas, que merecem a tutela jurídica, desde a liberdade para a escolha da opção sexual até o planejamento familiar e o modelo de família, por exemplo. E há, neste ponto, uma liberdade do indivíduo de buscar sua felicidade. Os casos evoluem com a sociedade, e cumpre ao Direito fornecer a salvaguarda para situações que não ofendam direitos fundamentais.

A questão é como compatibilizar uma potencial ofensa a direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada, impedindo o aniquilamento do direito civil.

O código civil atual, diferentemente do anterior, que fora construído a partir de um modelo que não permitia ao juiz a chance de exercer sua atividade hermenêutica à luz do caso concreto, é construído com amparo numa concepção do Judiciário como distribuidor de justiça. O caminho da hermenêutica a ser agora trilhado pelo magistrado deve ser aquele que se pautem em observação rente aos princípios, às regras e aos valores éticos que advém da Constituição. Os valores propugnados pela Constituição estão em todos os recantos do tecido normativo, devendo todas as normas infraconstitucionais levarem-na em conta (HIRONAKA, 2014, *passim*).

Falando em termos contratuais, Paulo Lôbo (2017, p. 38-52) entende que as garantias e os controles constitucionais seriam anteparos, escudos da autonomia real. A Constituição deixa de ser a fonte suprema do direito público para se converter em lei fundamental do direito privado. Para o autor, a natureza intervencionista do Estado social seria incompatível com a recepção irrestrita do princípio da liberdade contratual pela Constituição, que se refere aos valores sociais da livre-iniciativa, mas não à liberdade contratual, que não teria *status* constitucional. Não tendo a autonomia privada negocial natureza de direito fundamental, posto que não constitucionalizada, seria descabida qualquer tentativa de ponderação de valores, devendo prevalecer sempre os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Um caso já citado no início deste trabalho pode auxiliar a clarear o problema. Uma mulher decidiu, com fundamento em leis uruguaias, interromper gestação no seu primeiro trimestre, mesmo contra a vontade do pai biológico. Irresignado, o

genitor demandou alegando ofensa a direitos fundamentais. O judiciário, calcado na não obediência a requisitos formais exigidos pela lei, além de fundamentado dentre outros, (i) no artigo 72 da Constituição nacional, que declara não exaustivo o rol de direitos fundamentais nela expressos, (ii) no Pacto de San José da Costa Rica, que protege os direitos humanos desde a concepção, e (iii) levando em conta a Convenção sobre os Direitos da Criança, decidiu pela proibição da interrupção da gestação. Analisou-se, de forma clara, a incidência dos direitos fundamentais ao caso, na motivação da decisão (URUGUAI, 2017):

No presente caso é iminente a violação de um direito de tradição e reconhecimento nacional, constitucional, legal e internacional que o nosso país ratificou e incorporou ao direito interno, aprovando leis com o texto dos Tratados. A continuação do procedimento significa um dano violador dos direitos da personalidade consagrados nos artigos 72 e 332 da Constituição Nacional, uma vez que se lesiona o direito à vida dos nascituros. [...] A Justiça tem de intervir para proteger os direitos individuais afetados, como meio eficaz de proteção contra um procedimento que configura lesão a um direito fundamental da pessoa humana, que não precisaria sequer de expreso reconhecimento no ordenamento jurídico, porque é inerente a essa mesma condição humana (arts. 7, 44, 72, 332 da Constituição). (Tradução Livre)⁷

A autonomia privada, no caso acima, foi ponderada com direitos fundamentais. Aquilo que já foi explorado aqui, recebe confirmação. Os três pilares de base do direito privado – propriedade, família e contrato – são relidos, alterando suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio para uma que se baseia na dignidade da pessoa. Uma análise da relação entre direitos fundamentais e direito civil não pode ignorar as vítimas dos modelos. O sujeito a que se destinam os direitos fundamentais não é o modelo abstrato que se põe como elemento de uma relação jurídica, mas sim a pessoa concreta (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 99-101).

⁷ No original: “*En la especie es inminente la violación de un derecho de raigambre y reconocimiento nacional, constitucional, legal e internacional que nuestro país ha ratificado e incorporado al derecho interno mediante la aprobación de leyes con el texto de dichos tratados. La continuación del procedimiento significa un daño violatorio de los derechos de la personalidad, consagrados en los art 72 y 332 de la Constitución Nacional, dado que se lesiona el derecho a la vida del concebido. [...] La Justicia ha de intervenir en protección de los derechos individuales afectados, como medio eficaz de protección frente a un procedimiento que configura la lesión a un derecho fundamental de la persona humana, que no requeriría incluso expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico debido a que es inherente a esa misma condición humana (arts 7, 44, 72, 332 de la Constitución)*”.

A doutrina não apresenta entendimento uniforme. Para Steinmetz (2005, p. 25-28), a autonomia privada, ao contrário, é um bem constitucionalmente tutelado. Seria possível fundamentar a tutela constitucional como um direito geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), amparada com o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), com o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), com o direito de propriedade (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXII), com o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), com o direito de convenção ou de acordo coletivo (CF, art. 7º, XXVI), com o princípio de proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art. 226, *caput* e parágrafos 1º a 4º). Todos esses princípios e direitos constitucionais possuiriam um conteúdo básico atributivo de direito de autodeterminação e de autovinculação da pessoa, o que faria a autonomia privada (poder geral de autodeterminação e de autovinculação) ser constitucionalmente protegida. Sendo objeto de tutela constitucional, um conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, nos casos em que se configuram restrições a direitos fundamentais, deveria ser resolvido como colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

Para uma parte significativa da doutrina, é preciso verificar se a desigualdade entre as partes deve ser aferida caso a caso. Quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada (PESSOA, 2009, p. 58).

Bilbao Ubillos (2003, p. 332-336) defende a utilização da ponderação como técnica para medir o alcance em cada caso, onde estará em jogo o frágil equilíbrio em direitos fundamentais e autonomia negocial. Por exemplo, um empresário não precisaria tratar de forma absolutamente igual a seus fornecedores, podendo perdoar atrasos ou inadimplemento de um e não de outro. Liberdade individual incluiria uma margem de arbítrio, de espontaneidade. Imagine-se o fato de não se poder escolher quem se pode convidar para uma festa em casa, sob pena de ser processado por violação a direitos fundamentais (igualdade). Ou ainda, como seria inusitado que um inquilino alegasse ofensa a isonomia por estar sendo despejado pelo locador, ao passo em que outro inquilino tivera a dívida perdoada. Se é assim, os direitos fundamentais têm maior capacidade de penetração se a relação for

assimétrica, já que nem só o poder público pode encontrar-se em situação de vantagem em detrimento do cidadão. Deve-se, também, pesquisar a autonomia real das partes, e não apenas se conformar com uma suposição abstrata de vulnerabilidade. A incidência dos direitos fundamentais é mais intensa quando a própria dignidade for afetada. Trata-se de medir o alcance da eficácia dos direitos fundamentais em cada caso. Na colisão, a ponderação seria iniludível e não tem que ser resolvida necessariamente em favor de quem detém o direito fundamental.

Outro autor que defende o uso da proporcionalidade é José Peres Gediel (2003, p. 155-160). Segundo aponta, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pela sociedade brasileira em 1988. Se é possível apontar a tutela constitucional da autonomia privada como princípio ou como bem constitucionalmente protegido, esta deve ser conformada pelo respeito à dignidade e aos direitos fundamentais. Concretamente, a autonomia privada e os direitos e deveres dela derivados, sempre que entrarem em conflito com os direitos fundamentais, devem ser examinados à luz do critério ou princípio da proporcionalidade. Direitos fundamentais interferem na autonomia privada e tornam ofensivas à dignidade e lesivas todas as exigências que atinjam o núcleo da pessoa.

É da sábeça comum que a proporcionalidade possui três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Sendo de aplicação sucessiva, primeiro deve-se passar pela adequação, onde se verifica se o meio eleito para atingir determinado fim constitucional é apto para tanto, fomentando-o. Após, verifica-se a necessidade, averiguando se o meio adequado é o menos gravoso ao direito fundamental restringido no conflito. Por fim, analisa-se a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, na proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 23-50).

A solução traçada por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 144-164) é a de adotar o modelo em três níveis de Alexy. O autor considera a autonomia privada como um princípio formal, uma norma de validade, que fornece razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo desta última. Sopesamento não seria, segundo defende o autor, a solução, já que muitas situações que vulneram direitos fundamentais não visam a manutenção de outro direito fundamental

(adequação), por exemplo o caso dos *reality shows*, em que se sacrifica a intimidade em favor do aumento de audiência. Exigir, também, que se adote sempre a medida menor gravosa ao direito fundamental (necessidade ou proibição do excesso) seria reduzir sobremaneira a autonomia privada. Seria até o caso de impedir, a se adotar uma corrente totalitarista de direitos fundamentais, que um pai favorecesse determinado filho em detrimento de outro na herança. Similarmente ao que aqui fora exposto, Virgílio Afonso adota como critérios a existência de uma desigualdade material real, fática, bem como o grau de autonomia real das partes envolvidas. Um fato de relevância seria a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação. Quanto maior a restrição, maiores os argumentos contra a autonomia privada.

As correntes são muitas, mas há alguns pontos de convergência que podem ser extraídos das lições acima descritas, e que permitem uma análise mais robusta e consciente: i) quanto maior a desigualdade, maior a tutela dos direitos fundamentais; ii) a desigualdade a ser investigada é a fática, e não meramente presumida; iii) o grau de autonomia real das partes é critério para investigar a incidência ou não dos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada; iv) a incidência dos direitos fundamentais não se limita a relações patrimoniais, mas também a relações existenciais; v) a autonomia privada, mesmo entendida por alguns como sem fundamento constitucional, pode sim ser vista como princípio formal ou como valor constitucional; vi) as formas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não são excludentes; vii) as diversas teorias acerca dos direitos fundamentais nas relações privadas tendem a levar a soluções similares; viii) a dignidade da pessoa humana funciona como limite à autonomia privada, juntamente com os direitos fundamentais.

Somente à luz do caso concreto se poderá vislumbrar qual teoria adotar. Soluções pré-fabricadas devem ser excluídas, sob pena de flagrante injustiça.

CONCLUSÃO

De um movimento de publicização, em que o Estado passou a intervir nas relações privadas de forma infraconstitucional, chegou-se à constitucionalização, sendo que os direitos fundamentais passaram a ser vistos como uma verdadeira ordem objetiva de valores que se irradiam por toda a comunidade, infiltrando-se em todas as relações. Nos dias de hoje, são evidentes o impacto no campo dos contratos, da tutela da propriedade e na seara das relações familiares.

Desenvolvida com profundidade na Alemanha, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas passou a contar com adesões ao redor do mundo, e com três correntes básicas acerca da forma de sua influência: i) aplicabilidade imediata, sem a necessidade de intermediação de atos estatais; ii) eficácia indireta, onde haveria a necessidade de atos estatais, sendo que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados seriam os principais mecanismos que permitiriam a infiltração dos direitos fundamentais no direito privado sem o aniquilamento deste último; iii) teoria da *state action*, onde se perquiriria a natureza da ação privada, e se esta poderia ser enquadrada como ação estatal ou encorajada, vinculada ou com relacionamento com o poder público.

As diferentes teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não são, ao contrário do que se poderia pensar, excludentes. Pode-se adotar a eficácia indireta, caso haja cláusula geral ou conceito indeterminado na legislação privada, o que seria mais prudente, posto ser o mecanismo mais pacífico para a coexistência público/privado. Na insuficiência de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, na ausência delas ou na sua insuficiente proteção, seria o caso de uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. A *state action* pode ser vista com forte teor argumentativo, inclusive em *leading case* decidido pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, não se chegará, necessariamente, a resultados diversos com as teorias acima citadas. Elas tendem a convergir para respostas similares.

O direito constitucional incide no direito privado não apenas em relações jurídicas patrimoniais, mas também em relações existenciais. Em ambas, a

autonomia privada representa um poder do indivíduo em determinar aspectos de suas situações jurídicas. Obviamente, ela não é ilimitada.

Tentar fazer coexistirem direitos fundamentais e a autonomia privada é uma tarefa tortuosa, porém possível. Como critérios para determinar maior ou menos incidência dos direitos fundamentais, devem ser perquiridos: i) a desigualdade fática, e não apenas presumida; ii) o grau de autonomia real das partes; iii) a intensidade da restrição a direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

A doutrina acaba se dividindo entre aqueles que não reconhecem fundamento constitucional à autonomia privada, aqueles que a reconhecem como um valor constitucional derivado de diversos dispositivos, e aqueles que a caracterizam como um princípio meramente formal, que dita obediência a normas criadas independentemente do conteúdo. Qualquer que seja a corrente adotada, os pontos de convergência acima citados são suficientes para iniciar uma análise mais consciente, argumentativamente forte acerca da coexistência direitos fundamentais/autonomia privada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEMANHA. *Tribunal Constitucional*. *Basic rights are primarily to protect the citizen against the state, but as enacted in the Constitution (GG) they also incorporate an objective scale of values which applies, as a matter of constitutional law, throughout the entire legal system. The substance of the basic rights is expressed indirectly in the rules of private law, most evidently in its mandatory provisions, and is best effectuated by the judges' use of the general clauses. Basic rights may be infringed by a judicial decision, which ignores the effect of basic rights on private law (§ 90 Act on Constitutional Court Procedure (BVerfGG)). Judicial decisions on private law are subject to review by the Constitutional Court, only in respect of such infringements of basic rights, not for errors of law in general. Rules of private law may count as 'general laws' which may restrict the basic right of freedom of expression under Art. 5 II GG. Such 'general laws' must be interpreted in the light of the especial significance in a free democratic state of the basic right to freedom of expression. The basic right in Art. 5 GG protects not only the utterance of an opinion as such, but also the effect it has on others. The expression of an opinion favouring a boycott does not necessarily infringe proper conduct (boni mores) under § 826 BGB; depending on all the circumstances such an expression may be justified as a matter*

of constitutional law. BVerfGE 7, 1981. Senate (1 BvR 400/51) *Lüth*-decision. 15.01.1958. Tradução: Tony Weir. Texas law. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>. Acesso em 30.03.2017.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BBC News. Homens têm direito a decidir sobre o aborto? **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39091916>>. Acesso em: 25.03.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 443. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. **Res. 185/2012**, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 401 450.html#SUM-443](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20401%20450.html#SUM-443)>. Acesso em: 23.03.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Empregado portador do vírus HIV. Dispensa imotivada. Discriminação. Súmula n. 443 do TST. Trata-se de hipótese na qual a reclamada dispensou, sem justa causa, o empregado portador do vírus HIV, ao argumento de que ele liberara descontos em roupas de coleção nova fora dos parâmetros fixados. No entanto, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que caracteriza ato discriminatório a dispensa imotivada de empregado portador de doença grave ou que cause estigma ou preconceito, a pretexto de motivação de ordem técnica, sem ocorrência de justa causa e ciente o empregador do estado de saúde do trabalhador. Inteligência da Súmula nº 443 do TST. Recurso de revista conhecido, nesse particular, e provido. Processo RR 23955120115020081. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 05/06/2015. Julgamento: 27 de Maio de 2015. Relator Min. Walmir Oliveira da Costa.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Sociedade civil sem fins lucrativos**. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição

vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido. RE 201819, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064, EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

_____. Supremo Tribunal Federal: **Informativo n.405**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>>. Acesso em: 30.03.2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Eduardo Rocha. Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Et al. **Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento de boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____; 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**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FREIRE, Alexandre. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: conceito, teorias e análise jurisprudencial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

G1. Nasce 1º bebê por nova técnica de fertilização com três pais. **G1**, São Paulo Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/nasce-1-bebe-por-nova-tecnica-de-fertilizacao-com-tres-pais-diz-revista.html>>. Acesso em: 25.03.2017.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

HIRONAKA, Gidelda. Principiologia contractual e a valoração ética no código civil brasileiro. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em : <http://civillistica.com/principiologia-contratual-e-a-valoracao-etica-no-codigo-civil-brasileiro/>. Acesso em 30.03.2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em 26.03.2017.

_____. Metodologia do direito civil constitucional. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Et al. **Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014.

_____. **Direito civil: contratos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.). **Código Civil y Comercial de la nación comentado**. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2014.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAK, Chantal. ***Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England.*** Kluwer Law International: 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 29, v. 9, p. 233-258, jul./dez. 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Direito constitucional do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Algumas notas acerca da vinculação de particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Constitucional norte-americano e sua possível aplicação no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (orgs). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. São Paulo: Malheiros.

_____. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, abr., 2002, p. 23-50.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

URUGUAI. Juízo de 1ª Instância de Mercedes. **Sentença n. 6/2017**. IUE 431-86/2017. B.D., M. C/ O. N, C. M. Ação de Amparo e recurso de inconstitucionalidade. Juíza Pura Book Silva. Disponível em: <https://www.scribd.com/document/340228743/SENTENCIA-N%C2%BA-6-2017-URUGUAY-ABORTO#from_embed>. Acesso em: 05.04.2017.