

OS LIMITES DAS DISPONIBILIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE LIMITS OF THE AVAILABILITIES OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS

Cláudia Mansani Queda de Toledo¹
Doutora em Direito
Centro Universitário de Bauru - SP/Brasil

Neymilson Carlos Jardim²
Especialista e Mestrando em Direito
Faculdade de Direito do Sul de Minas - MG/Brasil

Resumo: Esta pesquisa objetiva discutir os limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo a questão central: uma vez identificada a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado, existem limites a essa disponibilidade entre particulares? É possível identificar requisitos e critérios para sua validade e buscar a fixação de parâmetros? A concepção de direitos fundamentais nas relações entre particulares surgiu com a necessidade de proteger o homem entre si, das opressões entre particulares que detém o poder. Para serem atingidos esses resultados, utiliza-se de uma metodologia de análise da relação entre os

1 - Possui Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Doutora em Direito Constitucional na linha de pesquisa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP (2012). É docente nas áreas de Direito Constitucional, com ênfase na área de Direito à Educação, Direitos Humanos e Metodologia da Pesquisa Científica e Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é sócia e coordenadora do escritório Toledo e Mesquita Sociedade de Advogados, em Bauru e São Paulo e docente nos cursos de graduação, pós-graduação lato e stricto sensu da FDSM - Faculdade de Direito do Sul de Minas, desde 2013. Professora da disciplina Processo Constitucional no curso de direito da Instituição Toledo de Ensino. É Reitora do Centro Universitário de Bauru. E-mail: claudia@toledoemesquita.adv.br

2 - Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2004), inscrito na OAB/MG nº 100.544, possui inscrição suplementar na OAB/SP nº 355.794 e OAB/RJ nº 199.794, é sócio cotista da Sociedade Amaral, Guimarães e Jardim Advogados Associados, inscrita na OAB/MG 2774. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil, Direito do Consumidor e Direito Empresarial. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Cursando Mestrado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Nomeado coordenador da Escola Superior de Advocacia OAB/MG na 20ª Subseção, mandato 2010/2012, atuou como Conselheiro Subseccional da OAB em Varginha/MG, mandato 2013/2015 e 2016/2018, atualmente exerce a função de Membro Julgador do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG, mandato 2016/2018. Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM E-mail: neymilson@consulenza.com.br

limites que justificam a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado e os requisitos e critérios para sua validade, de modo a se estabelecer uma reflexão crítica sobre a ausência da fixação de parâmetros objetivos. Como resultado, observa-se que a divergência de critério para a fixação de parâmetros referentes aos limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas na medida em que, ficando a cargo do julgador o critério definitivo, acarreta uma insegurança jurídica, devido o decisionismo jurídico.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Limites de Disponibilidade. Relações Privadas.

Abstract: This research aims to discuss the limits of the availability of fundamental rights in relationships between individuals, that the central question is once the possibility of having this fundamental right in the private sphere has been identified, are there limits to this availability between individuals? Is it possible to identify requirements and criteria for its validity and to seek the setting of parameters? The conception of fundamental rights in particular relations arose with the need to protect man among himself from the oppressions between private individuals who hold power. In order to achieve these results, a methodology is used to analyze the relationship between the limits that justify the possibility of having this fundamental right in the private sphere and the requirements and criteria for its validity, in order to establish a critical reflection on the absence of objective fixation. As a result, it can be observed that the divergence of criteria for setting parameters regarding the limits of the availability of fundamental rights in private relations, since the final criterion is in the hands of the judge, entails legal uncertainty due to legal decision-making.

Keywords: Fundamental rights. Availability Limits. Private Relationships.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, muitas pesquisas tem enfatizado os limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A expansão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sido amplamente debatida nos meios acadêmicos, sendo objeto de muitos estudos e debates a respeito do tema.³

3 - Exemplificando: MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006; STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

É assente a proteção dos direitos fundamentais não apenas nas relações entre indivíduos e Estado, mas também nas relações privadas, superando a tradicional formulação teórica da dicotomia existente entre os direitos privado e público e que ultrapassam a ideia de que o primeiro seria apenas disciplinado pelo Código Civil, mas também, por uma ressignificação operada pela Constituição Federal, instituto que alcançou a denominação constitucionalização do direito privado.

Fachin⁴ defende a necessária releitura crítica dos estatutos fundamentais do direito privado, daí o que se entende por “constitucionalização”, pois é pela Constituição que vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil.

Todavia, a constitucionalização do Direito Civil, está assentada na irradiação de valores acima de tudo constitucionais para as relações entre particulares. Nesse contexto, a relação entre particulares passa a ser denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Marmelstein⁵ explica que em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar as suas relações tanto quanto o Estado, e igualmente cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, é o que se denomina como a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixam de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, conforme menciona o autor, em um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada.

Inegável a função da nossa Constituição de servir de norte para todas as normas infraconstitucionais, para a finalidade de resguardar as pessoas, bem como seus direitos fundamentais, preenchendo, assim, o vácuo existente entre o direito e a vida das pessoas, em suas relações cotidianas da vida civil.

Desta forma, Steinemetz⁶, apresenta duas razões básicas sobre a dificuldade da força normativa de vincular os particulares aos seus direitos fundamentais. Inicialmente relata a origem dos direitos fundamentais no constitucionalismo liberal, sendo concebida exclusivamente como limites ao poder Estatal, relação que envolvia apenas a relação entre Estado e cidadão, não se insurgindo sobre os direitos fundamentais nas relações privadas e, a segunda razão que consiste na falta de decisão constitucional direta e

4 - FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.77

5 - MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p.41

6 - Id.

clara sobre a matéria⁷, ou seja, o autor sustenta que não existe “referências normativas textualmente expressas à eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

Os direitos fundamentais nas relações privadas tiveram significativa e marcante evolução quanto ao seu reconhecimento histórico e social que levou ao que conhecemos nas atuais brisas democráticas, ou seja, de inegável relevância não somente em sua incidência vertical, mas também, em sua horizontalidade.⁸ Desse modo, não se pode compreender o direito fundamental apenas como problema exclusivo do órgão Estatal, mas sim, de todos, pois o poder, não está apenas no exercício da função pública, mas também, entre as pessoas que exercem segmentos ou parcelas de poderes entre si, em suas relações sociais, notadamente importante quanto houver nessas aproximações uma hipossuficiência em um dos pólos.

Sarmiento⁹ sustenta que, atualmente, onde cada vez é mais aceita a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos projetam-se também nas relações entre particulares, até porque os agentes privados - especialmente aqueles detentores de poder social e econômico - são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado.

Assim, o ponto primordial da influência na esfera constitucional das relações privadas consiste na convivência, naturalmente conflitante, entre os direitos fundamentais protegidos na Constituição Federal e o pleno exercício da autonomia privada.

Nesta pesquisa, queremos analisar a relação entre os limites que justificam a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado e a existência dos requisitos e critérios para sua validade, de modo a

7 - STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 65.

8 - NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). History Process of Constitutionalizing Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

9 - Neste contexto, Daniel Sarmiento, defendeu sua tese de doutorado sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ensina que: “no contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não-estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.”(SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 25).

se estabelecer uma reflexão crítica sobre a ausência da fixação de parâmetros objetivos.

Chama a atenção o fato da disponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares tenha se tornado objeto de um decisionismo jurídico, na medida que a ausência de limites que justificam a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado e falta dos requisitos e critérios para sua validade, de modo a evitar que a fixação de critérios fique a cargo do Julgador, acarretando uma verdadeira insegurança jurídica.

Para serem atingidos esses resultados, a pesquisa fará uma abordagem bibliográfica mediante uma metodologia analítica, utilizando-se de livros, artigos e doutrinas para melhor compreensão do tema.

1 ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A origem dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não é tão recente como se poderia observar, por exemplo, nas citações de Gralha¹⁰ que menciona em sua obra que, desde 1596, pelo menos, e de certo modo, eis que os direitos fundamentais datam de século recente não se falando em tais naquela época, mas tal tema vinha tratado como podemos perceber na obra “Mercador de Veneza ” de Willian Shakespeare. Assim, a literatura, de uma forma geral, já se ocupa há tempos com a temática; o que estava faltando, talvez, fosse uma preocupação mais aprofundada dos juristas, da ciência direito e, também, dos julgadores.

Em “Mercador de Veneza”, Shakespeare, dentre muitas das possíveis análises e considerações a que se presta, destacada apenas uma e abarca a questão de um contrato mútuo firmado entre Shylock e Antônio. Neste contrato, Antônio obriga-se, caso não cumpra a sua parte consistente em devolver o dinheiro recebido a título de empréstimo, a fornecer uma libra de sua carne a ser retirada por Shylock, do coração do mercador. Da inadimplência de Antônio nasce a pretensão de Shylock de receber o quinhão de carne como contratado; resistida a pretensão, embora seu fiador Bassânio, amigo de Antônio, oferecesse o pagamento da letra vencida, recusa-o o judeu, indo o caso parar na Justiça de Veneza, que fez uma análise literal do que fora contratado, eis que deverá permanecer aquilo que duas partes de forma livre, paritária e autônoma firmaram no exercício pleno da autonomia da vontade e de suas liberdades de contratar. Essa possibilidade contratual confronta-

10 - MATEUS, Cibele Gralha. Direitos Fundamentais e Direito Privado. In____. Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: O Caso do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.

se diametralmente com os direitos humanos, com o princípio da dignidade humana e, nesse cenário, deve o Estado intervir para garantir a vida e a saúde, de Antônio e seus direitos fundamentais?¹¹

Porém, a vinculação de particulares a direitos fundamentais somente teve seu marco jurisprudencial na década de 1950, na Alemanha, que ganhou a denominação *Drittwirkung*, ou, como ficou conhecido no Brasil, eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em 1954, essa teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares já foi utilizada pelo Tribunal Federal do Trabalho Alemão, quando foi reconhecido que em contrato de trabalho devem ser garantidas a igualdade e a liberdade individual. Nesse julgamento, Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, adotando a *Drittwirkung*, reconheceu a igualdade salarial entre homens e mulheres que exerciam a mesma função.

Contudo, em 1958, foi julgado o caso mais repercutido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, conhecido como caso Lüth¹², quando, foi reconhecida a vinculação de particulares a direitos fundamentais e serviu de parâmetro para a construção doutrinária e jurisprudencial para todo o mundo.

O caso Lüth trata do cidadão Erich Lüth, que como crítico de cinema, fez uma represália ao filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor nazista, pois já tinha dirigido o filme *Jud Süß*, e foi o marco da discriminação em face dos judeus, a sabotagem surtiu efeito e o filme fracassou, resultando em prejuízo ao cineasta que investiu na produção. Veit e a distribuidora do filme ingressaram com ação contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civilista Alemão, e nas instâncias ordinárias obteve êxito por ser considerada a campanha ofensiva aos bons costumes nos termos do § 856 do Código Civil Alemão, condenando o crítico de cinema a não mais fazê-lo. Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional da Alemanha. Ao fim,

11 - Na obra teatral, a saída encontrada por Pórcia, noiva de Antônio, transvestida de juiz, foi a interpretação literal da lei sobre o acordo firmado entre as partes e expresso na letra: uma libra de carne. Contudo, atente-se que Pórcia chama a atenção que nenhuma gota de sangue, ao cortar a carne deveria o judeu derramar, já que a letra nada mencionava sobre isso.

12 - Na realidade, o caso Lüth foi a primeira vez que uma corte constitucional reconheceu de forma expressa a vinculação de particulares a direitos fundamentais. Porém, antes o Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*), por influência de um de seus membros, H. C. Nipperdey, que publicara estudo pioneiro sobre o tema em 1954, já aplicara a *Drittwirkung* ainda nesse mesmo ano. (UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 1997. p. 271-2.

a queixa constitucional foi julgada procedente, reformando a sentença pois teria violado o direito fundamental à liberdade de opinião de Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF.¹³

Esse julgamento é um dos mais importantes do direito constitucional sobre o tema, pois inaugurou toda a construção do constitucionalismo pautado em valores e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais ou *drittwirkung*. Surgiu, então, o embate acerca da eficácia das normas de direito fundamental entre particulares e, com tal emblema, a questão da disponibilidade ou não de tais direitos, bem como seus limites e validade dispositiva.

2 DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Para concretizar abordagem adequada sobre o tema, necessário se faz o enfrentamento do conceito e da compreensão da utilização do termo disponibilidade dos direitos fundamentais, em vez de utilizar o termo renúncia a direitos fundamentais nas relações privadas.

Para Barros,¹⁴ a renúncia é um instituto jurídico que se encontra presente desde o Direito Romano nas Institutas de Gaio e no Digesto. É conceituada pelos civilistas como “a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito”, citando Caio Mário da Silva Pereira, em Instituições de Direito Civil, v. I¹⁵.

Lado outro, MAC CRORIE¹⁶ pensa que faz sentido manter o conceito de renúncia a direitos fundamentais, uma vez que o conceito em Direito Constitucional não tem de corresponder ao conceito de direito privado, devendo a renúncia necessariamente significar a extinção de um direito.

Porém, no que pese a utilização pela autora portuguesa MAC CRORIE deste conceito, não no sentido de a renúncia necessariamente provocar a extinção do direito, que alega ser o sentido atribuído pelo Direito Civil, mas sim implicando um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar temporariamente, não parece a este autor a posição mais adequada, pois o fato do cidadão não invocar temporariamente um direito fundamental,

13 - Cf. narrativa completa do caso, inclusive com a ementa do julgado, em DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, pp. 264 e ss. São Paulo: RT, 2007.

14 - BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, n. 57, p. 89-101, jul./dez.1997.

15 - Pereira, Caio Mario da Silva, Instituições de direito Civil. v. 1. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pag. 382.

16 - MAC CRORIE, Op. cit., p.18-19

se aproxima mais do termo disponibilidade, uma vez que é utilizado para indicar a liberdade de tempo que determinada pessoa em invocar seu direito, do que o termo renúncia, que é utilizado no sentido de recusa, abandono e, ainda, se for uma renúncia total este autor pensa ser irrevogável a capacidade jurídica de exercer as faculdades ou poderes que decorrem da renúncia.

Além do mais, a renúncia aos direitos fundamentais esbarra em posições doutrinárias contrárias, como Silva¹⁷, que sustenta que o instituto da renúncia é conhecido desde o Direito Romano, mas que sua recepção no âmbito do direito público sempre foi controversa e, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, é questão que encerra posições divergentes. No entanto, observa, com razão, que há exemplos e situações do cotidiano que colocam a noção de irrenunciabilidade em xeque, razão pela qual uma solução simples e genérica não é suficiente para resolver as situações concretas.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva¹⁸, ao tratar das características dos direitos fundamentais, diz serem inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Para o autor são inalienáveis porque intransferíveis e inegociáveis, com o que não se pode desfazer deles, já que indisponíveis. A irrenunciabilidade é um atributo na medida em que “não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.

Por isso, no entendimento deste autor se justifica abandonar o termo renúncia, substituindo-o pelo termo disponibilidade. Desse modo, estabelecido o acordo semântico na utilização do termo disponibilidade em vez de renúncia aos direitos fundamentais nas relações privadas, cabe agora abordar o tema propriamente dito.

Desse modo, a disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, deve ser considerado como uma faculdade de exercitar seu direito fundamental, contudo, não é absoluto ou irrestringível, nem mesmo tal liberdade é ilimitada.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, firmou entendimento de que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto e que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio

17 - SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 61-63.

18 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Hesse¹⁹ ensina que a limitação dos direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido estrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

No mesmo sentido, Sarlet²⁰ reconhece ser possíveis situações nas quais ocorra uma “autolimitação” de determinados direitos ou de dimensões dos direitos inerentes à personalidade, mas ressalva que deve sempre ser observada a própria dignidade humana como limite da autonomia da vontade.

Em posição a favor, Andrade²¹ admite a renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sustentando que assim, por exemplo, nos casos de *renúncia* e, em geral, de *autorrestricção* do titular do direito fundamental, que são aqueles que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceita-se (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 objeto ou de não pessoa - nestes casos, o bem jurídico deve ser considerado indisponível.

Portanto, se conclui ser possível dispor de direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que se obedeça aos requisitos e critérios para sua validade.

19 - HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998

20 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

21 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 258.

4 REQUISITOS E CRITÉRIOS PARA A VALIDADE

Sarmiento²², em sua tese de Doutorado em Direito Público pela UERJ, defende que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas envolve um problema de ponderação com a autonomia privada, devendo ser realizada primariamente pelo legislador, no entanto, na falta de norma ou diante da sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz.

Nestas Hipóteses, a resolução da colisão não terá como fugir de uma análise tópico-sistemática calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, citando a obra de Ingo Wolfgang Sarlet.

Sarmiento²³ destaca que um dos principais fatores que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos, ou seja, quanto maior a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

Justificando sua posição, Sarmiento²⁴ parte da premissa de que a assimetria do poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes débeis, e quando o ordenamento jurídico deixa livre o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro, sendo que o hipossuficiente vai acabar se curvando diante do arbítrio dos mais poderosos, que muitas vezes dispõe de uma força quase contrastável para conformar aspectos relevantes da vida humana - pense-se no poderio dos veículos de comunicação de massa, sobretudo num contexto de oligopolização de fato, como se verifica em nosso país.

Em posição contrária, Silva²⁵, considera que a colisão entre o direito fundamental atingido e o princípio da autonomia privada realmente existe, mas deve ser solucionada não através de ponderação, mas sim de uma

22 - SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: 2 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 268.

23 - SARMENTO, Op. cit., p.269

24 - SARMENTO, Op. cit., p.270

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

valoração sobre as situações em que cada um deles deva prevalecer, sendo que a ponderação é o processo regido por uma lei de colisão, segundo a qual, de acordo com a conhecida fórmula de Alexy²⁶, “quanto maior o grau de restrição ou não realização de um princípio, maior terá de ser a importância da realização do princípio com que ele colide.” Explicando que no conflito que se instaura em casos de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, não é este o procedimento empregado, já que não se examina o grau de restrição imposto ao princípio da autonomia privada, ocorrendo no caso é antes a definição de situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado.

Sarmiento²⁷ rebate essa posição contrária, sustentando que se trata de uma concepção muito simplificadora da ponderação, desconsiderando o fato de que há outros fatores utilizados no sopesamento de bens, além da mensuração do grau de restrição a cada princípio envolvido, sendo que a importância relativa de cada um dos bens jurídicos envolvidos na colisão, não é imutável para cada direito fundamental, já que não há uma escala de valores fixa e intangível inscrita na Constituição, podendo variar de acordo com determinada circunstância, sendo que o fato deste elemento ser considerado na solução do conflito não descaracteriza a natureza ponderativa do procedimento realizado, sendo exatamente o que ocorre em relação a colisão entre direito fundamental à autonomia privada, que se desencadeia por ocasião da incidência de direitos fundamentais em relações privadas.

Sustentando ainda a posição contrária de Sarmiento, foi contestado por Silva²⁸ a pertinência ao critério de desigualdade material entre as partes da relação jurídico-privada como fator relevante para o calibramento da proteção da autonomia privada, pois seria verificar se a autonomia em cada caso foi real ou a aparente, e não apurar a assimetria entre as partes.

Sarmiento²⁹ com a mesma veemência, combate a crítica sob o fundamento de que é característica do direito empregar generalização bastante razoável a de que, em relação a assimétricas, a autonomia da parte mais fraca é muitas

26 - ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

27 - SARMENTO, Op. cit., p.268

28 - SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. Maio. 2005, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274/34067>>. Acesso em 19 set. 2017.

29 - SARMENTO, Op. cit., p.271

vezes mera fachada para legitimação de imposições heterônomas ditadas pelo mais forte, citando o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, como exemplo, devendo ser feito o mesmo raciocínio no campo das relações privadas de caráter não trabalhista, em que houver manifesta assimetria de poder, não para simplesmente subordinar a autonomia privada ao direito em jogo, mas pelo menos, para atribuir um peso maior *prima facie*, ao direito dentro do poder ponderativo.

Sem trégua, Sarmiento³⁰ ainda fundamenta que o critério da autonomia real ou aparente sustentado por Virgilio Afonso Da Silva, não é um substituto adequado para o fator da desigualdade fática por uma outra razão singela: ele possui um campo de aplicação muito mais limitado. Com efeito, ele só poderia ser utilizado em hipóteses em que o lesado tenha manifestado a sua concordância com o ato que importou em violação aos seus direitos. Contudo, não muitas vastas situações de incidência dos direitos fundamentais em relações jurídico-privadas. Como usar o critério da autonomia real ou aparente da vítima, por exemplo, quando a lesão ao seu direito decorrer da recusa da parte mais forte em celebração de um contrato, por razões manifestamente discriminatórias?

Sarmiento³¹ conclui que o grau da desigualdade material é apenas um critério dentre outros que podem e devem ser sopesados na solução das situações envolvendo colisões de direitos fundamentais, sendo certo que as circunstâncias específicas de cada caso concreto devem ser sempre consideradas.

Sem sombra de dúvidas, é um grande desafio fixar requisitos e critérios para a validade da disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem encontrar posição contrária, considerando ainda que este autor limitou abordar apenas o posicionamento de Daniel Sarmiento e a posição contrária adotada por Virgilio Afonso da Silva, eis que o presente trabalho não tem a missão de esgotar todo o tema.

Todavia, acreditamos que a corrente sustentada por Daniel Sarmiento é a mais acertada, por entender que o critério adotado por Virgilio, além de não ser o único critério aplicável na solução do problema, parece ser muito subjetivo, e não soluciona com satisfação indagações levantadas por Sarmiento.

De qualquer forma, está na hora de se pensar a utilização pelo

30 - SARMENTO, Op. cit.,p.272

31 - SARMENTO, Op. cit.,p.272

jugador em critérios objetivos para a solução de conflitos dos direitos fundamentais entre particulares, para que se evite um dos grandes problemas que o Brasil vem enfrentando, que é o decisionismo jurídico, com decisões seletivas variando de particulares para particulares e juízo em juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado traz uma certa complexidade, na medida em que se busca definir quais os limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas e procura identificar requisitos e critérios para sua validade. O estudo revelou sob o aspecto histórico que a identificação dos direitos fundamentais nas relações privadas notícia de muito antes do marco jurisprudencial de 1950, na Alemanha.

Acrescenta-se ao resultado da pesquisa os argumentos que ensejaram a utilização do termo *disponibilidade* dos direitos fundamentais, em vez da utilização do termo *renúncia* a direitos fundamentais nas relações privadas, em que pesem os argumentos contrários elencados.

A própria dignidade humana é o mais apropriado limite da autonomia da vontade, porém verifica-se que existe uma grande dificuldade para se identificar requisitos e critérios para a validade da disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que os critérios doutrinários não são unânimes; porém, este autor ficou convencido de que o critério abordado por Daniel Sarmiento, seria o mais adequado, no que pese não trazer solução definitiva.

Observa-se que a divergência de critério para fixação de parâmetros referentes aos limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas na medida em que, ficando a cargo do julgador o critério definitivo, acarreta uma insegurança jurídica, devido o decisionismo jurídico.

Portanto, conclui-se pela necessidade de se pensar em uniformização de critérios para disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas, para que seja possível a harmonização do direito fundamental das partes envolvidas, retirando o subjetivismo de quem julga, o que acarreta muitas vezes, decisões seletivas e contraditórias em casos iguais em juízo diverso.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, n. 57, p. 89-101, jul./dez.1997.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.77.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de direito Civil**. v. 1. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. p.15.Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível:<http://biblionet.fd.unl.pt/BiblioNET/Upload/PDF/MacCrorie_2011_Texto.pdf>.Acesso em: 23 jan. 2017.
- MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. In_____. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: O Caso do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p.41.
- NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). **History Process of Constitutionalisation Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship**. Publication on 2006/7/13. Aavailable at SSRN 2217046, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito**

Privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**. In: **Revista Direito GV**. v. 1. n. 1. Maio. 2005, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274/34067>> Acesso em: 19 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

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

Recebido em: 22.02.2018

Revisado em: 09.03.2018

Aprovado em: 25.05.2018