

O direito alemão e sua influência no direito comparado: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

Maria Vitória Galvan MOMO*

Leonardo Castro DE BONE**

Airton Amilcar Machado MOMO***

RESUMO: A queda do modelo liberal após a constituição das sociedades de massas trouxe para o Direito diversos questionamentos acerca da comunicação entre os direitos público e privado. Uma das principais teses levantadas pelo novo pensamento jurídico é a da convergência do Direito civil ao Direito constitucional e a elevação das normas de direito privado, conhecido por movimento de constitucionalização do Direito civil. Baseado na experiência alemã, o presente trabalho fará uma análise da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, compreendendo quais são os seus limites e alcances. Assim, pretende-se explicar a medida de interferência permitida ao Estado nas relações privadas, sob a perspectiva da manutenção ou restrição da autonomia privada.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada; constitucionalização do direito civil; eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: Aspectos introdutórios; – 1. Constitucionalização do direito civil: a crise da concepção clássica; – 2. A eficácia dos direitos fundamentais no direito privado: – 2.1. Eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung*); – 2.2. Eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*); – 3. Direitos Fundamentais na relação entre particulares sob o viés de proteção da autonomia; – 4. Análise crítica e considerações finais: os valores fundamentais em jogo e a ponderação entre as teorias; – Referências bibliográficas.

TITLE: *German Law and its Influence on Comparative Law: the Effectiveness of Fundamental Rights in the Private Sphere*

ABSTRACT: *The decline of the liberal model after the establishment of mass societies brought to the law several questions about the confluence between public and private rights. One of the main theses raised by the new legal thought is the convergence of civil law with constitutional law and the raising of private rules, known as the constitutionalisation of private law. Based on German experience, this paper will analyze the effectiveness of fundamental rights in private law, by understanding their limits and scope. Thus, the purpose is to explain the measure of interference allowed to the State in private relations, from the perspective of maintaining or restricting private autonomy.*

KEYWORDS: *Private autonomy; constitutionalisation of private law; horizontal effect of fundamental rights.*

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Lisboa, com estágio de pesquisa na *Ludwig-Maximilians-Universität München* (2020/2021). Mestra em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra, com estágio de pesquisa na *Universitat de València* (2018). Advogada.

** Doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Lisboa, com estágio de pesquisa na *Ludwig-Maximilians-Universität München* (2022/2023). Mestre em Direito e Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado.

*** Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público e Combate à Corrupção e em Criminologia pela Escola da Magistratura do Tocantins. Promotor de Justiça.

CONTENTS: *Introductory aspects; – 1. Constitutionalization of civil law: the crisis of the classical conception; – 2. The effectiveness of fundamental rights in private law; – 2.1. Direct or immediate effectiveness of fundamental rights in relations between private individuals (unmittelbare Drittwirkung); – 2.2. Indirect or mediated efficacy of fundamental rights in relations between private individuals (mittelbare Drittwirkung); – 3. Fundamental rights in the relationship between private individuals under the viewpoint of protection of autonomy; – 4. Critical analysis and final considerations: the fundamental values at stake and the weighting between the theories; – Bibliographic references.*

Aspectos introdutórios

A ruptura do sistema liberal trouxe diversas transformações ao pensamento jurídico, que se desdobram em diferentes vertentes sistêmicas. Hodiernamente, os sujeitos jurídicos estabelecem relações em uma sociedade de informação, “globalizada e interligada territorial, económica e financeiramente” marcada pela “redução da autoridade soberana do Estado” e pelo alargamento de poder a determinados grupos económicos.¹

Para acompanhar as evoluções sociais e garantir a manutenção de um Estado Democrático, pautado na proteção de direitos fundamentais e fundado na premissa máxima de salvaguarda da dignidade humana, passou-se a defender a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.² É inegável a eficácia vertical dos direitos fundamentais enquanto “garantia jurídico-constitucional da liberdade individual”³ em face do poder do Estado.

Mas, quanto à vinculação de particulares em suas relações privadas, como se posicionam os ordenamentos jurídicos? Poderiam, por exemplo, sujeitos particulares, em seus contratos privados, mitigar direitos fundamentais de outrem em nome da autonomia privada⁴? É válida, por exemplo, a restrição da liberdade de expressão de jogadores de um clube esportivo? É juridicamente admissível a contratação de detetives privados para vigiar determinada pessoa? É lícito um empregador contratar ou não um funcionário por

¹ CORREIA, Fernando Alves. Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas: sinopse doutrinária e jurisprudencial. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 316.

² ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDUL, 1990, p. 29.

³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 81.

⁴ AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 4.^a tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, pp. 50-5 tece críticas acerca dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações horizontais, uma vez que a aplicabilidade desses direitos – e, por certo, as características dos direitos fundamentais, como inalienabilidade, inegociabilidade etc. – fariam com que os contratos particulares que limitem direitos fundamentais sejam nulos, o que parece majorar o conflito entre direitos fundamentais e direito privado.

questões religiosas, de gênero ou opção sexual? É legitimamente possível que uma pessoa deixe um testamento destinando os seus bens apenas a familiares de um sexo?⁵

A fim de responder os presentes questionamentos,⁶ analisar-se-á a harmonização entre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, princípio fundamental “regente das relações jurídicas privadas, (...) com amparo constitucional, [e] ramificações nos princípios constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade, da livre iniciativa económica privada, da liberdade negocial e da garantia da propriedade privada”.⁷

Sob o prisma do direito material, será analisada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a vinculação dos sujeitos particulares, nas suas relações privadas, aos direitos fundamentais.⁸ Não se discute, aqui, o fato de os preceitos constitucionais vincularem as entidades privadas, o que não há dúvidas⁹, mas em que medida os direitos fundamentais se afastam da ideia liberal de proteção do indivíduo contra as ingerências do Estado e passam a vincular os particulares nas relações privadas, uma vez que, nesse domínio, outros valores e princípios deverão ser conjugados, v.g., a liberdade contratual e a boa-fé.

Para tanto, parte-se de uma análise comparada dos sistemas alemão, português e brasileiro, uma vez que, apesar de pertencerem à família romano-germânica, encontram soluções divergentes para a eficácia dos direitos fundamentais, visível, principalmente, nas diferentes aceções defendidas em Alemanha e Portugal, onde a questão já se encontra consolidada.

⁵ Essas e outras questões foram levantadas por 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*, 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 244.

⁶ Que partem, principalmente, do questionamento de DWORKIN, Ronald, *Justiça para ouriços*, Trad. de Pero Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 229 acerca da liberdade: “Em que circunstâncias é alguém livre de agir como deseja? Será a sua liberdade comprometida apenas quando é sujeita a algum condicionalismo externo – apenas quando está presa ou trancada em algum lugar, por exemplo?”.

⁷ CORREIA, Fernando Alves. Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas Privadas, cit., p. 316.

⁸ No âmbito processual também existem implicações práticas da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, nomeadamente os meios processuais “para tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações interprivadas, assumindo destaque, neste contexto, o problema da possibilidade de o particular, via ação judicial, opor-se diretamente a eventual violação de seu direito fundamental por outro particular” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, out.-dez. 2000, p. 54-104, p. 56).

⁹ Até porque os direitos fundamentais são, nas palavras de HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trad. de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 20, “o fundamento funcional da democracia”. No mesmo sentido, ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. cit., p. 94 afirma que os direitos fundamentais configuram normas e princípios objetivos que “impõem-se hoje em todos os aspectos da vida social juridicamente relevantes, obrigando, não só o Estado, mas também a sociedade civil”.

1. Constitucionalização do direito civil: a crise da concepção clássica

Os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados foram distanciados do direito privado, durante muito tempo, pela ideia da incomunicabilidade entre direitos público e privado,¹⁰⁻¹¹ a chamada “grande dicotomia”¹² de Norberto Bobbio. A Constituição, que surgiu enquanto instrumento de limitação do poder político do Estado absolutista,¹³ consagrou os direitos fundamentais, que são garantias jurídico-constitucionais de proteção do indivíduo frente às ingerências arbitrárias do poder político¹⁴. Em sua origem, os direitos fundamentais eram tidos como direitos subjetivos públicos de defesa do cidadão em face do Estado,¹⁵⁻¹⁶ não sendo aplicáveis às relações jurídicas entre particulares, e “o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político”.¹⁷ O direito privado era considerado imune ao efeito dos direitos fundamentais.¹⁸

¹⁰ Apesar de os direitos fundamentais, desde as Constituições oitocentistas, já possuírem eficácia direta no direito privado, como exemplos: “a afirmação da igualdade de todos os indivíduos, a supressão da hereditariedade dos cargos públicos e, sobretudo, a proibição da escravatura”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

¹¹ Há um progressivo cruzamento entre as esferas públicas e privadas, entretanto, a fronteira entre elas deve prevalecer, uma vez que a invasão do Estado na sociedade e a abolição da esfera privada é justamente a característica mais marcante de um regime totalitário. Sobre isso, cf. BILBAO UBILLOS, Juan María. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 267.

¹² Expressão utilizada por Bobbio que cuida da distinção sistemática entre Direito Público e Direito Privado. Sobre o tema, cfr. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma Teoria Geral da Política*, Trad. de Marco Aurélio Nogueira, 1.^a ed., 18.^a reimpr. São Paulo: Paz e Terra, 2012, pp. 139-158.

¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista*. In: CORDEIRO, António Cordeiro; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. 5. Coimbra, 2003, p. 86.

¹⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*. In: *Direito dos contratos: Estudos*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 08

¹⁵ De forma que “todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: IBDC, 1998, p. 237).

¹⁶ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 26 explica que essa ideia surgiu na sociedade liberal, no final do séc. XVIII, em que o Estado era visto como capaz de ameaçar a liberdade individual.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, cit., p. 242.

¹⁸ CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?*. *Utrecht Law Review*, v. 3, n.º 2, dec. 2007, p. 01-25, p. 01.

Na concepção liberal,¹⁹⁻²⁰ as relações entre particulares eram reguladas pelas normas de direito privado e tinham como pilar fundamental a autonomia privada, isto é, a “ordenação espontânea dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência”.²¹ O espaço privado era visto “como lugar jurídico do exercício de plena liberdade individual, sem intervenção estatal”.²² Nessa perspectiva, fixar limites constitucionais às relações entre particulares acarretaria a mitigação da autonomia privada e da liberdade conferida aos particulares para a regulação de seus interesses.²³ Apesar de já superada, essa concepção inicial de autonomia e incomunicabilidade do Direito privado, com a consolidação de códigos civis fortes, foi essencial para o desenvolvimento da autorregulação dos interesses entre particulares.

As relações privadas não eram vinculadas aos princípios e normas do Direito público pois partia-se da premissa que entre particulares existia uma relação de igualdade. Esse entendimento, entretanto, foi absorvido pelo modelo econômico criado pelas sociedades de massa, uma vez que a nova realidade era marcada pelo desequilíbrio contratual advindo da relação entre particulares que ocupavam lugares distintos no plano econômico. Nessas relações, não raras vezes se encontrava a “imposição prática de normas de conduta lesivas da dignidade do homem”²⁴ em face do contraente mais débil – econômica ou informativamente.

Outrossim, passou a ser levantado pela doutrina que “a proteção dos direitos fundamentais contra o Estado conduz inevitavelmente a protegê-los também nas relações entre particulares”, pois “a ameaça que o Estado faz pesar sobre o exercício daqueles direitos não é senão um aspecto particular de um fenómeno mais geral: a

¹⁹ A ideia de direitos subjetivos públicos surgiu no Estado liberal de Direito, na segunda metade do século XIX na Alemanha, “a partir de premisas ideológicas pre-democráticas y decididamente individualistas” que propagou um regime a serviço dos interesses da burguesia. Cf. BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 263.

²⁰ Acerca da teoria liberal dos direitos fundamentais Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. De Juan Luis Requero Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, 1993, pp. 48 e ss.

²¹ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 24.

²² FACHIN, Luiz Edson; 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*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83 afirma que “Na primeira parte do século, afirmava -se que o Código Civil era a Constituição do direito privado. De fato, a divisão era clara; de um lado, o direito privado, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, e a questão central, a autonomia da vontade; de outro, o direito público, em que os atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais. Ao longo do século, todavia, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado”.

²⁴ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 26.

ameaça que o indivíduo ou o grupo detentor de poder faz pesar sobre a liberdade daquele que não o tem”²⁵ – que hoje representa a base do pensamento da eficácia mediata pelos deveres de proteção do Estado.

Com a ascensão de determinados entes privados no novo modelo econômico, a concepção liberal perdeu apoio. Percebeu-se que não se está perante uma sociedade de homens iguais, sendo os poderes sociais passíveis de se tornar ainda mais opressores que o próprio Estado.²⁶ “[A] desigualdade constitui a própria malha de que são feitas as sociedades da era post-industrial, à medida que tal acontece, revela-se a necessidade de estender a protecção dos direitos individuais às próprias relações jurídicas de direito privado”.²⁷

O Direito alemão foi o primeiro a defender a ideia de convergência entre direito público e direito privado e o efeito horizontal dos direitos fundamentais no direito privado, ainda nos anos 50 e 60.²⁸ A discussão ganhou grande repercussão apenas no início dos anos 90, com a consolidação do tema pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.²⁹ O movimento que se iniciou em 1950 ficou conhecido por constitucionalização da ordem jurídica e defendia a supremacia da Constituição através do “fortalecimento dos mecanismos do controle judicial de constitucionalidade e criação de Cortes constitucionais”.³⁰⁻³¹ No presente trabalho será abordada a questão da constitucionalização do direito civil³² – e civilização do direito constitucional.³³

²⁵ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 24.

²⁶ SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 66.

²⁷ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 26.

²⁸ Apesar de a questão ter sido levantada em outros países, como lembra AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 19, ao referir a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Shelley v. Kraemer*, de 1948. Acerca da evolução do direito privado na Alemanha, cfr. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cívitas, 1995, pp. 33-45.

²⁹ Apesar de em 1958 o Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso *Lüth*, já ter reconhecido a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (e não apenas entre o cidadão e o Estado). Sobre o caso *Lüth*, cf. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, 2.^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, pp. 254 e ss.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, a. 4, jul.-set. 2017, p. 63-88, p. 64.

³¹ Adotando a concepção de RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, cit., pp. 181-187 e 214-215, que define constitucionalização do direito como a elevação de normas ordinárias a texto constitucional e não como supremacia da constituição às demais normas jurídica.

³² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*, cit., pp. 14-15.

³³ Na doutrina reconhece-se o movimento de privatização do direito público, que opera no sentido de abertura do Estado à utilização de institutos jurídicos do direito privado no estabelecimento de relações negociais com particulares – e a diminuição de instrumentos autoritários e impositivos. A esse respeito, cf. NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In:

Com a consagração da ideia, em diversos ordenamentos jurídicos, de que direitos fundamentais e direito privado não existem isoladamente,³⁴ e que “a liberdade humana pode tornar-se menoscabada ou ameaçada não só pelo Estado mas também dentro de relações jurídicas privadas”,³⁵ houve a diluição das fronteiras entre público e privado³⁶ e a consequente necessidade de determinar como se dá a influência dos direitos fundamentais na legislação de direito privado e de que forma estão os particulares vinculados à observância de direitos fundamentais. Consolidou-se a ideia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos por toda ordem jurídica, em maior ou menor medida, vinculando entidades públicas e privadas.³⁷

A partir desse movimento, o direito deixou de tutelar questões meramente patrimoniais – houve a despatrimonialização do direito civil – e passou a ser visto como “instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de garantia da dignidade humana, de combate ao abuso de poder econômico e combate a toda a atuação que seja contrária à boa-fé”.³⁸ Da constitucionalização (e repersonalização) do direito civil “decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais (...) o princípio da dignidade da pessoa humana”.³⁹ A pessoa passou a ser a protagonista do fenômeno jurídico-social propiciando a nova concepção humanista acerca da pessoa e da dignidade humana.⁴⁰

As teorias sobre a eficácia horizontal⁴¹ dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas privadas se deflagraram na Alemanha em 1949, com a Lei Fundamental

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

³⁴ Nesses termos, deixa-se de discutir a existência de convergência entre os direitos e passa-se a debater em que medida ocorre o impacto dos direitos fundamentais nas relações privadas. Com relação a isso, cf. CHEREDNYCHENKO, Olha O. Fundamental rights and private law, cit., p. 02.

³⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

³⁶ Termo utilizado por FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil, cit., p. 105.

³⁷ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, In: RAMOS, Paulo Roberto Ramos; RAMOS, Edith Maria Ramos; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (Orgs.). *O direito no século xxi: estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008, p. 11.

³⁸ NETO, Eugênio Facchini. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, cit., pp. 70-71.

³⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁰ Acerca dessa ideia, e para maior desenvolvimento da aproximação da dignidade humana ao Estado de Direito, cf. CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada*. Curitiba: Juruá, 2017, pp. 139-205.

⁴¹ A respeito da distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado, SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 55 afirma que existe eficácia vertical “sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, em última análise, sempre que estivermos falando da vinculação do legislador privado, mas também dos órgãos

de Bonn⁴² e o desenvolvimento da doutrina do *Drittwirkung* (eficácia perante terceiros⁴³). A expressão estrangeira representa a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil, e analisa “sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados”.⁴⁴

No sistema alemão, a *Drittwirkung* se liga ao problema “da irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais para a ordem jurídica civil”, e, por isso, também ficou conhecida como a vigência horizontal ou a eficácia externa dos direitos fundamentais, ou a privatização de direitos fundamentais.⁴⁵ No sistema norte-americano o problema foi identificado como *State Action* e reconduzido à questão de saber se um ato lesivo a direitos e princípios constitucionais, tomado por uma pessoa privada, pode ser imputado ao Estado, isto é, “se um comportamento privado poderá ter a qualidade ou qualificação de *State Action*”.⁴⁶

No Direito brasileiro a distinção entre direito público e direito privado foi objeto de debate a partir do século XIX, consolidando-se no ordenamento jurídico apenas no início do século XX, com os trabalhos sobre a elaboração do Código Civil,⁴⁷ que foi promulgado em 1916. O Direito brasileiro insere a dignidade humana como um princípio fundamental da ordem constitucional e reforça os direitos fundamentais no regime jurídico de 88. O Brasil vive um cenário econômico caracterizado por significativos déficits de eficácia social marcados pela “desigualdade social, econômica e cultural e poder dos grandes atores econômicos, o que acentua a necessidade de compensar os desníveis de poder”.⁴⁸ Assim, não se questiona se os direitos fundamentais podem ter eficácia no Direito privado, mas a medida de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, conforme segue.

do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito Privado e a solução dos conflitos entre particulares”.

⁴² Apesar da teoria derivar da Constituição de Weimar, de 1919, a discussão ganhou maior força após a Lei Fundamental de Bonn, e foi trazida pela jurisprudência pela primeira vez em 1958, com o caso Luth julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre isso, cf. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cit., p. 12.

⁴³ Ibidem, p. 11.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil?*, cit., p. 109.

⁴⁵ Ibidem, pp. 109-110.

⁴⁶ Ibidem, p. 110.

⁴⁷ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, cit., pp. 86 e ss.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro, cit., p. 74.

2. A eficácia dos direitos fundamentais no direito privado

A problemática da eficácia horizontal (*Horizontal Wirkung*) dos direitos fundamentais, no plano material, está em saber até que ponto estão os particulares sujeitos à observância de direitos fundamentais e em que medida poderá um deles opor direito fundamental do qual é titular quando todos os sujeitos privados envolvidos são titulares de direitos fundamentais. “O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações Inter privadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do direito civil”.⁴⁹ Diz-se horizontal⁵⁰ por tratar de sujeitos particulares, em que se presume que as partes estão em tendencial igualdade.⁵¹

O Estado está obrigado a observar direitos fundamentais, sendo vedada qualquer discriminação em razão de sexo, idade, raça e religião. A questão posta, nestes termos, é em que medida estarão os particulares, e as entidades privadas, vinculados ao dever de observar direitos fundamentais nas suas relações jurídicas?⁵²

Quatro grandes orientações doutrinárias surgiram para explicar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: 1) Tese da Recusa de Eficácia; 2) Tese da Eficácia Indireta; 3) Tese dos Deveres de Proteção; 4) Tese da Eficácia Direta.

A Teoria da Recusa da Eficácia, defendida na Alemanha por Ernst Forsthoff, afirma que a “Lei Fundamental não poderia ser um ‘supermercado para satisfação de todos os desejos’ e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas implicaria a própria dissolução da Constituição”.⁵³ Com algumas ressalvas, é a base da

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil, cit., p. 105.

⁵⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 265 tece críticas quanto à expressão horizontal por, em determinados casos, a relação entre a pessoa que exerce uma autoridade privada e a pessoa que se submete a ela não é precisamente horizontal.

⁵¹ Apesar de, não raras vezes, as relações entre particulares serem “cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social” que “não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre os atores sociais e uma verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre os particulares e o Estado” (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23).

⁵² A esse respeito, MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais, cit., p. 238 levanta determinados questionamentos: 1) Poderia uma escola religiosa dar preferência à contratação de professores que adotem a mesma religião, ou rescindir o contrato de um casal de professores que vivem maritalmente sem a celebração do matrimônio? 2) Poderia uma empresa privada privilegiar a contratação de determinadas pessoas que, por exemplo, são adeptas a uma dada concepção filosófico-social ou seria uma infração do princípio da igualdade? 3) É possível haver uma cláusula testamentária que privilegie herdeiros do sexo masculino? 4) Quais seriam os limites da responsabilidade do Poder Público por alguém, em razão de sua raça ou cor, deixar de ser atendido em um restaurante administrado sob o regime de autorização ou permissão?

⁵³ CORREIA, Fernando Alves. Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas, cit., p. 318.

*State Action*⁵⁴ norte-americana,⁵⁵ que se auto assume como a tese de recusa. Com relação a essa teoria “parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é inaceitável”,⁵⁶ pois, independente da teoria que se acolha, não se pode negar a importância da discussão acerca da vinculatividade dos particulares aos direitos fundamentais.

No presente trabalho, serão analisadas com maior rigor as teses da eficácia direta e indireta, defendidas nos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e alemão, abordando-se subsidiariamente algumas questões de maior relevância acerca da tese dos deveres de proteção.

2.1. Eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung*)

A teoria da eficácia direta, também designada como teoria monista, foi desenvolvida por Hans Carl Nipperdey, presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, em 1950, com base na Lei Fundamental de Bonn. Nipperdey analisou a diferença de poder entre as partes no contrato de trabalho, defendendo que determinados direitos fundamentais poderiam ser invocados também nas relações privadas, independentemente de mediação pelo legislador.⁵⁷ Para seus defensores, “os direitos fundamentais assumem a feição de verdadeiros princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, pelo que, em face desta sua feição, os seus efeitos irradiam para todas as áreas do Direito”.⁵⁸

Nipperdey defendia que deveriam ser aplicados os direitos fundamentais diretamente em relações privadas em que se verificasse uma situação de real poder de um particular sobre o outro, equiparável à supremacia do Estado, ou nas relações com entidades privadas que constituem verdadeiros poderes sociais.⁵⁹ Isso porque, na sociedade do século XX, o perigo para os direitos fundamentais não vinha apenas do Estado, “mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e económico, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias

⁵⁴ Para maior desenvolvimento da teoria, cf. BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., pp. 277-279.

⁵⁵ Desde os finais do século XX a jurisprudência norte-americana tem atenuado a *State Action* sob o argumento da *Public Function Theory*, de forma a admitir a vinculação das entidades privadas aos direitos e liberdades fundamentais. Para um maior desenvolvimento, cf. CORREIA, Fernando Alves. Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas, cit., pp. 318-319.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 72.

⁵⁷ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cit., p. 14.

⁵⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas Privadas*, cit., p. 319.

⁵⁹ Conforme explica ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 36.

maneiras e que é capaz de afectar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade”.⁶⁰

Essa ideia parte da perspectiva de que o Estado constitucional “*no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque, en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles*”.⁶¹ O mesmo não se aplicaria nas situações entre indivíduos iguais, em que prevaleceria a autonomia privada.

A unidade na ordem jurídica, por esse prisma, analisa a dialética liberdade-poder, de tal forma que não importa se o poder é político ou de uma entidade privada dominante, “os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto, enquanto tais”.⁶² Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não precisam ser previstos em normas de direito privado, “antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado”.⁶³ Considera-se, portanto, a liberdade individual indivisível, de modo que não pode se “protegida face ao Estado e ser deixada abandonada face às violações dos particulares”.⁶⁴

Em um primeiro momento, apesar de não ser o atual posicionamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, a teoria da eficácia direta ganhou apoio do Tribunal Superior do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*), que em famosas decisões em 1954 e 1957⁶⁵ passou a entender que os direitos fundamentais também se destinavam a estabelecer as bases essenciais da vida social, tendo aplicação direta nas relações privadas,⁶⁶ de forma que “os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem pública”.⁶⁷

⁶⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 245.

⁶¹ VEGA GARCIA, Pedro de. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 6, 1994, p. 41-56, p. 48.

⁶² MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 371.

⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 4.ª reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 53.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit. p. 80.

⁶⁵ CORREIA, Fernando Alves. direitos fundamentais e relações jurídicas privadas, cit., p. 317.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 246.

⁶⁷ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 108.

No famoso caso Lüth o Tribunal Constitucional promoveu a força vinculante dos direitos fundamentais, que deve reger todos os âmbitos do Direito, incluindo o Direito Civil.⁶⁸ “*Con esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha abierto ampliamente el Derecho Privado a la influencia del Derecho Constitucional*”,⁶⁹ trazendo benefícios e custos ao Estado alemão. Apesar de inicialmente defendido pelos Tribunais, não é o entendimento atual defendido na Alemanha.

Em contrapartida, a teoria da eficácia direta ganhou força em diversos ordenamentos jurídicos, como Portugal, Espanha, Itália e Brasil. Prevaleceu, portanto, a ideia de que os direitos fundamentais “não têm já como exclusivo inimigo o Estado”,⁷⁰ mas, ao contrário, os poderes privados muitas vezes podem representar ameaças mais gravosas aos direitos fundamentais, não sendo necessária “nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados”.⁷¹

Na Espanha,⁷² o n.º 1 do artigo 53.º da Constituição determina que “*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*” e a doutrina entende pela aplicação direta também nas relações entre privados.⁷³ Na Itália, a doutrina conjuga os artigos 2.º da Constituição, que determina que “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*” e 54.º, “*Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*”, para reconhecer a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais. Assim, prescreve o n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos

⁶⁸ Sobre o caso, cf. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., pp. 57-58.

⁶⁹ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 59.

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 80.

⁷¹ AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 86.

⁷² Artículo 9,1 de la Constitución Española: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Apesar de a Constituição Espanhola dar margem à interpretação divergente (conferir artigos 41,2 e 53,1), PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 8.ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, p. 314 entende que a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre privados é fruto de dois argumentos básicos: no plano teórico, a necessidade de coerência interna do ordenamento jurídico e observância do princípio da segurança jurídica, e, no plano político, a aceção de que as ameaças às liberdades individuais podem surgir também nas relações privadas e, por muitas vezes, de forma muito mais agressiva que nas relações com o próprio Estado.

⁷³ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 277 afirma que “*lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente*”.

direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Para Vieira de Andrade, entretanto, esse dispositivo não é o suficiente para a resolução do problema (da eficácia direta ou indireta), pois, apesar de afirmar que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não estabelece que “a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades públicas”.⁷⁴

Esse preceito da norma jurídica portuguesa adota a multifuncionalidade dos direitos fundamentais ao compreender, “além da tradicional dimensão (subjéctiva/negativa) de defesa contra o poder público”, a “vinculação intersubjectiva privada”.⁷⁵ Em que pese maior parte da doutrina⁷⁶ considerar que a norma do artigo 18.º confere a eficácia directa dos direitos fundamentais nas relações privadas, há quem sustente posicionamento diverso.⁷⁷ Canotilho, por exemplo, propõe uma terceira via, uma solução diferenciada que, levando em consideração as especificidades tanto dos direitos fundamentais quanto da autonomia privada, busca harmonizar as divergências entre as teorias da eficácia directa e indirecta.⁷⁸

Para Vieira de Andrade, diferente dos casos em que há relações privadas de poder⁷⁹, nas relações entre sujeitos iguais não devem os particulares ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Para o autor, isso não significa que “os particulares possam impudentemente violar os direitos fundamentais dos outros indivíduos”,⁸⁰ pois são princípios de valor objectivo que devem valer nas relações privadas. “[A] autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico”.⁸¹ Assim, o

⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 249.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, v. 1., 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 233.

⁷⁶ Ibidem, p. 99.

⁷⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., 2.ª reimp. Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 72-79 e NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 77, apesar de sustentarem, entre si, posicionamentos divergentes. Carlos Mota Pinto sustenta a teoria da eficácia directa, na medida em que apenas “em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecedora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 72-79 e NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 75). O posicionamento de Jorge Reis Novais, em defesa da teoria dos deveres de protecção, será abordado mais à frente.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1289-1294.

⁷⁹ Para o autor, “quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio económico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros”. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 261.

⁸⁰ Ibidem, p. 254.

⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 255.

que o autor propõe é a análise diferenciada dos entes particulares que exercem efetiva relação de poder das relações entre iguais, havendo aplicação do princípio da igualdade.⁸²

A respeito da crítica da doutrina portuguesa à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, Benedita Mac Crorie⁸³ afirma que deve haver uma vinculação direta *prima facie*⁸⁴ dos particulares aos direitos fundamentais, apesar de concordar que a vinculação imediata não implica em uma equiparação total entre pessoas públicas e privadas. Adotar a eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais significa que, em princípio, “podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação a atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal”. Para tanto, devem ser analisadas “as peculiaridades de cada direito fundamental e de seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (...) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada”.⁸⁵

No Brasil, o §1.º do artigo 5.º prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Daniel Sarmento defende a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, uma vez que, para o autor, “negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigiar a ideia da Constituição como norma jurídica, tornando-a dependente da incerta boa-vontade do legislador ordinário”.⁸⁶

⁸² Posicionamento semelhante é defendido por ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 102.

⁸³ CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares: algumas notas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 147.

⁸⁴ Em igual posicionamento no Brasil, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado*, cit., p. 27.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 105.

Esse é o posicionamento majoritário na doutrina brasileira⁸⁷⁻⁸⁸, apesar de haver quem sustente a eficácia indireta, como Otavio Luiz Rodrigues Junior.⁸⁹⁻⁹⁰ Em crítica à interpretação do artigo 5º, §1º da CF, Virgílio Afonso afirma que “não se pode confundir a aptidão para produzir efeitos (i.e., a eficácia) com os próprios efeitos, especialmente com a forma como esses efeitos se irradiam e em que tipo de relação isso ocorre”.⁹¹ Para o autor, “[o] texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicação imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já. Mas a prescrição constitucional (...) não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos”.⁹²

O principal argumento em defesa da eficácia direta parte do pressuposto de que o “Estado não é o único inimigo das liberdades”⁹³ e que o princípio da dignidade humana⁹⁴ deve proteger o indivíduo em qualquer circunstância, de forma que “seria absurdo admitir que a mesma pessoa, apesar de constituir uma unidade autônoma, de ser simultaneamente indivíduo e cidadão, pudesse ser livre perante o Estado, não o sendo em sociedade, isto é, nas relações com os seus semelhantes”.⁹⁵

⁸⁷ Cf. dentre outros SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais*, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro, cit., p. 77; MATTIETTO, Leonardo. O direito civil e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 167.

⁸⁸ Apesar de RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, cit., pp. 296-303 distinguir o modelo brasileiro entre eficácia direta fraca e forte.

⁸⁹ Que desde 2011 em artigo publicado, sustentava a eficácia indireta. Cf. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, n.º 143, 2011, p. 43-66, p. 43-66. Atualmente o autor defende o modelo fraco de eficácia indireta, que une a legislação privada com uma dogmática forte, de modo que “[o] controlador das portas de entrada dos direitos fundamentais para o direito ordinário é um elemento essencial para mitigar a “colonização” (ou a “inundação”) deste último por aqueles. Ainda que o controlador falhe – e é muito provável que isso ocorra – os diques de contenção exteriorizam-se em uma dogmática forte, capaz de emitir respostas coerentes e de criticar os excessos de uma sobreconstitucionalização” - RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, cit., p. 358.

⁹⁰ No mesmo sentido, AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 147 afirma que os efeitos dos direitos fundamentais chegam nas relações particulares por meio do direito privado (de forma indireta). Assim, o direito privado deve servir “de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo como base os princípios constitucionais”.

⁹¹ AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 55.

⁹² Ibidem, p. 57-58.

⁹³ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 25.

⁹⁴ Para SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 113 “O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigido quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade”.

⁹⁵ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 27.

Em contrapartida, a principal crítica a essa teoria se dá no âmbito da autonomia privada, uma vez que a eficácia imediata pode suprimir o princípio da autonomia da vontade,⁹⁶ “alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo”.⁹⁷ O alargamento da eficácia dos direitos fundamentais aos particulares resultaria “em um aumento intolerável do poder do Estado, que, para fiscalizar os ‘deveres’ dos indivíduos, invadiria toda a esfera da autonomia pessoal dos mesmos”.⁹⁸ Além disso, por se tratar de particulares – e não Estado-cidadão – os sujeitos das relações privadas reclamam, em princípio, a mesma proteção.⁹⁹

Dentre as preocupações dos defensores da teoria contrária, ressalta-se o temor que a aplicação direta da Constituição gere, nas relações privadas, um ativismo judicial exagerado, levando-se em consideração “a maior vagueza das normas constitucionais em relação às regras clássicas do Direito Civil. Essa indeterminação das normas constitucionais seria prejudicial ao tráfico econômico, pois aumentaria a dose de insegurança na aplicação do direito para além dos limites toleráveis”.¹⁰⁰

Jorge Reis Novais afirma que o argumento em que se funda a tese da eficácia direta está correta, “mas o desenvolvimento dogmático por onde se envereda é que já é meio discutível”. Para o autor, se reconhece a “multidimensionalidade das ameaças que impedem sobre a liberdade e autonomia individuais e a necessidade de as defender contra essas ameaças, mas extrapola-se quando se pretende que a via para o fazer é o recurso à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais”.¹⁰¹

2.2. Eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*)

A teoria criada por Günter Dürig, adotada majoritariamente na Alemanha, defende que nas relações entre entes privados deve prevalecer o princípio constitucional da liberdade, uma vez que os direitos fundamentais são, como regra, direitos de defesa em face do

⁹⁶ Contra esse fundamento, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Carlos Bernal Pulido, 2.^a ed., 1. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 479-480

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 246.

⁹⁸ ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 37.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 248 afirma que “as controvérsias entre particulares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário. Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assuma relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários, como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional”.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., pp. 103-104.

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 80.

Estado – e a sua aplicação nas relações entre particulares poderia converter o direito privado em mero direito constitucional concretizado.¹⁰²

A submissão dos particulares às mesmas limitações impostas ao Estado, nessa concepção, acarretaria a inversão de direitos em deveres, de forma a prejudicar o princípio jurídico-constitucional da liberdade,¹⁰³ porque “desse alargamento do âmbito de validade dos direitos fundamentais resultaria um aumento intolerável do poder do Estado, que, naturalmente erigido em fiscal dos ‘deveres’ dos indivíduos, invadiria todo o domínio da actividade privada, destruindo a sua autonomia”.¹⁰⁴

Dürig sustentava que o Estado era o único sujeito passivo dos direitos fundamentais, e enquanto sujeito passivo deveria protegê-los em todas as relações, inclusive entre os particulares.¹⁰⁵ Assim, a ideia de que a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada se daria de forma indireta, isto é, “*condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado*”.¹⁰⁶ Dessa forma, o legislador deveria prever a proteção de direitos fundamentais em normas jurídicas privadas¹⁰⁷ e, na sua ausência, caberia ao julgador a interpretação das lacunas, realizando a recepção dos direitos fundamentais em normas privadas.

Segundo essa ótica, os direitos fundamentais poderiam ser protegidos através de cláusulas gerais (v.g., boa-fé, bons costumes, ordem pública), que possuem previsão normativa no Código Civil.¹⁰⁸ Através de normas concretas do direito privado, nessa perspectiva, se preservaria a segurança jurídica. Por meio dessa solução, é possível harmonizar a proteção de direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada.

¹⁰² Conforme explicado por FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cit., pp. 12-13.

¹⁰³ Vale dizer, “que, nas relações contratuais, os direitos fundamentais, que nas relações indivíduo/Estado são aplicados diretamente, poderiam ser relativizados em favor de um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual” AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., pp. 75-76.

¹⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 245, nota 11.

¹⁰⁵ Cf. Apontamentos de ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 38.

¹⁰⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., pp. 270-271.

¹⁰⁷ Os defensores dessa teoria, como bem lembra SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 104, afirmavam que “o papel de concretização destas normas constitucionais mais abertas numa sociedade democrática deve competir, primariamente, ao legislador eleito, e não ao juiz”.

¹⁰⁸ VEGA GARCIA, Pedro de. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad, cit., p. 48, a respeito desse conceito, afirma que as cláusulas gerais não são “*normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas*”.

Os defensores da teoria indireta afirmam que o legislador, como regra, está vinculado à proteção de direitos fundamentais, sendo competente para “fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações ou restrições”, atendo-se às normas constitucionais e aos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), atuando com base no princípio de proteção do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*) e ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*).¹⁰⁹

A defesa de direitos fundamentais enquanto elementos da ordem jurídica objetiva, implica a ideia de que o legislador está obrigado a concretizá-los também nas relações privadas, “evitando que os valores básicos protegidos por esses direitos possam de alguma forma ser afetados por entidades ou pessoas que não estejam submetidas diretamente ao regime de direitos fundamentais”.¹¹⁰ Assim, o Estado, que tem a função de proteger os direitos fundamentais, inclusive frente à sua afetação por terceiros, exerce o seu dever através do legislador. E “só ali onde o legislador não cumpra ou não possa cumprir esse encargo, há margens nas decisões judicial para uma eficácia mediata em relação a terceiros”.¹¹¹

Por meio desse entendimento, defende-se que só é possível conciliar os direitos fundamentais e o direito privado através da “influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado”,¹¹² cabendo, portanto, ao legislador o dever de concretizar os direitos fundamentais.¹¹³ Assim, através da sua previsão em normas de Direito civil “podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas as suas vidas jurídico-privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou sobre as cláusulas gerais privatísticas podem os correspondentes conceitos tornar-se operativos”.¹¹⁴

A Corte Constitucional alemã se posiciona no sentido de que “a função dos direitos fundamentais, enquanto elementos de uma ordem objetiva, impõe tão-somente a preservação de um *standard* mínimo de liberdade individual”, mas não “uma redução

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., pp. 239-240.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 240.

¹¹¹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, cit., p. 62.

¹¹² AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 76.

¹¹³ Em crítica a esse posicionamento, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 105 afirma que “numa Constituição aberta e democrática, nem tudo se encontra de antemão decidido e subtraído do poder de disposição das instâncias legislativas eleitas pelo povo. Se é verdade que a Constituição converteu-se no centro de gravidade do Direito Privado, não é menos certo que ela não pretende desempenhar papel semelhante ao dos códigos do passado, disciplinando de forma exaustiva as condutas humanas em sociedade”.

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, cit., p. 371.

generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo. Se o direito privado deixa maior liberdade do que os direitos fundamentais, não deve a liberdade ser restringida mediante uma vinculação a esses direitos”.¹¹⁵⁻¹¹⁶ Assim, se admite “uma eficácia mediata frente a terceiros, partindo-se da base que o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como norma objetiva se desdobra no Direito privado mediante preceitos diretamente reguladores, especialmente as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados”.¹¹⁷

Em defesa da eficácia indireta, entende-se que “superpor o Direito Constitucional ao Direito Privado pode comportar sensível restrição da autonomia privada e, por isso, uma considerável limitação da liberdade responsável modificando de forma essencial, portanto, a natureza e o significado do Direito Privado”, de forma que “[a] vantagem de uma ampla validade e efetividade dos direitos fundamentais paga o preço de uma certa insegurança jurídica e de perda de autonomia do Direito Privado”.¹¹⁸

A principal crítica a essa tese está na sua inaptidão para resolver os casos em que a liberdade individual, e a própria autonomia privada, sofre agressões providas de outros particulares,¹¹⁹ principalmente por entidades privadas que exercem poder semelhante à administração pública. Bilbao Ubillos vai além, e afirma que, em realidade, a teoria da eficácia indireta acaba por negar a eficácia vinculante dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, “*al interponerse necesariamente la ley o la cláusula general, lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho privado*”.¹²⁰

Por fim, faz-se necessário distinguir a teoria da eficácia indireta da tese dos deveres de proteção, pois apesar de possuírem uma raiz comum “divergem significativamente em termos de construção e, sobretudo, de resultados”.¹²¹ A segunda teoria defende que os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigem-se *prima facie* às relações entre os particulares e os poderes públicos, “mas estes, para além do dever de respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 251.

¹¹⁶ p. 67 a respeito dos direitos fundamentais afirma que: “*Sólo si se mantiene su influencia sobre el Derecho Privado en las fronteras así marcadas cabe evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de una inflación de los derechos fundamentales, con la cual el Derecho Privado tendría poco que ganar, y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder*”.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 61.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 62.

¹¹⁹ Para maior desenvolvimento, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria, cit., p. 76.

¹²⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 275.

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria, cit., p. 72.

a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares”.¹²²

A teoria dos deveres de proteção “acaba por se reconduzir a uma vinculação das entidades públicas, pois é aos poderes públicos que cabe o dever de proteger os direitos fundamentais contra quaisquer ameaças, ainda que essas ameaças resultem da atividade de outros particulares”.¹²³ Por meio desta tese, a obrigação de proteger os direitos fundamentais impende sobre todos os órgãos do Estado de tal forma que “na ausência de lei ou de cláusula geral aplicável – ou, em situações extremas, até mesmo contra lei –, o juiz está igualmente obrigado pelos deveres de protecção dos direitos fundamentais”, podendo intervir nas situações entre particulares sempre que esteja em claro défice de proteção.¹²⁴

Quando não há lei ordinária aplicável, assim como a teoria da eficácia mediata, a tese dos deveres de proteção recusa a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações com outros particulares. Entretanto, distancia-se daquela na medida em que sustenta que mesmo na ausência de lei ou de cláusula geral, os direitos fundamentais projetam efeitos jurídicos sobre as relações privadas, “não enquanto direitos subjectivos oponíveis a outros particulares, mas mediante através do reconhecimento de uma dimensão objectiva dos direitos fundamentais”, ou seja, do dever de proteção do Estado. Assim, decorrem para todos os poderes do Estado “especiais deveres de protecção que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a protecção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares”.¹²⁵

Dessa forma, a teoria do dever de proteção é mais abrangente que a tese da aplicabilidade mediata, pois alarga “a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (...) a obrigação de valerem efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte das entidades privadas”.¹²⁶ É o dever de proteção formulado negativamente como princípio de proibição do défice.

¹²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 247.

¹²³ CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares, cit., p. 147.

¹²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 74

¹²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 75.

¹²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., p. 248.

3. Direitos fundamentais na relação entre particulares sob o viés de proteção da autonomia

A grande questão a respeito da proteção da autonomia privada, no que tange à eficácia direta dos direitos fundamentais, insere-se na discussão doutrinária de inclusão do direito privado como instrumento subordinado ou complementar aos direitos fundamentais.¹²⁷ Isto é, se os direitos fundamentais controlam totalmente o direito privado e enfraquecem a sua capacidade de regular as relações entre particulares ou, ao contrário, se apesar de os direitos fundamentais terem uma posição elevada na hierarquia das normas, eles não substituem o direito privado, que permanece a regular as relações entre particulares, preservando a sua autonomia.¹²⁸

A proteção da autonomia privada e a limitação da intervenção do Estado nas relações privadas é “um dos pontos nevrálgicos do Direito Privado”.¹²⁹ Larenz afirma, inclusive, que a capacidade de tomar decisões e se responsabilizar por si mesmo representa o personalismo ético que eleva o respeito à dignidade pessoal de cada ser humano à categoria de imperativo moral supremo,¹³⁰ ligando, assim, a autonomia à dignidade. Enquanto Hesse afirma que apenas os homens livres pensam, julgam e atuam por si mesmo, características essenciais para o desenvolvimento social.¹³¹

O Código Napoleônico de 1804 marca o auge da autonomia privada, uma vez que fixa o Estado como guardião das instituições para garantir as liberdades individuais de tal forma que o papel das leis era o de limitar e reconhecer os atos dos particulares,

¹²⁷ Sobre o movimento de aproximação entre direitos público e privado no Brasil, cf. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, cit., pp 85-90.

¹²⁸ CHEREDNYCHENKO, Olha O. Fundamental rights and private law, cit., p. 03 afirma que na teoria da complementariedade dos direitos fundamentais, defende-se que “*Private parties are not bound by fundamental rights, and their relationships are formally and substantially governed by the norms of private law*”.

¹²⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)* – uma análise histórica e cultural. Tese de Livre Docência, Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, pp. 294-295.

¹³⁰ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoreales de Derecho Reunidas, 1978, p. 58.

¹³¹ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., pp. 87-88 afirma que “*El hombre como persona libre, autodeterminada y responsable sólo puede existir donde el ordenamiento jurídico abre posibilidades para la autonomía del pensamiento y de la acción. Justo eso es una, si no la esencial función del Derecho Privado, que así aparece como condición fundamental del orden constitucional. Ello rige para la vida personal de los hombres. Rige para ellos como ciudadanos de una democracia liberal; puesto que quien no es capaz de decidir sobre sus asuntos o no esta dispuesto a ello y quien no debe responder de sus propias acciones difícilmente podrá cogerse adecuada y responsablemente los asuntos de transcendencia general*”.

interpretar as partes obscuras e sancionar seu incumprimento¹³². Como consequência, a vontade foi considerada como suprema fonte de todos os efeitos jurídicos e o principal suporte das relações sociais.¹³³ Atualmente considera-se que as manifestações de vontade devem cumprir uma função social e só são válidas se observarem os limites impostos pela norma.¹³⁴

A liberdade contratual no direito privado permite que os particulares autorregulem os seus interesses, sendo livres para, na convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer relações jurídicas, optando por celebrar ou não um contrato, de acordo com a sua manifestação de vontade, fixando livremente o seu conteúdo¹³⁵. Os particulares, assim, têm reconhecida pelo ordenamento “a faculdade de livremente conformarem as suas relações através de negócios jurídicos”.¹³⁶ O negócio é a “afirmação da liberdade da pessoa” e o “efeito jurídico da vontade livre”.¹³⁷

O sistema privado, na sua concepção inicial, ligava a liberdade contratual e a autonomia privada ao direito de propriedade,¹³⁸ que formavam “o centro de gravidade do sistema privado”.¹³⁹ Com a publicização do direito civil, a ideia de proteção da propriedade passou a abranger outras relações sociais. Hodiernamente a autonomia da vontade constitui o pilar das relações privadas e a segurança jurídica dos cidadãos face às

¹³² SEGURA, Lorena del Pilar. Alcances de la confianza legítima en el derecho privado colombiano. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, n.º 3, 2015, Disponível em: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/>, p. 327.

¹³³ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*: contendo a doutrina do direito e a doutrina dos costumes, Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, pp. 62-63. Para o autor, a vontade é faculdade do desejo cujo fundamento determinante se encontra na razão. Para o autor, a vontade não se liga à ação – como faz a escolha – mas ao fundamento que determina a escolha que leva à ação. A vontade, enquanto manifestação individual do desejo que leva à ação, é essencial para a autonomia do homem, exercida, no Direito Privado, principalmente através do contrato. Ibidem, p. 116 define o contrato como “o ato da escolha de duas pessoas”, isto é, a manifestação da vontade comum através da escolha, que leva à constituição do negócio jurídico.

¹³⁴ Sob pena de corporações privadas alcançarem posição de dominação “sobretudo por meio de concentração financeira, que lhes confere um tal poder de decisão nas suas relações com os indivíduos que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares” AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., pp. 52-53.

¹³⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 7.ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 62.

¹³⁶ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 325.

¹³⁷ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11.

¹³⁸ Desde o pensamento jurídico-político oitocentista, liberdade e propriedade estavam associados em um binômio indissolúvel: “a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, e o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções: sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular, sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar” ROPPO, Enzo. *O contrato*, Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 42-43.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 83.

interferências estatais.¹⁴⁰ Ainda, segundo a perspectiva de Luís Roberto Barroso, a autonomia privada é o elemento ético da dignidade humana que possui “uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público”.¹⁴¹

Essa liberdade, no entanto, não é absoluta. Podem ser fixados, pelo ordenamento jurídico, determinados limites à autonomia privada, que são vistos como verdadeiras medidas de proteção da liberdade contratual. Mesmo a autonomia sendo privada, “não está imune a um olhar público de vigilância, de verificação e controlo da observância dos seus pressupostos e limites de eficácia”,¹⁴² levando-se em consideração de que existe mais de uma liberdade em jogo na relação jurídica.

Por óbvio, os direitos fundamentais são direitos individuais e indisponíveis que valem em todas as relações, não só naquelas estabelecidas entre o indivíduo e o Estado,¹⁴³ visto que as ameaças a sua liberdade têm as mais diversas origens.¹⁴⁴ Entretanto, deve se observar a diferença entre os modelos – efeitos diretos ou indiretos dos direitos fundamentais – que consiste, na desnecessidade ou necessidade “de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares”.¹⁴⁵

Quanto ao Estado, não se discute o poder de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas quando a lide é levada ao judiciário, já que os magistrados estão vinculados ao dever de observar as regras constitucionais e sua eventual violação, qualquer que seja a esfera do direito. Assim, quando verificar que se está diante de um ator social privado poderoso,¹⁴⁶ capaz de gerar a assimetria da relação e o desequilíbrio das prestações, pode-se viabilizar “eventual restrição (sempre proporcional) da

¹⁴⁰ Principalmente porque, nas palavras de DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*, cit., p. 14 “um governo só é legítimo se subscrever dois princípios dominantes. Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso”.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38.

¹⁴² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 226.

¹⁴³ Ou, conforme afirma HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 84, “o *Dereito Constitucional* debe existir enquanto “guía” de todas as relações jurídicas”.

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria, cit., p. 77.

¹⁴⁵ AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, cit., p. 89.

¹⁴⁶ Considera-se, aqui, que a autonomia privada pressupõe uma situação fático-jurídica de igualdade entre os interessados. “*Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad de otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite*” (HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., pp. 78-79).

autonomia privada do ator social poderoso em benefício da parte mais frágil da relação, com o escopo de assegurar a manutenção (não meramente formal) do equilíbrio entre as partes, quando efetivamente rompido ou ameaçado”.¹⁴⁷

O direito privado é autônomo, mas existem limites intransponíveis e direitos que não podem ser afetados pela ação de particulares, mesmo em nome da liberdade contratual,¹⁴⁸ com o devido cuidado de não tornar a proteção aos direitos fundamentais um argumento retórico.

4. Análise crítica e considerações finais: os valores fundamentais em jogo e a ponderação entre as teorias

Por meio da regulamentação de direitos fundamentais, o legislador firma direitos pessoais dos cidadãos que devem ser protegidos das ingerências arbitrárias do poder político.¹⁴⁹ Através desses direitos criam-se “as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana”¹⁵⁰ e, por esse motivo, os direitos fundamentais ocupam posição primordial na norma jurídica e são considerados essenciais para a garantia de um Estado Democrático de Direito.¹⁵¹ Eles são “a garantia jurídica encontrada pelas revoluções (...) para proteger especialmente a esfera de autonomia e liberdade individual, para garantir juridicamente, de forma lapidar e solene, as possibilidades de acesso do indivíduo a bens, posições, situações”.¹⁵²

Dworkin classifica os direitos fundamentais em Estados de Direito como um trunfo num jogo de cartas entre um particular e o Estado.¹⁵³ A comparação se torna possível na medida em que “a carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado*, cit., p. 29.

¹⁴⁸ A respeito dos efeitos horizontais direto e indireto, CHEREDNYCHENKO, Olha O. Fundamental rights and private law, cit., p. 21 explica que o efeito direto decorre da subordinação ao direito fundamental. “*In particular, a most commonly made differentiation between the direct and indirect horizontal effect of fundamental rights can be rather misleading. In the most widely understood meaning, the difference between the two lies in the fact that while in the case of direct horizontal effect a private party has - in his or her action against another private party - a claim or a defence which is directly based on a fundamental right which overrides an otherwise applicable rule of private law, in the case of indirect horizontal effect the claim or defence is based on the private law rule which is interpreted in the light of the constitutional right in question and a dispute between private parties on the rights and duties that arise from rules of conduct thus influenced by fundamental rights remains ‘substantively and procedurally a private law dispute’*”. O autor ainda diferencia o *Strong indirect horizontal effect* do *weak indirect horizontal effect*.

¹⁴⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*, cit., p. 8.

¹⁵⁰ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, cit., p. 33.

¹⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 21.

¹⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 83.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Trad. de. Marta Guastavino, 5.^a reimpr. Barcelona, 2017, p. 37.

regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes”.¹⁵⁴ Assim, garantir um direito fundamental significa garantir um trunfo contra o Estado, o que significa, por ser um governo democraticamente eleito pela maioria, garantir um trunfo contra a maioria.

A vinculação do Estado aos direitos fundamentais, portanto, não é posta em dúvida.¹⁵⁵ A sua eficácia nessas relações – Estado *versus* cidadão – leva a consideração de se estar presente um titular de direito fundamental e um não titular de direito fundamental,¹⁵⁶ de tal forma que quando “um indivíduo opõe um direito fundamental ao Estado está a opor-lhe uma garantia forte, um trunfo” que só pode ceder se o “Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível”.¹⁵⁷

A aceção dos direitos fundamentais como princípios objetivos¹⁵⁸ da ordem constitucional¹⁵⁹, preceitos negativos de competência,¹⁶⁰ busca consolidar a ideia de que o Estado está obrigado a observar os direitos fundamentais em face das investidas do Poder Público ou de terceiros,¹⁶¹ isto é, não basta que o Estado aja de forma a não ferir direitos fundamentais, mas que proteja esses direitos contra a agressão de terceiros – visão do Estado como guardião de direitos fundamentais.¹⁶²

Em contrapartida, diversas são as teorias criadas para sustentar a medida da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas suas relações privadas. Uma das teses levantadas, sobre a posição hierárquica do direito privado, “tenta desmistificar uma posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais”.¹⁶³ Por meio dessa teoria busca-se afirmar os valores do direito privado através da eficácia indireta dos direitos fundamentais.

¹⁵⁴ Conforme analisa NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 19.

¹⁵⁵ Os direitos fundamentais são considerados verdadeiras garantias jurídicas, e não meras proclamações morais, na medida em que não é permitido ao Estado limitar esses direitos, por ser contrário ao princípio da igualdade e da proibição do excesso. Cf. Ibidem, p. 91.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 468.

¹⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 91.

¹⁵⁸ Por direitos públicos subjetivos, consideram-se os direitos fundamentais como direitos exercidos unicamente frente ao Estado, tendo em conta que nas relações privadas “*se conciben global y definitivamente consagrados com a proclamación de la igualdad de todos ante la ley*” (VEGA GARCIA, Pedro de. *Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad*, cit., p. 47).

¹⁵⁹ Como defendido por HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, cit., p. 35.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 36.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*, cit., p. 242.

¹⁶² Ibidem, p. 243.

¹⁶³ Apesar de não ser o que defende, AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., pp. 71 e ss. discorre acerca dessa teoria e das razões que levam os seus defensores a levantar o conceito de hierarquia entre leis. O autor discorre acerca do pensamento de Uwe Diederichsen, que defende que a supremacia da Constituição (enquanto norma hierárquica superior) não corresponde à supremacia dos valores fundamentais que ela abriga. “Isso porque esses valores não adquirem superioridade pelo simples fato de serem previstos na constituição, isto é, esse fato não implica uma imposição automática dos valores constitucionais ao resto do ordenamento” Ibidem,

Mesmo os defensores da eficácia direta entendem que, nas relações privadas, essa eficácia encontra limites derivados dos princípios estruturais e dos valores próprios do Direito privado, pois em face do equilíbrio entre os direitos e liberdades e a autonomia negocial, a “*polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una transposición mecânica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas*”.¹⁶⁴

Alexy afirma que os resultados práticos das teorias são equivalentes, pois consideram que nas relações entre particulares ambos são titulares de direitos fundamentais, e, portanto, a medida de afetação nessas relações é um assunto relativo à ponderação.¹⁶⁵ A diferença entre elas se encontra na vinculação direta dos particulares ou não, na observância de regras do direito público pelos particulares nas suas relações privadas ou não. Entretanto, a proteção jurídica dos direitos fundamentais, quando levada ao judiciário, será a mesma, uma vez que os magistrados estão obrigados a observar a tutela dos direitos fundamentais na resolução da lide.

Nesta discussão, remete-se à ideia de autonomia e independência do direito privado de divisão entre Direito público e privado. Defende-se no presente trabalho a eficácia (ou efeitos) indiretos dos direitos fundamentais nas relações privadas, através de um sistema onde os sujeitos jurídicos se vinculam à observância de valores constitucionais no regulamento privado, que pode surgir, inclusive, através de cláusulas gerais dispostas no Código Civil. Isso porque cabe ao legislador, em primeira instância, o papel de ponderar os interesses para “conformar a convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos”.¹⁶⁶

O Direito não pode deixar de observar situações específicas em que uma das partes carece maior proteção. Em um contexto de globalização, a realidade econômica propicia a emergência de centros de poder “representados por organizações e empresas nacionais e multinacionais que, em ritmo pujante, vêm dominando a estrutura produtiva da riqueza e constituem uma ameaça elevada de violação dos direitos fundamentais dos cidadãos”.¹⁶⁷ São os considerados “sujeitos privados poderosos”, que na ótica de Vieira

p. 72. Por meio dessa teoria, “a questão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações de direito privado deve ser encarada de outra forma, pois deixa de ser uma produção de efeitos necessária, baseada em uma questão hierárquica, e passa a ser, quando muito, apenas possível, dependente de outros fatores, entre sistemas normativos de nível igual”. Ibidem, p. 73.

¹⁶⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 288.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 471-472.

¹⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 74.

¹⁶⁷ CORREIA, Fernando Alves. *Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas Privadas*, cit., p. 316.

de Andrade, “não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos”.¹⁶⁸ Nesses casos em que particulares dispõem de poder especial sobre outros indivíduos “estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade”.¹⁶⁹

Nas situações de disparidade substancial entre as partes em que, pela falta de simetria, um dos contraentes – por razões econômicas ou sociais – se encontra em situação dominante, capaz de condicionar a decisão da parte mais débil,¹⁷⁰ se percebe a existência de um verdadeiro poder privado assimilável ao poder exercido pelos entes públicos. Garante-se aos particulares, nesses casos, a possibilidade de invocar direitos fundamentais “arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados”.¹⁷¹

A regra, nesses casos, é de simples compreensão: “*Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible (...) Cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección*”¹⁷². Da mesma forma, quanto maior o nível de afetação da dignidade humana¹⁷³ maior a incidência dos direitos no tráfico privado,¹⁷⁴ uma vez que toda ordem jurídica se funda na dignidade humana, que é considerada valor absoluto, núcleo intangível e indisponível que deve ser preservado frente a qualquer agressão.¹⁷⁵

Independente da teoria que se adote, é necessário observar que existem limites a serem observados tanto para a protecção da autonomia privada quanto para os direitos fundamentais. Com relação a esse último, entende-se que “*hay un núcleo irreductible de autonomía individual frente al que no pueden oponerse derechos subjetivos públicos o*

¹⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., pp. 250-251.

¹⁶⁹ Ibidem, pp. 251-252.

¹⁷⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 265.

¹⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, cit., pp. 253.

¹⁷² BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 290.

¹⁷³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil, cit., p. 107.

¹⁷⁴ Para PINTO, Paulo Mota. Autonomia Privada e Discriminação, cit., p. 329 “A dignidade da pessoa humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstracção. Caso contrário, de espaços de abertura não sistêmica – embora sistemática –, os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de legitimação da reprodução dessa mesma ordem sistêmica”.

¹⁷⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., p. 290.

privados".¹⁷⁶ Mas, além disso, deve-se defender o respeito à dignidade e à autonomia da pessoa tanto nas relações com o Estado quanto nas relações das pessoas entre si, uma vez que "é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas e agentes sociais".¹⁷⁷

Assim, independente da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais pelos particulares nas suas relações jurídicas, quando levado o conflito ao judiciário será resolvido por meio da ponderação,¹⁷⁸ seguindo o princípio da proibição do excesso que, conforme propõe Jorge Reis Novais, é a chave de resolução da esmagadora maioria dos problemas de direitos fundamentais.¹⁷⁹ Por meio dessa perspectiva, deve-se conciliar os valores superiores da ordem jurídica, preservando as diferenças irreduzíveis entre direito privado e direito público e estabelecendo um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais, principalmente da dignidade humana, e a proteção da autonomia e liberdade individual, ambos valores supremos em um Estado Democrático.

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDUL, 1990.

AFONSO, Virgílio. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 4.^a tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Carlos Bernal Pulido, 2.^a ed., 1. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

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*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma Teoria Geral da Política*, Trad. de Marco Aurélio Nogueira, 1.^a ed., 18.^a reimpr. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. De Juan Luis Requero Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, 1993.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 290.

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, cit., p. 246.

¹⁷⁸ Com a devida cautela para que a ponderação não seja usada como "bala de prata metodológica" da ordem jurídica, conforme alerta RÜCKERT, Joachim. Ponderação a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional, Trad. por Thiago Reis. *Revista Direito FGV*, v. 14, n. 1, jan.-abr. de 2018, p. 264.

¹⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, cit., p. 101.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 4.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada*. Curitiba: Juruá, 2017.

CHEREDNYCHENKO, Olha O. Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?. *Utrecht Law Review*, v. 3, n.º 2, dec. 2007, p. 01-25.

CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares: algumas notas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*. Coimbra: Almedina, 2017.

CORREIA, Fernando Alves. Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas: sinopse doutrinária e jurisprudencial. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, Trad. de Pero Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Trad. de. Marta Guastavino, 5.^a reimpr. Barcelona, 2017.

FACHIN, Luiz Edson; 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*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, In: RAMOS, Paulo Roberto Ramos; RAMOS, Edith Maria Ramos; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (Orgs.). *O direito no século xxi: estudos em homenagem ao Ministro Edson Vidigal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trad. de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cívitas, 1995.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*: contendo a doutrina do direito e a doutrina dos costumes, Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*, Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoreales de Derecho Reunidas, 1978.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: IBDC, 1998.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, v. 1., 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista. In: CORDEIRO, António Cordeiro; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. 5. Coimbra, 2003.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*. Tese de Livre Docência, Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitution*, 8.^a ed., Madrid: Tecnos, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed., 2.^a reimp. Coimbra: Coimbra, 2012. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*. In: *Direito dos contratos: Estudos*. Coimbra Editora: Coimbra, 2007.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, n.º 143, 2011, p. 43-66.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, 2.^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROPPO, Enzo. *O contrato*, Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RÜCKERT, Joachim. Ponderação a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional, Trad. por Thiago Reis. *Revista Direito FGV*, v. 14, n. 1, jan.-abr. de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, out.-dez. 2000, p. 54-104.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, a. 4, jul.-set. 2017, p. 63-88.

SEGURA, Lorena del Pilar. Alcances de la confianza legítima en el derecho privado colombiano. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, n.º 3, 2015, Disponível em: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/>.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 7.^a ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

VEGA GARCIA, Pedro de. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 6, 1994, p. 41-56.

Como citar:

MOMO, Maria Vitória Galvan; DE BONE, Leonardo Castro; MOMO, Ailton Amilcar Machado. O direito alemão e sua influência no direito comparado: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-alemao-e-sua/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

16.9.2022

Aprovado em:

25.5.2023