

Horizontalidade dos direitos fundamentais e recusa de locação a casal homoafetivo: um debate necessário ao estado constitucional

Horizontality of fundamental rights and refusal to rent to homosexual couples: a necessary debate for the constitutional state

DOI:10.34117/bjdv8n3-150

Recebimento dos originais: 14/02/2022

Aceitação para publicação: 02/03/2022

José Osório do Nascimento Neto

Pós-doutor em Direito Político e Econômico, MACKENZIE/SP

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental, PUC/PR

MEMBRO DO PROGRAMA PESQUISA PRODUTIVIDADE, ESTACIO

Endereço: Avenida Senador Souza Naves, 1715 - Cristo Rei – Curitiba – PR - CEP:
80.050-152

E-mail: osorio.nascimento@gmail.com

Eduardo Francisco de Siqueira

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia

UNIBRASIL

Endereço: R. Konrad Adenauer, 442 - Tarumã, Curitiba - PR, 82820-540

E-mail: eduardosiqueira@hotmail.com

RESUMO

Este artigo visa analisar, com vistas à teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais, o embate entre a autonomia privada e o direito de não sofrer discriminação, ambos prescritos no texto constitucional, especificamente nas relações locatícias em que a parte locadora é homossexual. Esta pesquisa utilizar-se-á, quanto ao tipo de abordagem, do método indutivo, porquanto, a resposta para a pergunta que se propõe este trabalho poderá ser obtida após a leitura do texto constitucional e de bibliografias que abordem a temática pertinente e, no que concerne à técnica de procedimento, utilizar-se-á dos métodos histórico e comparativo.

Palavras-chave: horizontalidade dos direitos fundamentais, direitos fundamentais, autonomia privada, direito de não ser discriminado.

ABSTRACT

This article aims to analyze, with a view to the theory of the horizontality of fundamental rights, the clash between private autonomy and the right not to suffer discrimination, both prescribed in the constitutional text, specifically in rental relationships in which the landlord is homosexual. This research will use, as to the type of approach, the inductive method, because the answer to the question proposed in this work can be obtained after reading the constitutional text and bibliographies that address the pertinent theme and, as to the technique of procedure, it will use the historical and comparative methods.

Keywords: horizontality of fundamental rights, fundamental rights, private autonomy, right not to be discriminated.

1 INTRODUÇÃO

A autonomia privada tanto quanto o direito de não ser discriminado, encontram seu fundamento de validade no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, não se olvida, é objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CR/88) e base da própria República (art. 3º, CR/88). Na mesma esteira, ambos os direitos (autonomia privada e o direito de não ser discriminado) vêm implícitos no texto constitucional.

O direito fundamental à autonomia privada, já muito conhecido antes mesmo da atual Constituição brasileira¹, tem forte atuação nas relações contratuais privadas, ao passo que o direito de não ser discriminado emergiu recentemente, através das muitas garantias trazidas pela Constituição de 88.

Na seara civil, os contratos de locação são negócios jurídicos que se formam a todo momento. O direito de o proprietário locar seu imóvel decorre diretamente da sua faculdade de uso e disposição da propriedade. Tais garantias, intrínsecas ao direito de propriedade, em tese, justificariam eventuais recusas do locador quanto às propostas, de locatários em geral, interessados no bem. Entretanto, a recusa pela condição sexual do locatário parece ultrapassar os limites impostos pelo constituinte de 88, na medida em que, desconsiderando critérios objetivos, vale-se de subjetividades do indivíduo que, no decorrer da história, foram ressaltadas sempre na intenção de inferiorização.

No Brasil e no exterior (Itália), casos como os tratados no tema deste trabalho vêm ocorrendo. Diversos promitentes locatários têm tido recusadas suas propostas de locação porque, segundo os proprietários/locadores, optam em não alugar seus imóveis para casais gays.

A controvérsia que epigrafa esta ensaio será analisada por meio do estudo de quatro diferentes tópicos: (a) no primeiro tópico se abordará a autonomia privada enquanto direito fundamental, desde seu conceito e seus desdobramentos, até a possibilidade de sua relativização; (b) no segundo tópico trabalhar-se-á o direito

¹ Diz-se isso, pois, com o fim da Idade Média, onde o homem era visto sob uma perspectiva com base no divino, com o início da Idade Moderna se pode alterar esta concepção do homem, de modo a não tê-lo mais como um reflexo de Deus; nesse período, o homem passa a ser a fonte de sentido de toda a realidade. É a passagem do aspecto cosmocentrismo para o aspecto antropocentrismo, onde o ser humano passou a ocupar uma posição central na relação com o Universo e com relação à prevalência da sua própria vontade, do seu livre arbítrio. (Para mais informações acerca do tema, ler NAMUR, Samir. *Autonomia Privada para a Constituição da Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada – relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico da segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte-MG: Arraes, 2014).

fundamental de não ser discriminado, de modo a demonstrar-se o suporte de validade que tal direito tem na dignidade da pessoa humana, além de verificar-se em quais situações (se é que isso é possível) poder-se-á admitir a sua relativização; (c) no terceiro tópico, analisar-se-á, através da demonstração de casos concretos, situações em que, por meio da recusa de locação a casal homoafetivo (recusa essa que se baseou, unicamente, na condição sexual dos locatários) houve um embate entre a autonomia privada do locador/proprietário e o direito de não ser discriminado de quem quer locar; todo esse embate, é bom que se ressalte, será analisado sob a luz da teoria horizontal dos direitos fundamentais.

Nas considerações finais, (d) quarto e último tópico, estudar-se-á, com todas as bases necessárias, se a recusa locatícia que epigrafa este ensaio, justifica-se ante o direito à autonomia privada do locador ou viola o direito do locatário de não ser discriminado. É aqui que poderá se descobrir se a máxima inversa também encontra tutela, ou seja, se reconhecer a vedação de o locador recusar locação pela condição sexual de seu locatário não acaba por violar direito do locador, que também lhe é constitucionalmente protegido, o da autonomia privada.

2 A AUTONOMIA PRIVADA COMO PILAR DO PACTA SUNT SERVANDA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: É POSSÍVEL A SUA RELATIVIZAÇÃO?

Antes de adentrar-se ao conceito de autonomia privada, propriamente dito, é necessário apontar a existência de diferença entre os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade. Eurico Pina Cabral, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Antônio Amaral trabalham bem esta distinção².

² (...) a autonomia da vontade é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico” (...) a autonomia privada é “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de autorregular-se nos limites do ordenamento jurídico” CABRAL, Eurico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado. a.5, n. 19, jul./set., 2004, p. 87

(...) “A autonomia da vontade é centrada em três princípios: a) liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento; b) intangibilidade do pactuado – o ‘pacta sunt servanda’ exprime a ideia de obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres; c) relatividade contratual, pactuada pela noção de vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade e um elemento estranho à formação do negócio jurídico”. FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Contratos. Volume IV. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2012, p. 142

(...) a autonomia da vontade “é o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. Já a autonomia privada é o “poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas” AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112

A autonomia da vontade, enraizada na cultura liberal muito forte nos séculos XVIII e XIX, vem encabeçada pela defesa de uma filosofia individualista dos direitos subjetivos. É dizer, de acordo com essa [à época] nova filosofia liberal, os homens, agora encarados como livres e iguais [liberdade formal], não podem ser obrigados a nada, salvo quando essa obrigação advier do seu próprio consentimento.

Essa inspiração kantiana torna possível entender que a autonomia da vontade está para além do conceito civilista usualmente utilizado, na medida em que antecede o próprio direito, pois surge já com o nascimento do indivíduo, dispensando qualquer regulamentação de sua implementação. Evidentemente, por falta de espaço, neste ensaio, não se pretende esgotar a diferença entre o conceito de autonomia da vontade e autonomia privada, tendo-se achado por bem somente apontar as diferenças e permitir ao leitor que, a partir das referências, possa, se for de seu interesse, aprofundar-se no estudo dessa distinção.

Com o passar do tempo, passou-se a perceber que a autonomia da vontade, por si só, nos seus parâmetros de individualismo, já não condizia com a realidade de ascensão dos direitos sociais, da função social da propriedade e dos contratos, bem como com a nova perspectiva de valorização do indivíduo trazida pela Carta Constitucional de 88. É nesse contexto, portanto, que a autonomia da vontade dá lugar à autonomia privada e suprime a “carga individualista e liberal da autonomia de vontade”³. Ao Direito, nesta nova perspectiva, restaria “analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características internas”.⁴

Dentre a vasta doutrina civilista que trabalha o conceito de autonomia privada, convém-nos, para os fins deste trabalho, destacar o conceito trazido por Pietro Perlingieri em “O Direito Civil na Legalidade Constitucional”. Para o autor:

[autonomia privada é] o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios.⁵

Do conceito elaborado por Perlingieri, pode-se infirmar algumas premissas:

³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada**. 2ª ed Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 94

⁴ Idem

⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338

(a) o fato de a autonomia da vontade, nas palavras do professor, tratar-se de um “poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento”, faz-nos entender que os atos praticados com base na autonomia privada encontram seu limite na lei e nos princípios que regem todo o nosso ordenamento jurídico, seja num momento prévio à sua materialização (ou seja, a vontade praticada encontra guarida no próprio direito à regulamentação de determinadas transações), seja num momento posterior (validação pelos órgãos públicos);

(b) ao referir-se a “sujeito de direito público ou privado”, o autor mostra um pensamento ligado à nova sistemática civilista, onde a autonomia não é mais prerrogativa exclusiva do particular, mas estende-se também aos agentes de direito público, representantes do Estado; por fim,

(c) ao dispor o autor que tais sujeitos poderão “regular com próprias manifestações de vontade, interesses públicos e privados”, demonstra o cerne da conceituação, vez que evidencia a finalidade da autonomia privada senão a de acordar determinadas vontades com base em regras ajustadas entre si autonomamente.

A autonomia privada, portanto, para além da sua conceituação, mostra-se como desdobramento lógico do próprio direito de liberdade⁶, malgrado não se possa, em decorrência disso, se considerar como equivalentes os conceitos de autonomia privada e liberdade. Isso porque, conforme ensina Antônio Valdecantos, a autonomia privada é mais uma região particular da liberdade, porquanto “o âmbito em que um indivíduo é ‘autônomo’ coincide com o âmbito livre de interferências de que esse indivíduo desfruta para eleger seu próprio plano de vida ou para renunciar a seguir um plano de vida coerente”.⁷

Em decorrência da transformação do *status* que a autonomia da vontade gozava, *status* esse de garantia de ordem-política ou, mais especificamente, de ordem político-liberal, fez-se necessário o surgimento da autonomia privada, esta sim, positivada com vistas à uma necessária limitação da liberdade individual ilimitada que, não poucas vezes, transformava-se em arbítrio. É o que bem dissertam Adriana da Silva Maillart e Samyra Dal Farra Napolini Sanches quando ponderam que:

⁶ STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr 2000, p. 25

⁷ VALDECANTOS, Antonio. ¿Es posible lograr un equilibrio reflexivo em torno a la noción de autonomía? In: ARAMAYO, R. R.; MUGUERZA, J.; VALDECANTOS, A. (Comp.). *El individuo y la historia*. Barcelona: Paidós 1995, p. 109

(...) a autonomia é um instrumento do querer individual, sendo sinônimo da liberdade, mas não de arbítrio, de uma vontade sem limites. Isso porque a autonomia evidencia a influência de princípios de natureza social, tais como solidariedade social, boa-fé, utilidade social, paridade de tratamento, segurança, liberdade, dignidade humana ou função social (...) E por ter influência de todos esses princípios sociais, deve existir na ideia de autonomia privada um contraponto entre os desejos particulares e as necessidades gerais (...).⁸

Deste modo, potencializada pela necessária observância à ordem pública⁹, bem como pelos efeitos da chamada “crise dos contratos”¹⁰, a nova perspectiva da autonomia privada encontra limites, principalmente, por meio do rol de direitos fundamentais constantes na Constituição da República de 88. Isso porque o art. 5º, §1º da CR determina que todos os direitos e garantias fundamentais aplicar-se-ão às relações, sejam públicas, sejam privadas¹¹, direta e imediatamente.

3 O DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito a não ser discriminado guarda correlação lógica e direta para com o princípio da igualdade, na medida em que não se pode admitir, num Estado Democrático de Direito, desigualar fora das situações em que as especificidades imponham um tratamento desigual àquele indivíduo. É a velha (e sempre atual) máxima aristotélica de “tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual, na medida da sua desigualdade”¹². Consonante a este entendimento, Kelsen, já em 1934, através de sua célebre obra Teoria Pura do Direito, justificava que:

⁸ MAILLART, Adriana da Silva. SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. **Os limites à liberdade na autonomia privada** Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 9-34, jan./jun. 2011. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2144/1744#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%2C%20a%20igualdade,que%20limitam%20a%20autonomia%20privada.&text=422%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20brasileiro,probidade%20e%20boa%2D%20f%C3%A9%20%80%9D>>. Acessado em 07.07.2021.

⁹ Art. 122; p.u. do art. 606 e p.u. do art. 2.035, todos do código Civil

¹⁰ Com a crise do contrato aparecem novos princípios contratuais como os da boa-fé objetiva, da função social e o do equilíbrio (justiça) contratual. (ALMEIDA, 2005, p. 16).

¹¹ Adriana da Silva Maillart e Samyra Dal Farra Napolini Sanches ensinam que “tem crescido o número de doutrinadores nacionais, tais como Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz e Ingo Sarlet, entre outros, que defendem o efeito vinculante imediato do direito privado e das relações entre particulares às normas constitucionais, em especial aos Direitos Fundamentais. Para esses autores, as cláusulas gerais como Ordem Pública e Boa-fé, devem ser o caminho pelo qual os Direitos Fundamentais se infiltram e limitam a autonomia privada”. (p. 15)

¹² “A igualdade pressupõe no mínimo dois elementos; o justo, então, deve ser um meio termo, igual e relativo (por exemplo, justo para certas pessoas), e na qualidade de meio termo, ele deve estar entre dois extremos (respectivamente, menor e maior); na qualidade de igual, ele pressupõe duas participações iguais; na qualidade de justo ele o é para certas pessoas. O justo, portanto, pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta – os objetos distribuídos – são também duas. E a mesma igualdade existirá entre as pessoas e as

[...] a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.¹³

Essa discriminação legitimada pela lei, portanto, não admite qualquer tipo de discriminação, por mera liberalidade de discriminar. É dizer, num cotejo com o tópico anterior (em que se tratou da autonomia privada), que não se confere ao indivíduo ou ao Estado, o direito de discriminar fora das situações em que o fator *discrímen* guarde correlação lógica – e direta – para com a desequiparação precedida.

É o que ensina o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, quando, analisando o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, sustentou que “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”.¹⁴

O direito a não discriminação, com suporte de validade tanto no princípio da igualdade como no princípio da dignidade da pessoa humana, ganhou entornos internacionais, especificamente por meio do direito internacional dos direitos humanos, que passou a reconhecer a vulnerabilidade de determinados grupos sociais e a defender a legitimação de tratamento desigual a estes grupos, como meio de concretizar seus direitos humanos e fundamentais¹⁵.

coisas envolvidas, pois da mesma forma que as últimas – as coisas envolvidas – são relacionadas entre si, as primeiras também o são; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais)” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

¹³ TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional*, Saraiva, 2002, p.263 e seguintes.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ªed., Malheiros, 2005. Exemplo de uma situação em que a discriminação por questões físicas do indivíduo guarda correlação lógica com a desequiparação precedida é a não admissão, na carreira militar, de homens abaixo de 1,60 de altura e de mulheres menores que 1,55.

¹⁵ Não se desconhece a diferença doutrinária entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais. Para os fins dessa pesquisa, entretanto, não se faz necessária a sua diferenciação técnica. Para mais informações acerca do tema, recomenda-se BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005; ILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2009 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A doutrina internacional passou a defender, no contexto da legitimação da discriminação positiva, o reconhecimento da existência de uma dinâmica das relações de poder, responsável pela produção de desigualdades negativas e que culminava na opressão e dominação de grupos e de indivíduos, historicamente, já em desvantagem.

A igualdade e a não discriminação, portanto, passaram a nortear todo o sistema internacional de direitos humanos¹⁶, mas não mais sob o viés liberal da igualdade, que pressupunha a necessidade de uma igualdade formal entre os indivíduos; aqui, neste novo contexto, a igualdade revestia-se de seu caráter substancial (ou material) na medida em que legitimava a existência de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, ao invés de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas¹⁷. Internacionalmente, já existem convenções¹⁸ que tratam da discriminação por meio de definições bem claras do que é discriminação.

Importante frisar, portanto, a fim de manter-se o raciocínio lógico do texto, os tipos de discriminação apontados pela doutrina. Alguns já expostos anteriormente, como é o caso da **discriminação positiva** (que se manifesta através da adoção de políticas públicas específicas e especialmente a determinados grupos sociais, entendidos como grupos vulneráveis) e a **discriminação negativa** (que se materializa no mau sentimento de segregar, de inferiorizar e de subordinar). A discriminação negativa, subdivide-se em outras duas subespécies: (a) **discriminação negativa direta** e (b) **discriminação negativa indireta**.¹⁹ São as que estudaremos a seguir.

A **discriminação negativa direta** tem relação com o elemento da intencionalidade. É dizer, neste tipo de discriminação, a intenção do agente discriminador ou do elemento discriminatório (a lei, por exemplo) é, justamente, impor um tratamento

¹⁶ De acordo com o Comentário Geral 18, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu parágrafo 1º, “*Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights.*” (UN, 1989).

¹⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?** Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 31, n. 9, p. 1104-1116, set. 2015. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ri1_v51_n204_p91>. Acessado em 08.07.2021, p. 93.

¹⁸ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção no 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT); e Convenção da UNESCO relativa à luta contra as Discriminações no campo do Ensino etc.

¹⁹ Estas duas subespécies da discriminação negativa são trabalhadas por Rios (2008, p. 22), inspirado nas seguintes figuras do direito americano: *disparate treatment* para se referir à discriminação direta e *disparate impact*, para se referir à discriminação indireta (RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008)

desigual a determinado grupo ou indivíduo, com fundamento em diferenciações não subsidiadas, juridicamente, pelo princípio da igualdade material.

Exemplo de um caso de **discriminação negativa direta** é o caso *Lustig-Prean e Beckett versus Reino Unido*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A controvérsia levada à Corte cingia sob o direito de as Forças Armadas Britânicas poderem – ou não – demitir dois funcionários homossexuais, tendo como motivo a orientação sexual dos denunciadores/demitidos. A Corte, ao deparar-se com o caso, entendeu que o motivo da demissão significava uma intromissão indevida do Estado (representado pelas Forças Armadas) na vida privada do indivíduo, não havendo no caso qualquer autorização legal, dentro das bases de um Estado de Direito, que justificassem o ato²⁰.

No Brasil, situações como essa também ocorrem. Em Itapira, município a 150 quilômetros da cidade de São Paulo, o pesquisador A.N (o nome do funcionário é preservado a fim de evitar-lhe retaliações discriminatórias ainda mais fortes), funcionário há 5 anos no laboratório farmacêutico Cristália, foi demitido após contar à sua superior acerca da sua condição sexual. O funcionário demitido ajuizou reclamação trabalhista em desfavor do empregador e venceu-a nas duas instâncias (juízo singular e Tribunal Regional do Trabalho), auferindo indenização de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)²¹.

Também no estado de São Paulo, um bancário, funcionário do Banco Itaú e premiado 10 (dez) vezes por cumprimentos de metas, sempre com resultados acima da média, era constantemente constrangido pelo empregador sob a justificativa de que se “soltava demais quando ganhava um prêmio” e de que suas “roupas não eram as ideais para o trabalho”, pois seus “ternos não estavam dentro dos padrões”. Apesar dos comentários constantes acerca da sua postura “gay demais” e de suas roupas “fora do padrão da instituição”, a demissão do bancário veio após a publicação de fotos e vídeos que postou, em suas redes sociais particulares, do dia em que ficou noivo de seu atual marido. O bancário que recusou a reintegração, pleiteia em reclamação trabalhista, uma indenização por danos morais em desfavor do Itaú.²²

²⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom. European Court of Human Rights** (Third Section) Applications nos. 31417/96 and 32377/96. DJ, 27 set. 1999. Disponível em <[²¹ BRANDALISE, Camila. Da Universa. **Empresa é condenada a indenizar funcionário demitido por ser gay**. <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/07/11/empresa-e-condenada-a-indenizar-ex-funcionario-demitido-por-ser-gay.htm>>. Acessada em 09.07.2021.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58407%22]}>>. Acessado em 09.07.2021</p></div><div data-bbox=)

²² DE LUCCA, William. Sindicato dos bancários. **Bancário com resultados acima da média é demitido por ser gay**. <<https://spbancarios.com.br/04/2017/bancario-com-resultados-acima-da-media-e-demitido-por-ser-gay>>. Acessada em 09.07.2021.

São todos esses casos, exemplos reais, de discriminação negativa direta. Ou seja, uma conduta discriminatória que visou, explicitamente, segregar, inferiorizar e subordinar um indivíduo (e, numa visão macro, um determinado grupo social), à hegemonia da heteronormatividade.

A **discriminação negativa indireta**, por sua vez, não exige a intencionalidade da prática; ao menos, não de forma explícita como na subespécie anterior. Essa modalidade de discriminação subsiste mesmo num cenário onde formalmente haja a determinação de um tratamento equitativo e a proibição expressa de discriminações diretas. O exemplo mais contundente desta situação de discriminação materializa-se no caso da proibição do uso do véu, na França, em meados de 2011.

Perceba-se que, malgrado a lei se justifique sob o argumento de que a burca e seus afins significam um *modus* de repressão à mulher, especialmente à muçulmana, além de significar a manutenção de dogmas que pregam pela superioridade masculina²³, verdade é que tal medida afetou, ao todo, cinco milhões de muçulmanos que residem no País e, especialmente, mais de duas mil mulheres que são adeptas do uso da burca²⁴, por entenderem-na não como um sinal de inferiorização, mas de manutenção de uma tradição milenar²⁵.

A **discriminação negativa indireta** flerta, portanto, com o viés liberal de igualdade. Ou seja, uma igualdade puramente formal, onde todos os indivíduos são tratados igualmente, sem se considerar suas diferenças políticas, culturais, sociais, étnicas, históricas e econômicas.

O caso prático que epigrafa este trabalho (recusa de locação à casal homoafetivo), parece bastante claro tratar-se de discriminação negativa direta, na medida em que a recusa do locador/proprietário não subsistiria se o pedido de locação fosse de um casal heterossexual. Perceba-se que, nesta situação em concreto, a recusa do locador que, em tese, está albergada pelo direito à autonomia privada, não se vale de questões subjetivas²⁶

²³ SCHUCK, Elena de Oliveira; GOLDMEIER, Gabriel. **A Lei de Proibição da Burca na França: Os Limites da Liberdade e Dignidade das Mulheres sob a perspectiva da Teoria Política**. Disponível em: http://www.cienciapolitica.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/28_6_2012_19_13_2.pdf. Acessado em: 09.07.2021, p. 1 e 2.

²⁴ Idem.

²⁵ O historiador Tertuliano, no ano 200 (ou seja, quatro séculos antes do nascimento do islã) escreveu que as mulheres árabes e persas já tinham o hábito de “não cobrir apenas a cabeça, mas também todo o rosto”.

²⁶ Como seria, a título de exemplo, uma recusa por ser o locatário jovem demais e, portanto, mais propenso a dar festas no imóvel; ou por ter o locatário filhos muito pequenos, o que poderia ocasionar uma deterioração no imóvel, pois crianças pequenas tendem a não ser tão cuidadosas; ou por ter o locatário o CPF inscrito em órgãos de proteção ao crédito, o que lhe outorga a presunção de ser mal pagador.

extrínsecas à própria personalidade do locatário; pelo contrário, baseia-se na condição sexual do proponente, ou seja, naquilo que ele, simplesmente, é porque é²⁷.

Em utilizando-se da autonomia privada para discriminar fora das situações em que o fator *discrímen* guarda direta e lógica correlação para com a desequiparação precedida, impõe-se sua relativização, a fim de não se tolerar o uso de um direito fundamental (o da autonomia privada) para vilipendiar outros direitos – também – fundamentais (o da igualdade material, da dignidade da pessoa humana e o de não ser discriminado).

No tópico seguinte, estudaremos os casos concretos que inspiraram este trabalho, tendo-se como base de análise, tanto o já estudado nos tópicos anteriores, como a teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais.

4 CASOS CONCRETOS: A AUTONOMIA PRIVADA DO LOCADOR VERSUS O DIREITO DE NÃO SER DISCRIMINADO DO LOCATÁRIO

4.1 DONO SE RECUSA A ALUGAR IMÓVEL PARA CASAL GAY NA BELA VISTA: “VOCÊ TAMBÉM É VIADO? POR QUE TEM TANTO VIADO LIGANDO HOJE? NÃO ALUGO PRA VIADO”, DISSE A RESPONSÁVEL.

A notícia jornalística que epigrafa o título deste subtópico foi transcrita na página Guia Gay São Paulo, em 25.03.2016.²⁸ Descreve a matéria que no bairro Bela Vista, um dos mais gays de São Paulo²⁹, um proprietário de imóvel recusou a locação para um casal homossexual, apesar de o anúncio explicitar a preferência por “casais ou moça que trabalhe fora e sem filhos”.

Relata o casal de proponentes à locação, cujo nome não foi divulgado, que ao manifestarem seu interesse na locação do bem, todos os trâmites correram normalmente até o momento em que a locatária soube que se tratava de um casal homoafetivo. Descreve a matéria que, neste momento, a locatária foi bastante clara e logo disse: “não que eu tenha algo contra, mas não locamos para gays”.

A situação, para além do sentimento de inferiorização, causou nos proponentes locatários um sentimento de decepção, haja vista que, ao encontrarem o imóvel e

²⁷ Seria o caso de negar a locação por se tratar de locatário negro ou, então, deficiente físico.

²⁸ METRÓPOLES, Guia Gay São Paulo. **Dono se recusa a alugar imóvel para casal gay na Bela Vista** <<https://www.guiagaysaopaulo.com.br/noticias//dono-se-recusa-a-alugar-imovel-para-casal-gay-na-bela-vista>>. Acessado em 14.07.2021.

²⁹ Em São Paulo está em vigor a Lei 10.948/2001 que pune, administrativamente, práticas de discriminação em razão de orientação sexual. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>. Acessada em 14.07.2021.

iniciarem os trâmites para celebração do contrato, criaram expectativas quanto ao lugar, pois possibilitava-lhes conciliar viver em uma boa região, com um preço que lhes atraía.

Ao publicarem em suas redes sociais a recusa e, mais que isso, a razão de a locação ter-lhes sido recusada, o casal foi amparado por diversos amigos que, num gesto de protesto, passaram a ligar para a proprietária e pedir pela locação, identificando todos eles, já no início da conversa, sua condição sexual. A proprietária, mantendo o discurso, logo esbravejou: ““você também é viado? por que tem tanto viado ligando hoje? não alugo pra viado””.

4.2 CASAL DIZ QUE FOI IMPEDIDO DE ALUGAR IMÓVEL NA ZONA OESTE DO RIO POR SER GAY: A DONA DO APARTAMENTO NEGOU SER HOMOFÓBICA, MAS DISSE QUE POR TER PROBLEMAS NA JUSTIÇA COM O EX-MARIDO, O ALUGUEL PODERIA GERAR COMPLICAÇÕES

A matéria jornalística que epigrafa o título deste subtópico foi escrita pela jornalista Júlia Arraes, da Globonews, para o site G1, em 06.02.2020.³⁰ Descreve a notícia que um casal homoafetivo se interessou por um imóvel no bairro do Recreio, na capital carioca e, quando a proprietária do apartamento descobriu tratar-se de um casal gay, apesar de o contrato já ter sido assinado, optou por resili-lo.

O engenheiro Márcios dos Santos, um dos proponentes locatários disse ter ficado perplexo com a razão do cancelamento contratual, uma vez que já havia, inclusive, levado um eletrodoméstico para o imóvel. A proprietária, por sua vez, justificou-se dizendo não ser homofóbica, entretanto, por ter questões judiciais ainda não resolvidas com seu ex-marido, percebeu que a manutenção da locação a casal homossexual poderia lhe causar problemas.

Márcios dos Santos ajuizou ação civil indenizatória em face da proprietária, mas não criminal³¹. Relatou o proponente locatário que “qualquer busca que a gente faça do casamento, a gente avisa se tem algum problema de serem dois homens, porque o trauma foi tão grande e a gente não quer ter uma surpresa desagradável”.

³⁰ ARRAES, Julia. Globo News. **Casal diz que foi impedido de alugar imóvel na Zona Oeste do Rio por ser gay** <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/02/06/casal-gay-diz-que-foi-impedido-de-alugar-imovel-na-zona-oeste-do-rio-por-cao-da-opcao-sexual.ghtml>>. Acessado em 14.07.2021.

³¹ Na ADO 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2001, concedeu-se interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional. Atualização: até o momento da escrita deste artigo, 2021, não houve lei penal específica editada pelo Congresso Nacional brasileiro.

4.3 PROPRIETÁRIO SE RECUSA A ALUGAR IMÓVEL PARA CASAL GAY: “NÃO ACEITAMOS GAYS E NEM ANIMAIS”

A notícia que epigrafa o subtópico atual, descreve o constrangimento vivido por um casal homoafetivo, na Itália³². Relata a reportagem que Genarro Casalino e seu namorado ao localizarem o imóvel através da plataforma Booking.com, entraram em contato com o proprietário através do site e manifestaram interesse na locação de um imóvel na região sul da Calábria.

O proprietário do bem, sob a justificativa de que precisava de informações adicionais, entrou em contato com Genarro através do aplicativo Whatsapp e, ao descobrir tratar-se de uma locação para casal homoafetivo, logo desfez a reserva e disse não aceitar gays e/ou animais no local.

O proponente à locação, Genarro Casalino, disse à reportagem que a recusa foi um verdadeiro “balde de água fria” nos planos do casal. Ademais, mostrou sua perplexidade e indignação com a razão da recusa, pois, segundo ele, “lembrei de quando estudei história e nazistas proibiam a presença de judeus e animais nos lugares. Mas isso foi há 70 anos atrás”.

Procurado pela reportagem, o proprietário disse que a recusa não teve como base nenhuma discriminação, mas sim, um exercício de propriedade, baseado na sua fé cristã. Justificou o proprietário: ““Não tenho nada contra eles. Pra mim eles são normais, mas sou cristão e católico extremo e prefiro manter a minha fé”.

4.4 A AUTONOMIA PRIVADA DO LOCADOR VERSUS O DIREITO DE NÃO SER DISCRIMINADO DO LOCATÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à autonomia privada e o direito de não ser discriminado são direitos fundamentais que derivam, conforme já sinalizado, dos próprios princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. São direitos, há que se pontuar, advindos dos ditos direitos de primeira e segunda geração, conforme explica o Ministro Celso de Mello:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração,

³² A CAPA, **Proprietário se recusa a alugar casa para casal gay: “Não aceitamos gays e nem animais”** <<https://acapa.disponivel.uol.com.br/proprietario-se-recusa-a-alugar-casa-para-casal-gay-nao-aceitamos-gays-e-nem-animais/>>. Acessado em 14.07.2021.

que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³³

O professor Ingo Sarlet, na tentativa de conceituar o que são direitos fundamentais, previu-lhes “ao menos de forma geral, [...] concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. Tal definição mostra-se filiada ao conceito de José Afonso da Silva, para quem:

No nível do direito positivo, [direitos fundamentais são] aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.³⁴

Seguindo a conceituação de José Afonso da Silva, a qual evidencia a importância que o adjetivo “fundamentais” outorga aos direitos e garantias previstos, não de forma exaustiva, no rol do art. 5º da Constituição da República, tem-se, de forma mais concreta, a dimensão da problemática que aqui se discute. Isso porque, valendo-nos de suas palavras, falar em direitos fundamentais (como o direito a não ser discriminado) é falar em direitos sem os quais a pessoa humana, sequer, sobrevive.³⁵

A questão que nos aflige, portanto, não é mais fundamentar ou conceituar direitos fundamentais. Não é mais discutir se são absolutos ou relativos, se são naturais ou históricos. Nossa preocupação atual, já escreveu Maliska, é pensar “qual é o modo mais

³³ MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995. (Esse mesmo trecho do voto do Ministro Celso de Mello foi utilizado, posteriormente, pelo atual Ministro Alexandre de Moraes, em seu manual de Direito Constitucional, publicado pela editora Atlas, para explicar o mesmo tema). Aqui, há que se pontuar, ainda, o fato de autores da estirpe de Norberto Bobbio e Paulo Bonavides defenderem a existência de uma quarta e quinta geração de direitos fundamentais (ver BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 28 e BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 60). Outros autores, como Bernardo Gonçalves, chegam a falar em uma sexta geração de direitos fundamentais (ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 355).

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 163.

³⁵ “Desde 2016, o Grupo Gay da Bahia (GGB) inclui o suicídio em seu levantamento de mortes violentas contra LGBTs. Naquele ano, foram 26 registros, contra 100 casos em 2018, um aumento de 284% no período”. Essa estatística pode ser conferida no Portal Diário do Nordeste, por meio do site <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/suicidio-entre-publico-lgbt-aumenta-quase-quatro-vezes-em-dois-anos-1.2058979>>. Acessado em 14.07.2021.

seguro para garanti-los; para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.³⁶

Essa preocupação em não mais fundamentá-los, mas sim, efetivá-los, culminou numa discussão doutrinária, anterior à Constituição de 88, acerca da eficácia dos direitos fundamentais, haja vista as diferentes funções e técnicas de positivação que uma norma de direito fundamental pode conter.³⁷

Para o professor Ingo Sarlet, “A carga eficaz será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental”.³⁸

Com a promulgação da Constituição brasileira atual, explicitou-se, através da inteligência do §1º do art. 5º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que não significa dizer, conforme adiante se verá, que todas têm a mesma eficácia jurídica. Nesse propósito, Marinoni disserta que:

O fato de todas as normas de direitos e garantias fundamentais terem reconhecida sua direta aplicabilidade, não corresponde a afirmar que a eficácia jurídica (que não se confunde com a eficácia social ou efetividade) de tais normas seja idêntica; a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o fato de estes abrangerem um conjunto heterogêneo e complexo de normas e posições jurídicas, por si só já sustenta esta afirmativa. Além disso, há que levar em conta ser diverso o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como diversos os limites aos quais estão sujeitos, tudo a interferir na determinação dos efeitos jurídicos e da sua exata extensão.³⁹

As normas de direitos fundamentais, portanto, para além dos efeitos correlatos à sua categoria (se prestacionais, se de defesa) são entendidas como irradiantes, porquanto “os valores consagrados pelos direitos fundamentais positivados irradiam por todo o

³⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação e integração**. 2013, Editora Juruá, p. 23 e 24 (Maliska, para esse trecho, inspirou-se nas eternizadas palavras de Bobbio, na obra “A era dos Direitos”, p. 25).

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 233-234

³⁸ Idem, p. 235

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**, p. 314. Para Ingo Sarlet, vale destacar “A melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, (...). Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 242).

ordenamento jurídico, devendo ser observados na interpretação dos dispositivos infraconstitucionais e na atuação legislativa, executiva e judiciária”.⁴⁰

Deste modo, é dizer-se, com base nos ensinamentos de Alexy, que as normas constitucionais que têm como objeto direitos fundamentais, não se limitam à exigibilidade destes direitos na relação indivíduo e Estado, mas, ao revés disso, representam uma ordem maior que deve servir de fundamento de validade para todas as normas infraconstitucionais, condutas dos três poderes e relações interprivadas.⁴¹

É como um efeito dessa irradiação, portanto, que se pode falar numa horizontalidade dos direitos fundamentais, como nova perspectiva de interpretação das controvérsias advindas das relações interprivadas.⁴² Para Rogério Saraiva Xerez “o conceito de eficácia privada ou horizontal, baseia-se na ideia de oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas [...] dando a eles eficácia direta e imediata nas relações privadas como direito subjetivo, com fundamento na Constituição”.⁴³

Há que se ressaltar que, no Brasil, já não persistem grandes controvérsias acerca da aplicação dos direitos fundamentais sobre às relações privadas. O que ainda se discute, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tenha acerca disso tomado partido, é se essa incidência dar-se-á de forma direta e imediata (posição adotada pelo Supremo) ou de forma indireta e mediata, ou seja, por meio de norma infraconstitucional que os implemente.

Saber que os direitos fundamentais devem ser aplicados sobre às relações privadas, não resolve a controvérsia que epigrafa este ensaio. Isso pois, há, na relação interprivada de locação, uma evidente colisão entre dois direitos fundamentais: o direito à autonomia, residente na possibilidade de o locador, no uso de suas garantias enquanto proprietário (usar, fruir, gozar, dispor do bem) locá-lo para quem melhor lhe aprouver e

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 155.

⁴¹ Ver ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 524-525.

⁴² Aqui vale ressaltar que na outra ponta da teoria horizontal dos direitos fundamentais, encontra-se a teoria da verticalidade destes mesmos direitos, segundo a qual, o destinatário dos direitos fundamentais previstos na Constituição, apesar de esta não o prever expressamente desta forma, é o Estado. O professor e Ministro Gilmar Mendes bem esclarece a questão, ao dispor que “Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são prima facie direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias constitucionais” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁴³ XEREZ, Rogério Saraiva. **Direitos fundamentais: eficácia na esfera das relações privadas**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acessado em 14.07.2021.

o direito do locatário de não ser discriminado por característica subjetiva que lhe é, naturalmente, imposta e que, num Estado Democrático de Direito, não deve servir para inferiorizá-lo.

À situação em tela, aplica-se a teoria da colisão de direitos fundamentais em sentido estrito que, segundo Robert Alexy, ocorre nas situações em que, ao exercitar um direito fundamental seu, o indivíduo que o exercitou acaba por interferir negativamente em direitos fundamentais de outros indivíduos.⁴⁴

A solução para essa colisão, conforme adiantou Steinmetz, pode dar-se por meio legislativo (vide exemplo da Lei 10.948/2001-SP que pune, administrativamente, práticas de discriminação em razão de orientação sexual) ou através do Judiciário que, em respeito à inafastabilidade jurisdicional e por meio de um exercício de interpretação da legislação, sopesará o direito fundamental prevalente, no caso concreto⁴⁵, através da adoção do Princípio da Proporcionalidade.⁴⁶

É dizer-se, portanto, estar, juridicamente, protegido o afastamento de um direito fundamental sempre que o seu exercício puder interferir, negativamente, na órbita de outros direitos fundamentais.

Nas relações locatícias em que o locador recusa a locação à casal de locatários em decorrência da sua condição sexual (homossexuais), incorre no exercício abusivo do seu direito de propriedade, porquanto utiliza-o para fomentar sentimentos que não condizem com o pluralismo, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Nessa situação, tanto a lei, como a interpretação jurisdicional da norma poderão tornar-se instrumentos para a

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017

⁴⁵ Importante destacar que, para Steinmetz, com quem filiamo-nos, “O Poder Executivo não poderá dispor sobre direitos fundamentais, seja mediante atividade normativa primária (medidas provisórias e leis delegadas), seja mediante atividade normativa secundária (regulamentos) ou de outros atos normativos veiculados por meio de portarias, resoluções ou circulares. Embora não esteja explícito na Constituição de 1988, é certo que as medidas provisórias dispor sobre a nacionalidade, cidadania e os direitos individuais, políticos e eleitorais” (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 73)

⁴⁶ Não se desconhece a crítica feita por Virgílio Afonso da Silva que, nas palavras de Bernardo Gonçalves, aponta uma “[...] falta de precisão e rigor técnico-metodológico, seja por parte dos Tribunais brasileiros, notadamente o STF, que parece ter encontrado na “proporcionalidade” o remédio taumaturgo (milagroso) para todos os problemas constitucionais, ou por parte dos juristas pátrios – seja por descuido epistemológico (equivoco que se corrige com estudo), seja por perversidade ideológica (mal a ser combatido) – que abraçam tal tese de maneira acrítica e irrefletida, sem pesar (ou por que não dizer, como querem, “sopesar”) as consequências para a construção do paradigma de um direito afeito a um Estado Democrático” (SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 229-230). A nós parece-nos, entretanto, que o Princípio da Proporcionalidade, em sendo usado com o devido cuidado para não tornar-se uma espécie de panaceia resolvidora de qualquer controvérsia, é instrumento eficaz e, mais do que isso, natural, na mitigação e alcance entre dois (ou mais) direitos fundamentais em colisão.

utilização do mecanismo de sopesamento de direitos fundamentais em colisão, a fim de fazer prevalecer, no caso concreto, aquele que, dada a aplicação na situação de fato, mais condiz com as diretrizes constitucionais vigentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão aqui levantada tem como base, fatos da vida cotidiana. Situações entre particulares que, num olhar menos desatento ao que chamou o Ministro Luiz Edson Fachin de “constitucionalização do direito civil”⁴⁷, podem não identificar violações a direitos fundamentais num “mero” negócio jurídico firmado entre atores privados.

Isso porque, há não muito tempo atrás, o direito civil e as relações negociais que dele emergem eram analisados todos sob a ótica do *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato faz lei entre as partes, e sob a ótica da autonomia privada, o quê, na formação válida de um negócio jurídico, permite aos indivíduos pactuar o que melhor lhes aprouver, desde que a vontade seja livre, o objeto seja lícito, as partes sejam capazes e o negócio observe a forma prescrita ou não defesa em lei.

Sob o reinado absoluto da autonomia privada nas relações particulares, os direitos fundamentais eram analisados apenas verticalmente, ou seja, na relação cidadão-Estado. É dizer, direitos fundamentais só poderiam ser exigidos em relações de direito público, porquanto, nas relações do direito privado, a livre vontade das partes deveria permanecer soberana.

É num contexto liberal político, portanto, que a teoria da horizontalidade dos direitos começa a emergir. E essa emersão, por óbvio, foi rechaçada por argumentos que vislumbravam nesse posicionamento uma conduta intromissiva do Estado que, para além do seu papel mínimo, passaria a tutelar relações interprivadas, fazendo com que nestas relações também houvesse de se observar os limites à autonomia privada, impostos pelos direitos fundamentais.

Essa nova perspectiva, encarregada de irradiar o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico também às relações privadas, nos obrigou a, quando da formação de negócios jurídicos, incluirmos como base de sua validade outro elemento para além dos que já previstos pelo Código Civil. É dizer, nessa nova realidade, um arranjo negocial não tornar-se-ia nulo ou anulável apenas se a vontade fosse viciada, o objeto fosse ilícito,

⁴⁷ Sobre o tema sugere-se a leitura de FACHIN, Luiz Edson, 1958-. **Direito civil: sentidos, transformações e fim** – Rio de Janeiro: Renovar, 2015; e TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.); SALES, Ana Amélia Ribeiro et al. **Pensamento crítico do direito civil brasileiro** – Curitiba: Juruá, 2011.

as partes não fossem capazes ou a forma prescrita em lei não fosse observada; nessa nova realidade, negócios jurídicos firmados de modo a interferir negativamente em direitos fundamentais de uma das partes envolvidas ou de terceiros alheios àquela relação, também poderia ter sua validade questionada.

O próprio Código Civil, há que se pontuar, passou a ter interpretação conforme à Constituição, razão pela qual, sob esse viés de constitucionalização das relações privadas, não há falar no direito de o proprietário de imóvel, ainda que no uso de sua autonomia privada e de suas garantias enquanto proprietário, recusar a locação de seu bem à casal de locatários homossexuais, porquanto, incorre, nessa situação, no exercício abusivo de seu direito, pois, ao reivindicá-lo, adentra à órbita do direito fundamental à não discriminação, ferindo-o de morte.

Não há como se olvidar, ante todo o exposto no corpo deste ensaio, da inconstitucionalidade da conduta do locador que, ao valer-se de critérios discriminatórios não amparados pelo princípio da isonomia, viola direito subjetivo e fundamental do locatário que, ao ser discriminado e inferiorizado por condição sexual que lhe é intrínseca, tem violado o seu próprio direito de existir. Permitir que condutas discriminatórias em negócios jurídicos firmados entre particulares, sejam abalizadas pelo argumento da autonomia da vontade, culmina em permitir uma erosão que, pouco a pouco, poderá acabar por corroer todo um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADDOR, Nicolas; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; NASCIMENTO NETO, José Osório do . Políticas públicas de gênero na educação: uma análise para o desenvolvimento. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, p. 1-32, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 10. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?** Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 31, n. 9, p. 1104-1116, set. 2015. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p91>. Acessado em 08.07.2021.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; NOBREGA, Ana Karina Vasconcelos da. Reflexões sobre a dignidade da pessoa humana na diversidade sexual à luz da teoria crítica dos direitos humanos. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 13481-13499 aug. 2019

CABRAL, Eurico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado. a.5, n. 19, jul./set., 2004.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom**. European Court of Human Rights (Third Section) Applications nos. 31417/96 and 32377/96. DJ, 27 set. 1999. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407>>. Acessado em 09.07.2021.

FACHIN, Luiz Edson, 1958-. **Direito civil: sentidos, transformações e fim** – Rio de Janeiro: Renovar, 2015; e TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.); SALES, Ana Amélia Ribeiro et al. **Pensamento crítico do direito civil brasileiro** – Curitiba: Juruá, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos. Volume IV**. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAILLART, Adriana da Silva. SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. **Os limites à liberdade na autonomia privada** (The limits of freedom in the principle of private autonomy). Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 9-34, jan./jun. 2011. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2144/1744#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%2C%20a%20igualdade,que%20limitam%20a%20autonomia%20privada.&text=422%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20brasileiro,proibidade%20e%20boa%2D%20f%C3%A9%2080%2D9D>> Acessado em 07.07.2021.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação e integração**. Editora Juruá 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª ed. Editora Saraiva, 2021.

MELLO, C. A. B., **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ªed., Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Multiculturalismo e (novos) direitos entre Democracia e Constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 40, p. 112-132, 2016.

NAMUR, Samir. **Autonomia Privada para a Constituição da Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada – relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico da segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte-MG: Arraes, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada**. 2ª ed Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed. Livraria do Advogado, 2015.

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

SCHUCK, Elena de Oliveira; GOLDMEIER, Gabriel. **A Lei de Proibição da Burca na França: Os Limites da Liberdade e Dignidade das Mulheres sob a perspectiva da Teoria Política**. Disponível em: http://www.cienciapolitica.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/28_6_2012_19_13_2.pdf. Acessado em: 09.07.2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 32ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr 2000.

TAVARES, André Ramos, **Direito Constitucional**, Saraiva, 2002.

VALDECANTOS, Antonio. **¿Es posible lograr un equilibrio reflexivo em torno a la noción de autonomía?** In: ARAMAYO, R. R.; MUGUERZA, J.; VALDECANTOS, A. (Comp.). **El individuo y la historia**. Barcelona: Paidós 1995.

XEREZ, Rogério Saraiva. **Direitos fundamentais: eficácia na esfera das relações privadas**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2,. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acessado em 14.07.2021.