

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFICÁCIA NA ESFERA DAS RELAÇÕES PRIVADAS**

### *FUNDAMENTAL RIGHTS: EFFECTIVENESS IN THE SPHERE OF PRIVATE RELATIONS*

**Rogério Saraiva Xerez<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Dos Direitos Fundamentais; 2. Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira; 3. Eficácia Horizontal; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

**RESUMO:** O presente trabalho é sobre os direitos fundamentais e sua eficácia nas relações entre atores particulares. Ele foi realizado através de levantamento bibliográfico e tem a finalidade de analisar os direitos fundamentais, iniciando por seu surgimento, conceituação e classificação em dimensões, passando por uma análise de sua eficácia, até chegar às relações particulares. Através deste trabalho percebe-se que o tema não é pacífico na doutrina e jurisprudência, inclusive quanto à forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Verifica-se ainda que doutrina e jurisprudência brasileira vêm sinalizando par aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e que esta tese necessita para viabilizar sua utilização de um juízo de valores.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Eficácia; Relações privadas.

**ABSTRACT:** The present work is on fundamental rights and their effectiveness in relations between private actors. It was conducted through a literature review and aims to analyze the fundamental rights, beginning with its emergence, conceptualization and classification in dimensions, through an analysis of its effectiveness, to reach the particular relationships. Through this work it is noticed that the theme is not peaceful in doctrine and jurisprudence including how to incidence of fundamental rights in private relations. It also appears that

---

<sup>1</sup> Mestrado em andamento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Especialização em andamento em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro de Estudos Unificado de Teresina – CEUT. Especialista em Ciências Criminais pelo Centro de Estudos Unificado de Teresina – CEUT. Professor da Faculdade Santo Agostinho – FSA, Teresina, Piauí. rogerioxerezadv@hotmail.com

Brazilian jurisprudence and doctrine have indicated pair direct application of fundamental rights in private relations and that this thesis needs to facilitate their use of a value judgment.

**Keywords:** Fundamental Rights; efficacy; private relations.

## **INTRODUÇÃO**

As relações privadas cada vez mais se caracterizam pelo exercício do poder econômico e social, o que sobremaneira cria situações de desequilíbrio de poder entre as partes particulares envolvidas, similares à relação Estado-particular. Neste contexto, surge a necessidade de uma aplicação das normas de direito fundamental também nas relações entre atores particulares.

Neste sentido o presente estudo objetiva analisar os direitos fundamentais sobre a ótica de uma aplicação nas relações privadas, sem o intuito de esgotar o tema.

Para tanto, inicialmente será abordado o conceito de direito fundamental, além de sua classificação em dimensões, apresentando a previsão da Constituição brasileira destes direitos fundamentais.

Posteriormente será analisado o conceito aberto dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, bem como a determinação de aplicabilidade imediata e plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

Por fim, serão apresentadas algumas teses sobre a forma de incidência dos direitos humanos nas relações de direito privado no contexto da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, apontando inclusive o entendimento da doutrina e jurisprudência brasileira neste aspecto.

### **1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos reconhecidos como fundamentais são aqueles positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito possuindo importância elevada e servindo de fundamento para todo ordenamento.

Dessa forma há dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais<sup>2</sup>:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia o de segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *deificada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Desta forma, não restam dúvidas que o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera de direito constitucional positivo de determinado estado<sup>3</sup>.

Aponta-se como marco inicial dos direitos fundamentais o pacto firmado em 1215 na Inglaterra, pelo Rei João Sem Terra. A Carta Magna inglesa na verdade, trazia direitos que visavam garantir poder político aos barões mediante limitação do poder e não propriamente garantir liberdades individuais em geral<sup>4</sup>.

Todavia, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial às liberdades constantes na *Carta Charta*, para ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, ainda mais quando é justamente neste documento que se identifica (pelo menos de acordo com a maioria dos autores) a origem desses direitos, precisamente no que diz com a garantia da liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, tendo como argumento de que a liberdade constitui o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades inclusive liberdade de culto e religião<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013.

<sup>3</sup> SARLET, I. W. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>4</sup> PAULO, V. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10ª ed., São Paulo: Método, 2013.

<sup>5</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em gerações ou dimensões em consonância com seu surgimento e seu reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais.

Neste ponto, é válido apontar a crítica ao termo gerações que poderia externar uma ideia de separação dos direitos fundamentais, ou seja, a substituição de um por outro gradativamente. Na verdade tem-se uma soma, união dos direitos surgidos com decorrer do tempo, o que indica o termo dimensão como melhor opção.

Os direitos de primeira dimensão surgem em meados do século XVIII, fruto do pensamento burguês, fundamentados no direito do indivíduo frente ao poder intervencionista do Estado. Estes surgiram com a função de limitar a atuação do Estado, servindo como proteção à liberdade do indivíduo frente a sua intervenção abusiva<sup>6</sup>.

Acrescenta-se ainda os primeiros direitos fundamentais têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Desse modo, os direitos fundamentais são escudos contra abusos, exageros ou medidas autoritárias emanados do Estado, necessitando toda via de mecanismos para sua fruição<sup>7</sup>.

Com efeito, foram criadas as garantias fundamentais como forma de proteção aos direitos fundamentais. São as garantias fundamentais que fazem valer frente ao Estado, os direitos fundamentais do indivíduo. Sobre a diferença de direitos e garantias fundamentais destaca-se<sup>8</sup>:

A distinção entre direitos e garantias individuais fundamentais, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são

---

<sup>6</sup> MARMELESTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>7</sup> BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013.

<sup>8</sup> MORAIS, A. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011.

as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.

Assim os direitos fundamentais de primeira dimensão intensificam o princípio da liberdade, de forma a impor ao Estado uma abstenção, de não intromissão nas liberdades de cada indivíduo. Desta forma são denominados pela doutrina de direitos negativos, liberdades negativas ou direito de defesa do indivíduo frente ao Estado<sup>9</sup>.

Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram no início do século XX direcionado a proteção dos hipossuficientes e na igualdade dos homens, que são os direitos sociais, econômicos e culturais<sup>10</sup>.

Desse modo apesar do espírito humanista que inspirou as idéias liberais e a conquista de limitações do poder estatal, as declarações liberais não protegiam a todos. Muitos setores da sociedade não estavam satisfeitos e a igualdade formal não era suficiente, necessitando-se de igualdade e inclusão social<sup>11</sup>.

Com efeito, os direitos de segunda geração caracterizam-se por garantir o indivíduo direito de prestação por parte do Estado, tais como saúde e a educação. Houve, portanto, uma gradual passagem do estado liberal para o Estado social. Entretanto, na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar, para as circunstâncias de que tal dimensão não envolve apenas direitos positivados, mas também as "liberdades sociais" – de liberdade de sindicalização, do direito de greve, do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores férias e o repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> PAULO, V. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10ª ed., São Paulo: Método, 2013.

<sup>10</sup> MORAIS, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>11</sup> MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>12</sup> SARLET, I. W. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Observa-se assim que direitos fundamentais podem possuir características de mais de uma dimensão, no caso acima, dimensão social e dimensão individual liberal, demonstrando a ausência de hierarquia entre as dimensões de direitos.

Por fim, os direitos de terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou solidariedade protegem interesses de titularidade coletiva ou difusa. O direito de terceira geração: que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos<sup>13</sup>, que são, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso<sup>14</sup>.

Na verdade os direitos fundamentais de terceira dimensão diferenciam-se dos demais, pois visam a proteção de todo gênero humano e não um grupo de indivíduos. Possuem, portanto uma titularidade difusa ou coletiva.

Neste ponto afirma-se que:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção<sup>15</sup>.

Em síntese temos três dimensões representando, em ordem, a liberdade, igualdade e fraternidade. Todavia, não se pode esquecer que a evolução dos direitos fundamentais não se esgota na terceira dimensão, pois a preservação da dignidade humana é constante, devendo se adaptar as alterações sociais e culturais posteriores. Tal fato se confirma com a posição de alguns juristas<sup>16</sup>, que defendem a existência de direitos de quarta dimensão, como resultado da globalização dos direitos fundamentais.

---

<sup>13</sup> MORAIS, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>14</sup> VIGLIAR, J. M. M. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>15</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>16</sup> BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, os direitos fundamentais estão previstos no seu Título II, separados em cinco grupos, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos<sup>17</sup>.

Os direitos fundamentais encontram-se em posição privilegiada na Constituição brasileira, além de estarem nos artigos iniciais estão protegidos pelo manto das cláusulas pétreas, não podendo, portanto, serem abolidos nem mesmo por emendas constitucionais, conforme previsão do seu art. 60, § 4º, inciso IV.

Sobre o Título II da Constituição Brasileira acrescenta-se:

Comunga-se da tendência majoritária no sentido de reconhecer que todos os direitos e garantias lá positivados são fundamentais e que em favor da opção expressa do Constituinte milita a presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais (incluindo extenso elenco de direitos dos trabalhadores), dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos<sup>18</sup>.

Ressalta-se que este rol previsto no citado Título não tem caráter absoluto, permitindo que se insiram novos direitos, não previstos inicialmente pelo constituinte, consoante o art.5º, § 2º do mesmo diploma.

Verifica-se que o citado parágrafo determinou uma regra de abertura a novos direitos. Em razão disso pode-se dizer que para a Constituição de 1988 existem direitos fundamentais no seu Título II, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado ou dos tratados internacionais em que seja parte a República Federativa do Brasil<sup>19</sup>.

Segundo o assunto ainda destaca-se:

---

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

<sup>18</sup> SARLET, I. W. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

Ao contrário da Constituição portuguesa (art.16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema<sup>20</sup>.

Como consequência o direito fundamental não necessariamente deve estar expresso na Constituição, podendo ser implícito. À guisa de exemplo cita-se o sigilo bancário que não se encontra expresso, mas é considerado direito fundamental, pois é extraído do direito à intimidade prevista no art.5º, X da CF/88<sup>21</sup>.

Assim pode haver um direito considerado fundamental por sua essência, mesmo não constando no catálogo constitucional, demonstrando claramente que o rol constante no art.5º da CF/88 não é taxativo<sup>22</sup>.

Neste sentido, o §2º do art.5º da Constituição brasileira sinaliza para um processo constante de aquisição de novos direitos fundamentais<sup>23</sup>. Possibilita, portanto, o reconhecimento de direitos fundamentais escritos, mas fora do catálogo e ainda os não positivados.

---

<sup>20</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

<sup>23</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.



## **2. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

A Constituição brasileira prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata através do art.5º, §1º, estabelecendo aplicabilidade imediata e eficácia plena às normas definidoras dos direitos fundamentais<sup>24</sup>.

Inicialmente percebe-se que o dispositivo não aponta precisamente o alcance da norma sobre os direitos fundamentais, sinalizando apenas para uma incidência apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no art.5º da Constituição brasileira<sup>25</sup>.

Todavia, este raciocínio não representa a expressão literal do dispositivo, que se utiliza de termo genérico *direitos e garantias fundamentais* conforme o Título II da Constituição, de forma que não se pode reduzir a incidência da norma a uma determinada categoria de direitos fundamentais consagrados na carta magna, não obstante opiniões diversa na literatura jurídica.

Soma-se a isso o fato da Constituição brasileira não ter estipulado hierarquia ou distinções entre os direitos fundamentais, estando todos sob o mesmo regime jurídico. Por fim, não se pode esquecer que, como já mencionado, que os alguns direitos fundamentais possuem características de dimensões diversas, podendo, ao certo, direitos sociais, como o de greve, corresponder a direitos individuais de liberdade.

Sobre o tema acrescenta-se:

Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, à aplicabilidade imediata (por força do art.5º,§ 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (art.5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art.5º, §2º da CF, que já foi objeto de detida análise<sup>26</sup>.

Assim, pode-se afirmar que, a princípio, a norma positivada no art.5º, §1º da nossa Constituição alcança todos os direitos fundamentais assim reconhecidos constitucionalmente, ainda que em consequência do previsto § 2º do mesmo artigo<sup>27</sup>.

Ocorre, entretanto que dentre os direitos consagrados como fundamentais pela Constituição brasileira há direitos que devido a sua função prestacional e a técnica de sua positivação carecem de concretização legislativa e são denominadas de normas de baixa densidade.

Sobre a relação de densidade normativa e sua aplicabilidade afirma-se que:

Pode-se falar em norma constitucional de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seis efeitos essenciais (independente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para - de forma direta e sem *interpositio legislatori* - gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica<sup>28</sup>.

Neste caso, o direito fundamental é atingido pela norma do art.5º, §1º da Constituição, sendo assim diretamente aplicável, mas necessitando de intervenção do legislador ordinário para alcançar sua efetividade<sup>29</sup>. Deve-se,

---

<sup>26</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p

<sup>28</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

todavia, ressaltar que esse preceito constitucional aplica-se tão somente aos direitos fundamentais e não a todas as normas constitucionais, sob pena de equivocada comparação.

Neste sentido pode-se dizer que a norma disposta no art.5º, § 1º da Constituição, em que pese posição em contrário, impõe ao poderes do Estado a aplicação imediata dos direitos fundamentais de forma a maximizar a eficácia destes direitos, independentemente de necessidade de concretização<sup>30</sup>.

Convém ressaltar que este entendimento afasta a possibilidade de se considerar a norma acima citada como inexistente ou como destituída de conteúdo, mas deve ser utilizada com cautela. Devem-se observar alguns aspectos como os limites da reserva do possível, falta de legitimação do judiciário, colisão de direitos que interferem diretamente na eficácia dos direitos fundamentais em especial os sociais de natureza prestacional.

Em uma posição intermediária percebe-se a relação da densidade norma normativa na eficácia da norma constitucional, de forma a utilizar o mesmo raciocínio nos direitos fundamentais. Assim, há como determinar dois grupos de normas, as que por insuficiente normatividade necessita de intervenção do legislador ordinário para alcançar sua eficácia e outras com suficiente normatividade que não clamam de interferência para sua concretização<sup>31</sup>.

Neste sentido acrescenta-se ainda:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º§ 2º de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente 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, entendimento este

---

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p

<sup>31</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan<sup>32</sup>.

Percebe-se assim que o art.5º, §1º da Constituição, traz às normas de direitos fundamentais uma presunção de aplicação direta e eficácia imediata de forma que poderes executivo, legislativo e judiciário deverão no caso concreto de recusa a aplicação desses direitos em virtude de ausência de ato concretizador, justificar e fundamentar essa excepcionalidade<sup>33</sup>.

Com efeito, inevitavelmente por consequência do postulado da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais há um mandato de otimização da eficácia desses direitos, vinculando o poder público a agir no sentido de concretizá-los, bem como não legislar em sentido contrário.

Assim a exigência de que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do legislador constituinte no sentido impor completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais<sup>34</sup>

### **3. EFICÁCIA HORIZONTAL**

A nossa Constituição, ao contrário da Portuguesa não prevê expressamente a vinculação das entidades públicas, tão pouco privada, restringindo-se a externar a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais

Todavia, como já mencionado:

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

---

<sup>32</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

<sup>34</sup> MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

preceitos consagrados pelos direitos e garantias constitucionais<sup>35</sup>.

Percebe-se que pela determinação constitucional de aplicação imediata dos direitos fundamentais, como já mencionado, vinculam os órgãos públicos, abrangendo também a esfera privada, nas relações entre particulares, no que se chama de eficácia privada ou horizontal.

Aqui, entretanto, deve-se observar que o modelo de Estado em que os direitos individuais de liberdade surgiram, intensificou suas atividades e funções, ao tempo em que a própria sociedade aumentou sua participação no exercício do poder. Assim, a defesa do direito a liberdade individual, se estende aos particulares com maior poder social e econômico, pois neste contexto as liberdades encontram-se ameaçadas, como nas relações de consumo e trabalho.

Percebe-se que não somente o Estado pode ameaçar os direitos fundamentais, mas os próprios particulares entre si, nas suas relações horizontais, afastando a idéia que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se à relação entre Estado e o cidadão<sup>36</sup>.

Neste cenário é que surge o questionamento sobre a vinculação do particular a normas de direitos fundamentais, vez que o próprio Estado, por exemplo, não pode praticar qualquer ato estabelecendo algum tipo de discriminação, então o particular também não poderia agir contra a um direito fundamental. Nasce assim, o entendimento de imposição dos direitos fundamentais nas relações privadas, através de que se denominou eficácia horizontal.

Neste sentido acrescenta-se:

Como já demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos do indivíduo em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídica – civil, Isto demonstra as

---

<sup>35</sup> MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>36</sup> SILVA, V. A. A. **Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1º ed., 3º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

normas de direito fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão<sup>37</sup>.

Assim o conceito de eficácia privada ou horizontal baseia-se na ideia de oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, não somente nas relações Estado-Cidadão, mas também entre particulares. Significa, portanto, aplicação da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como direito subjetivo, com fundamento na Constituição.

Válido ressaltar que o tema sobre a vinculação das normas definidoras de direitos fundamentais nas relações privadas iniciou-se na Alemanha nos anos de 1950 e início de 1960 segundo e havendo também discussões nos Estados Unidos<sup>38</sup>.

No direito alemão, “essa função dos direitos fundamentais foi designado como efeito perante terceiros dos direitos fundamentais, tratando-se de efeito normativo imediato de direitos fundamentais articulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, completou ou criou de novo determinações do direito privado”<sup>39</sup>.

Todavia, o presente tema ainda está longe de alcançar um consenso, principalmente no que se refere à forma de incidência dos direitos humanos nas relações de direito privado, podendo-se apontar na doutrina os que entendem pela vinculação do particular aos direitos fundamentais somente com a presença do Estado, os que advogam a tese de eficácia mediata e os que sustentam a vinculação imediata dos direitos fundamentais aos particulares.

Aqui deve esclarecer que a maior controvérsia doutrinária em torno da vinculação aos direitos fundamentais na esfera privada não incide nas relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores

---

<sup>37</sup> ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>38</sup> MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>39</sup> HECK, L. A. **Direitos Fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

de poderes sociais e econômicos, mas sim quando há igualdade nas relações, em especial quanto o grau de sua eficácia.

A teoria do *state action*, que prevalece no direito norte-americano, tem como base que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais só existe, apenas nesta situação, com a presença do Estado, ou seja, na relação indivíduo – Estado.

Considerando o ordenamento pátrio, a citada teoria afasta o princípio da supremacia da constituição, pois, no caso de desigualdade fática entre particulares, o princípio da dignidade humana estaria ameaçado.

No que tange a teoria eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas entende-se que as normas fundamentais não possuem reflexo direto nas relações privadas, prevalecendo tal entendimento na doutrina Alemã. A aplicação direta dos direitos fundamentais ensejaria o enfraquecimento ou anulação do princípio da autonomia privada, alterando o significado do direito privado como um todo.

Para os que defendem esta teoria os direitos fundamentais não se destinam a eliminar conflitos nas relações privadas, devendo ser aplicado por mecanismos à disposição do próprio ordenamento jurídico através do Estado.

Neste sentido acrescenta-se:

Isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação as normas de direito privado (infraconstitucionais) conforme parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais de direito privado<sup>40</sup>.

Assim, no que os alemães denominaram de efeito irradiante, os direitos fundamentais possuem aplicação indireta ou medita através de dispositivos que

---

<sup>40</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

disciplinam cada área do direito, em especial por meio das cláusulas gerais e dos conceitos carentes de interpretação. Com efeito, na tese da eficácia mediata, para aplicação das normas fundamentais nas relações privadas seria necessário um processo de aplicação, interpretação e integração, ou seja, um processo de transmutação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado sob a ótica dos direitos fundamentais<sup>41</sup>.

Nesta esteira, caberia ao Estado, através do judiciário, por exemplo, na interpretação de um conceito indeterminado ou em uma lacuna do direito privado aplicar as normas definidoras de direitos fundamentais, exercendo assim uma eficácia irradiante ou mediata. Em conseqüência, caso não se realize o citado processo de transmutação, haveria um afronto direto aos direitos fundamentais.

Por outro lado a tese de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em um cenário privado advoga que os particulares estão vinculados diretamente aos direitos fundamentais, pois estes, segundo o princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam a toda ordem jurídica. Assim, não poderia se pensar que o direito privado esteja à margem da ordem constitucional.

Está tese tem sido acolhida, por exemplo, na jurisprudência brasileira, além de outras ordens jurídicas como Espanha e Portugal. No Brasil, a corte máxima, Supremo Tribunal Federal, preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares. Tratava-se de hipótese de um membro expulso de cooperativa sem atendimento a garantia do contraditório e ampla defesa no âmago do devido processo legal. Neste caso, RE158.215/RS, o Supremo entendeu por impor a observância obrigatória do devido processo legal, no processo de expulsão do associado<sup>42</sup>.

Sobre as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto acrescenta-se:

---

<sup>41</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>42</sup> MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.



É possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados<sup>43</sup>.

Assim em consonância com este entendimento, os efeitos das normas definidoras dos direitos fundamentais são imediatos, não necessitando de nenhuma interferência de cláusulas gerais ou de que qualquer interpretação do Estado.

Deve assinalar que diversamente das relações cidadão – estado, o qual a aplicação do direito fundamental significa uma limitação ao poder, no caso da relação entre particulares, a eficácia do direito fundamental, com reconhecimento do direito do indivíduo, significa o sacrifício do direito do outro.

Isto ocorre, pois na relação Estado e particular, o primeiro é somente destinatário dos direitos fundamentais, enquanto que nas relações privadas há relação entre dois titulares de direitos fundamentais<sup>44</sup>.

Assim a aplicação das normas de direito fundamental nas relações particulares passa inevitavelmente por uma questão ligada à colisão de direitos fundamentais exigindo, portanto em um juízo de ponderações. Ademais, admitem a existência de especificidades nesta incidência, assim como a necessidade de ponderar o princípio aplicado com a autonomia privada dos envolvidos.

Neste sentido a utilização do princípio da proporcionalidade, razoabilidade, a assimetria das relações entre os atores privados a defesa da dignidade da pessoa humana e do núcleo essência dos direitos fundamentais em causa, como mecanismos para viabilizar a implementação da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>44</sup> SILVA, V. A. A. **Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1º ed., 3º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>45</sup> SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

É válido lembrar neste ponto que a autonomia privada e liberdade contratual são direitos fundamentais implícitos na Constituição brasileira, estando coberto pelo mandado de otimização, devendo haver uma compatibilização no momento da aplicação dos direitos fundamentais, por se tratar na verdade de colisão de direitos fundamentais.

Assim, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados visam assegurar o equilíbrio das relações, vedando ações que afrontem as normas de direito fundamental, mas observando-se as peculiaridades de cada caso concreto.

Há de se ressaltar, por fim, que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não exclui os efeitos mediatos desses mesmos direitos, através da ação do legislador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais são aqueles positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito possuindo importância elevada e servindo de fundamento para todo ordenamento.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em gerações ou dimensões em consonância com seu surgimento e seu reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais. Os de primeira dimensão estão ligados à liberdade do indivíduo e servem como limitação ao poder do Estado. Já os de segunda dimensão referem-se à garantia do indivíduo ao direito de prestação por parte do Estado, tais como saúde e a educação. Por fim, os de terceira dimensão caracterizam-se por visarem à proteção de todo gênero humano e não um grupo de indivíduos.

Na Constituição brasileira encontram-se, os direitos fundamentais, nos primeiros artigos da mesma em condição privilegiada. Todavia, através do seu art.5º, § 2º prevê um rol de caráter não absoluto, permitindo que se insiram novos direitos, não previstos inicialmente pelo constituinte.

Prevê ainda a Lei Fundamental um mandado de otimização determinado que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, vinculando o poder público a agir no sentido de concretizá-los, bem como não legislar em sentido contrário.

Todavia, com base no aqui externado percebe-se que esta vinculação é estendida às relações com atores privados, na medida em que a participação social no poder cresce constantemente causando por certo relação de pleno desequilíbrio.

Neste contexto, nasce o entendimento de imposição dos direitos fundamentais nas relações privadas, através de que se denominou eficácia horizontal, reconhecendo a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais.

Todavia, o presente tema está longe de alcançar um consenso, debatendo-se, ainda, na doutrina, a forma de aplicação desses direitos, podendo-se apontar na doutrina os que entendem pela vinculação do particular aos direitos fundamentais somente com a presença do Estado, os que advogam a tese de eficácia mediata e os que sustentam a vinculação imediata dos direitos fundamentais aos particulares.

No Brasil, todavia, segue a doutrina e jurisprudência sinalizando pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. O próprio Supremo Tribunal Federal em várias situações se posicionou neste sentido, como foi externado aqui no julgamento do RE158.215/RS, onde Supremo entendeu por impor a observância obrigatória do devido processo legal, no processo de expulsão do associado de uma determinada cooperativa.

Todavia deve-se ressaltar que a tese de aplicação imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas deve-se observar as peculiaridades do caso concreto, havendo necessariamente um juízo de ponderação.

Por fim, para viabilizar a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, se faz necessário à utilização de outros princípios como o da

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, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

proporcionalidade, razoabilidade, tendo em vista trata-se na verdade de colisão de direitos fundamentais.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292p.

HECK, L. A. **Direitos Fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

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

MORAIS, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011.

PAULO, V. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10º ed., São Paulo: Método, 2013.

SARLET, I. W. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Direitos Fundamentais, e Direito Privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, V. A. A. **Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1º ed., 3º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011.

VIGLIAR, J. M. M. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 2007.

Submetido em: Junho/2014

Aprovado em: Junho/2014