

## Teoria geral dos direitos fundamentais e eficácia harmônica nas relações privadas

Valdenir Barbosa do Canto\*

*Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduação em Direito Público pela Faculdade Metropolitana São Carlos, FAMESC/BJI.*

Valdeci Ataíde Cápua\*

*Analista Judiciário do TJ/ES e Mestre em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes.*

Neuza Maria de Siqueira Nunes\*

*Mestrado em Economia Empresarial - Universidade Candido Mendes (UCAM); Professora de Economia na Graduação em Direito e Administração - FAMESC/BJI.*

### Resumo

O presente artigo, análise da bibliografia relacionada ao tema, aborda as questões da definição, classificação, origem e funções dos direitos fundamentais. Trata ainda de suas características e analisa controvérsias em relação aos seus destinatários e a sua aplicabilidade imediata às relações privadas.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Direitos humanos, eficácia dos direitos fundamentais.

### Abstract

This article, bibliography analysis related to the subject, addresses the definition of issues, classification, origin and function of fundamental rights. Still its characteristics and analyze controversies regarding their recipients and their immediate applicability to private relations.

**Keywords:** Fundamental rights, human rights, the effectiveness of fundamental rights.

### Introdução

Parece inegável a relação que pode ser estabelecida entre o avanço do constitucionalismo e a afirmação dos direitos fundamentais, asseverado por Mendes (2008, a). A afirmação da superioridade da Constituição, como norma superior e matriz das demais normas, só faz sentido se direcionada a assegurar a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os membros de uma dada sociedade. No caso brasileiro, a preocupação do constituinte em tal tutela se dá desde o preâmbulo do texto constitucional, quando afirma a “assegurar o exercício dos direitos sociais, e individual, a liberdade, a segurança”.

Há necessidade de elucidar os pressupostos teóricos do pano de fundo das conceituações para os direitos fundamentais. Caso contrário, o conceito acaba ficando

preenchido de uma imprecisão dogmática ou, na pior das hipóteses, temos uma repetição estéril de características sem que saibamos o porquê de suas existências.

O presente artigo visa a expor os principais conceitos relativos ao tema, bem como explicitar novas abordagens que vêm sendo preconizadas pela Doutrina. De maneira especial, aborda também a importante questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

## 1. Generalidades

Para Mendes (2004, b), os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos (outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados) e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (formam a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito).

Nesse caminhar, temos a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, a faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que coloca os direitos fundamentais como um verdadeiro “norte” de “eficácia irradiante” que fundamenta todo o ordenamento jurídico.

Para Freitas (2007), não há direito que não deva passar pelo filtro dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nestes termos, os direitos fundamentais seriam, ao mesmo tempo, ora vistos como direitos de defesa (ligados a um dever de omissão, um não fazer ou não interferir no universo privado dos cidadãos), principalmente contra o Estado; mas ainda como garantias positivas para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do mesmo Estado.

Por outra ótica, os direitos fundamentais representam garantias fundamentais de caráter instrumental. Ou seja, eles permitiriam ao cidadão acionar os Poderes Públicos – mas principalmente o Judiciário – para a proteção de outros direitos, representando, assim, meios processuais para o reconhecimento e asseguramento de direitos (por exemplo, o mandado de segurança, o *habeas corpus* etc.). Ao que pese a lição de Jorge Miranda, não seria possível estabelecer aqui, de plano, qualquer forma de hierarquia entre as leituras, muito menos afirmar que uma – a leitura, por exemplo, dos direitos fundamentais como direitos de defesa – seja mais importante que outra.

## 2. Direitos humanos e direitos fundamentais

Direitos fundamentais são os direitos humanos que passaram por um processo de positivação, ao passo que os direitos humanos seriam tomados apenas no plano contrafactual (abstrato), despidos de qualquer normatividade. Os direitos fundamentais já trariam em si as exigências de cumprimento (sanção), como toda e qualquer norma jurídica.

Canotilho (2002), distinguiu direitos do homem e direitos do cidadão. Direitos do homem seriam os direitos pertencentes ao homem enquanto tal. Os Direitos do cidadão seriam direitos pertencentes ao homem enquanto ser social.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos se separariam apenas pelo plano de sua positivação, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiros no plano interno do Estado, e os segundos no plano do Direito Internacional, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais (como os Tratados e Convenções Internacionais, por exemplo).

Para Galuppo (2003), direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos.

### 2.1 Classificações dos direitos fundamentais

Uma classificação com fundamento em um critério meramente topográfico, baseada na organização do próprio texto constitucional, revela-se insuficiente, pois o sistema de direitos fundamentais previsto na Constituição vai muito além do Título II explicitado no diploma constitucional.

Com base no pensamento de Cattoni (2003), podemos propor outra crítica, ainda mais contundente: uma leitura constitucionalmente adequada e consciente da abertura que a linguagem (seja jurídica seja ordinária) apresenta aos participantes de uma prática social, o que nos revela uma dimensão pragmática dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais não poderiam ser classificados no vácuo, ou seja, em abstrato, sem uma situação concreta de aplicação, pois, no caso real, de acordo com o uso argumentativo dos participantes é que se poderiam definir as proporções e significados do direito em debate.

Conforme o caso, por exemplo, o direito ao meio ambiente saudável pode ser tratado argumentativamente como questão interindividual de direito de vizinhança,

como condições adequadas de trabalho de uma categoria profissional ou, até mesmo, como direito das gerações futuras: depende da perspectiva argumentativa, se individual, coletiva, social ou difusa de quem o defende em juízo.

## 2.2 Gerações dos direitos fundamentais

Bonavides (2007) tornou célebre a leitura dos direitos fundamentais a partir de um perfil histórico, agrupando-os a partir de gerações de direitos.

Os direitos de primeira geração, também chamados direitos da liberdade, seriam os direitos civis e políticos, que inauguraram o constitucionalismo do ocidente, no final do século XVIII. Seu titular é o indivíduo. Encontra no Estado um dever de abstenção. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Afirmam-se, portanto, como uma natureza negativa, como quer Jellinek (2002, *apud* Bonavides, 2007), de modo a isolar juridicamente Sociedade e Estado, já que acabam por supervalorizar o homem singular.

Os Direitos de segunda geração supostamente abraçariam a noção de igualdade. São os direitos sociais, culturais e econômicos. Passava-se a exigir do Estado determinadas prestações materiais. Seriam garantias institucionais. Surgiram no curso do século XX.

Para Bonavides (2007), com o desenvolvimento dos direitos de segunda geração, também se operou uma mudança na leitura dos direitos fundamentais, percebidos agora não apenas como direito de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também como garantias institucionais, já que remetiam a uma ideia de sociedade muito mais ampla que o modelo atomista dos liberais, centrado no indivíduo como ator solidário e egoísta da vida em sociedade. Tal tese encontra divulgação no pensamento de Schmitt (1954, *apud* Bonavides, 2007), no curso da República de Weimar. Para o jurista alemão, entre outras, essas garantias objetivariam a proteção do funcionalismo público (e não do funcionário público), do magistério (e não do professor), da autonomia municipal, da independência dos magistrados etc.

Os Direitos de terceira geração se fundamentariam no princípio da fraternidade. Estaríamos falando do direito ao desenvolvimento, à paz, direito ao meio ambiente, direito de comunicação. Têm como destinatário todo o gênero humano.

Com o avanço da globalização e a universalização dos direitos fundamentais para além do campo estatal, Bonavides (2007) enunciou os direitos de quarta geração. Englobariam o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo.

Já existem autores defendendo uma quinta geração de direitos. Para o próprio Bonavides (2007), seria o direito à paz. Para Sampaio (2004), tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida. Para Marzouki (2002, *apud* Sampaio, 2004), seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem. Para Lebech (2000, *apud* Sampaio, 2004), seria o direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem.

Surgiram críticas à tese das gerações. Uma primeira crítica seria da ideia de que uma geração nova eliminaria a antiga. Chegou-se à conclusão, em um segundo momento, de que a geração nova não eliminaria a antiga, mas teríamos, sim, um acréscimo no rol de direitos fundamentais. No entanto, não se trata de mero acréscimo ou adição. A cada geração, assistimos não só à inserção de novos direitos, mas também a uma redefinição do sentido e do conteúdo dos direitos anteriormente fixados.

### 2.3 Funções dos direitos fundamentais

Segundo Miranda (2001), uma teoria precursora que trabalhou as funções dos direitos fundamentais é a intitulada teoria dos quatro *status* de Jellinek (2002, *apud* Miranda, 2001). Para tal teoria, todo membro de uma comunidade está vinculado ao Estado e é dotado de capacidade e personalidade jurídica, sendo que o mesmo, portanto, pode ser enquadrado em quatro espécies de situações jurídicas, ou seja, de *status*.

O *status* passivo ou *subjectionis* é aquele em que o indivíduo está subordinado aos poderes estatais. O *status* negativo ou *liberativus* é aquele em que o indivíduo tem o direito de exigir do estado uma abstenção. O *status* positivo ou *civitatis* é aquele em que o indivíduo tem o direito de exigir do estado o cumprimento de determinadas prestações. O *status* ativo ou *activus* é aquele em que o indivíduo tem a possibilidade de participar de forma ativa na formação da vontade política do Estado. Essa teoria pode ser analisada como a descrição do processo de emancipação da pessoa humana ao longo do processo histórico.

A teoria dos quatro *status* vem sofrendo adaptações no decorrer do tempo. Assim, a doutrina pátria vem caracterizando a existência hodierna de funções dos

direitos fundamentais, de acordo com Mendes *et al.* (2008). Assim, os direitos de defesa seriam aqueles que se caracterizam por impor ao Estado um dever de abstenção ou de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo. Exemplo: art. 5º, II, art. 5º, III, da CR/88. Os direitos de prestação, por sua vez, exigiriam do Estado uma atuação para atenuar as desigualdades. Os direitos que visam a garantir a participação do indivíduo como um cidadão ativo na formação da vontade política do Estado e da sociedade seriam a seu turno, os direitos de participação.

## **2.4 Normas sobre os direitos fundamentais: direitos ou valores?**

Para Canotilho (2002), há duas grandes teorias sobre o tema. Para os adeptos da teoria liberal, os direitos fundamentais são direitos de autonomia do sujeito, são direitos de defesa contra agressões estatais. São direitos pré-estatais, tendo natureza absoluta, sendo universais. Sua estrutura normativa compõe-se de comandos (ordens) absolutas, cujo descumprimento gera a nulidade do ato estatal.

De outro giro, os adeptos da teoria comunitarista ensinam que os direitos fundamentais reconduzem-se a uma realização otimizada, e não absoluta. Por serem a representação dos valores sociais que a sociedade considera mais importantes, não possuem uma universalidade no tempo, variam de acordo com cada arranjo social e tradição. Logo, são elementos relativos. Tal relatividade é que permitirá a concretização em graus, bem como a intervenção do Judiciário nos demais poderes, a fim de garantir a eficácia ótima.

## **2.5 Características dos direitos fundamentais**

Para um grande número de doutrinadores, os direitos fundamentais, agrupados em uma única perspectiva, seriam dotados de algumas características, quais sejam:

a) Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo. Poderíamos falar também na impossibilidade de subtração (abolição ou revogação) ou mesmo de diminuição (amesquinamento) dos mesmos (a intitulada “proibição do retrocesso”), de acordo com Cunha Junior, (2008).

a) Inalienabilidade: a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir, conforme Mendes *et al.* (2008).

c) Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais, em regra, não podem ser objeto de renúncia por seu titular. No entanto, segundo a Doutrina, é admissível, sob certas condições, a autolimitação voluntária ao exercício dos direitos fundamentais num caso concreto, embora isso deva estar sempre sujeito á constante reserva de revogação, segundo Cunha Junior, (2008).

d) Inviolabilidade: não podem ser violados pelo Poder Público, sob pena de nulidade, e nem mesmo por particulares, na ótica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

e) Universalidade: reconhece-se como seu titular toda a coletividade jurídica.

f) Efetividade: o Poder Público em suas ações deve sempre se voltar para o cumprimento dos direitos fundamentais.

g) Interdependência: os direitos fundamentais não podem ser vistos como elementos isolados, mas sim como um todo (bloco).

h) Complementariedade: no plano da interpretação, deve-se observar que os direitos fundamentais não podem ser lidos isoladamente, mas demandam um esforço de conjugação em um só sistema de direitos coerentemente integrados.

i) Historicidade: os direitos fundamentais passam por profundo processo de evolução ao longo da história da humanidade, permitindo a introdução de novos “remédios” de acordo com o próprio surgimento de novas ameaças, de acordo com Mendes (2008).

j) Relatividade: para a maioria da Doutrina, os direitos fundamentais se caracterizam pela relatividade, ou seja, eles não podem ser entendidos como absolutos (ilimitados).

k) Aplicabilidade: aqui há uma divisão doutrinária sobre a interpretação do art. 5º, § 1º, da Constituição da República. Para Ferreira Filho (1989), os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Para Grau (2008), os direitos fundamentais são dotados de aplicação imediata, mesmo se a norma que o prescrever é de cunho programático. Porém, segundo Cunha Junior (2008), autores como Ingo Sarlet, Celso Bastos, José Afonso da Silva, bem como Gilmar Mendes adotam uma posição intermediária. Para esses, há situações em que não há como dispensar uma concretização por pelo legislador (como, por exemplo, no caso de alguns direitos sociais). Assim, a norma do art. 5º, § 1º da Constituição da República determina um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a

maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos. Esses autores prelecionam que se deve observar a norma específica e o direito contido na mesma para a possibilidade aplicação imediata, embora deva-se sempre buscar, como já dito, a maior eficácia possível.

## 2.6 Destinatários dos direitos fundamentais

Na literalidade do art. 5º da Constituição da República, os direitos fundamentais têm como destinatários principais os brasileiros – tanto natos quanto naturalizados – e os estrangeiros residentes no Brasil. Há que se registrar, no entanto, que esta perspectiva literal não deve prevalecer. O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, já no início dos anos 1990, reconheceu que os estrangeiros, mesmo que não residentes no país, são destinatários – não de todos- mas de alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.

Registre-se que, para Fernandes (2012), embora os direitos fundamentais sejam tradicionalmente oponíveis ao Estado (poderes públicos), o próprio poder público pode ser alvo de proteção (fazendo uso dos mesmos).

## 2.7 Vinculação dos poderes públicos

Para a doutrina constitucionalista, é bastante claro que os direitos fundamentais funcionam como parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. Representam proteções que fogem ao alvedrio dos poderes públicos, que não podem alterá-los ou suprimi-los.

Assim, enfocando o Poder Legislativo, deve o legislador guardar respeito aos direitos fundamentais no exercício da atividade legislativa, e também deve elaborar as normas que visam regular os direitos fundamentais que dependem de concretização legislativa, de acordo com Mendes *et al.* (2012).

Nesse passo, merecer destaque a questão da aplicabilidade da chamada proibição do retrocesso. Quer isso dizer que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação deve ser considerado como constitucionalmente garantido, de modo que qualquer medida que busca aniquilar ou revogar tal núcleo será reputada inconstitucional.



A Administração Pública, em seu sentido mais amplo, está da mesma forma estritamente vinculada à observância dos direitos fundamentais, sob pena de nulidade de seus atos.

Também os órgãos judicantes devem agir sempre na persecução da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, recusando, ainda, precedentes que desrespeitem tais direitos.

## **2.8 Limites aos direitos fundamentais e a tese dos limites**

Os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado). Não há hierarquia entre direitos fundamentais, segundo Fernandes, (2012). Nesse sentido, com base na tese da não absolutização dos direitos fundamentais, indaga-se sobre a possibilidade de restrição (limitação) dos direitos fundamentais e com a intitulada tese dos limites dos limites.

Nesses termos, a pergunta seria a seguinte: Os direitos fundamentais podem ser restringidos por atos normativos infraconstitucionais? A resposta da corrente mais atual diz que sim. Para a doutrina de matriz europeia, não há dúvida de que as normas infraconstitucionais poderiam desenvolver esse papel. Há, no entanto, divergências sobre como poderia ser realizada tal perspectiva.

De fato, é de fundamental importância o conhecimento das teorias sobre o reconhecimento da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais. Tais teorias são a teoria interna e a teoria externa. Da análise de ambas, torna-se claro que a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais só ocorre para os adeptos da teoria externa. Nessa exposição, seguimos as lições de Silva (2009).

Assim, para os adeptos da teoria interna, o limite de um direito está interno a ele. Ou se tem direito subjetivo ou não se tem direito. Qualquer limitação só se dá a partir de dentro, não ocorrendo restrições externas. Esta teoria está ligada à teoria dos limites imanentes, segundo a qual cada direito apresenta limites lógicos, imanentes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito. Não se cuida de restrição imposta a partir do exterior.

Para os adeptos da outra corrente doutrinária, que defendem a teoria externa, há dois objetos: o direito em si e destacado dele suas restrições. Com isso, passa-se a

reconhecer a possibilidade de restrições a direitos fundamentais e a aferição das mesmas, mediante determinados parâmetros.

Atingido este ponto de reflexão, a questão passa a ser a de como restringir um direito fundamental e não eivar a prática de vício de inconstitucionalidade.

A procedimentalização de tal tese se dá nos seguintes termos: a limitação deve surgir para desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente em casos de colisão. A restrição não deve ser tal que, ao invés de desenvolver (dar mais efetividade) prejudique o direito fundamental, amesquinhando-o de tal forma que torne o ato inconstitucional.

Como aferir tal prática? A doutrina irá afirmar que o parâmetro adequado é a proporcionalidade da atuação do poder público. Criam-se limites para as limitações (restrições) aos direitos fundamentais. Essa tese surge como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais contra atos abusivos de origem legislativa ou administrativa. Ao mesmo tempo se suplanta a tese clássica que vê tais direitos como absolutos, só podendo ser limitados pelo próprio texto constitucional.

Trata-se da teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), ou seja, limites (com base em determinados parâmetros) para a limitação (restrição) dos direitos fundamentais. Critérios foram estabelecidos pela Doutrina para que essas limitações possam ocorrer:

1) qualquer limitação aos direitos fundamentais tem que respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, o núcleo essencial que envolve diretamente os direitos fundamentais e por derivação a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada. O controle desses limites fica a cargo do judiciário.

2) pesa uma exigência de clareza e precisão, ou seja, a limitação deve ser estabelecida de forma explícita no texto normativo infraconstitucional, como forma de proteção da segurança jurídica.

3) as limitações devem ter cunho geral e abstrato, isto é, é proibido o uso da legislação como forma de criar limitações casuísticas, que gerem discriminação absurdas ou arbitrárias.

4) as limitações devem ser proporcionais, e, para tanto, devem estar em consonância com o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (relação custo/benefício).

## **2.9 Colisões entre direitos fundamentais**

A solução para as colisões entre direitos fundamentais é concebida na tradição alemã do instrumental de ponderação de princípios. Nesse sentido, utilizando-se da regra da proporcionalidade e de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o aplicador do direito diante de um caso concreto seria capaz de atingir uma justificação racional quanto à aplicação de um direito fundamental em precedência a outro também previsto constitucionalmente, de acordo com Fernandes (2012).

Tal visão tem merecido críticas, por levar a uma leitura individualista, presa a uma visão de mundo apenas, a do magistrado, levando ao final a uma hierarquização dos direitos fundamentais.

Uma perspectiva diversa foi preconizada por Dworkin (1999), com a adoção da teoria da Direito como integridade.

A colisão é substituída pela noção de adequabilidade. Não se deve buscar o princípio maior pelo valor, mas aquele que responde às exigências do caso concreto ao mesmo tempo em que compõe sem choques o esquema de práticas sociais que chamamos de direito.

## **2.10 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**

Com o aumento da complexidade da sociedade industrial percebido pelo Direito e o desenvolvimento de novos paradigmas jurídicos, ultrapassou-se a formulação clássica que via nos direitos fundamentais limites ao exercício do poder do Estado, a barrar a ação usurpadora deste nas suas relações com os particulares. Foi teorizada uma nova possibilidade de incidência dos direitos fundamentais, decorrente da ruptura com o Estado Liberal e o advento do Estado Social.

Surge a necessidade de defender, com base nos direitos fundamentais, o particular em suas relações com outros particulares. De acordo com Sarmento (2002, b), trata-se da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, que doravante passará a coexistir com a eficácia vertical, sendo a relação que se dá entre Estado, de um lado, e particular, de outro.

A doutrina e a jurisprudência alemãs passaram a reconhecer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da década de 1950. O problema passou a ser, então, a forma como de daria a incidência desses direitos as relações

privadas. Para Canotilho (2002) surgiu a dúvida se os direitos fundamentais deveriam ser aplicados de forma direta ou indireta nas relações privadas.

Surgiram duas teses acerca da intitulada eficácia horizontal (direitos fundamentais nas relações privadas). Na primeira corrente, fala-se em uma eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais. A aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares seria sempre mediada pela atuação do legislador ou mesmo pelo Juiz, que deveria interpretar o direito infraconstitucional (privado) à luz das normas de direitos fundamentais.

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Essa teoria nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. Afirmam seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos. Nesse quadro, estaria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricionariedade dos juízes, de acordo com Sarmento (2006, a). Essa posição é majoritária na doutrina alemã, sendo assumida, por exemplo, por Konrad Hesse. Portanto, para os adeptos da teoria da eficácia indireta, cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. Competiria ao legislador proteger os direitos fundamentais na esfera privada, mas sem descurar-se da tutela da autonomia da vontade.

Para Sarmento (2006, a), a assunção de tal tese adota uma perspectiva hipertrofiada do que seja a autonomia privada e fragiliza a si mesma, uma vez que passa a ser dependente da produção legislativa infraconstitucional.

Já a segunda corrente entende que a eficácia dos direitos fundamentais é direta e imediata. A Constituição deve ser aplicada diretamente nas relações entre particulares, dispensando qualquer tipo de mediação infraconstitucional, não necessitando, portanto, da atuação do legislador nem mesmo da interpretação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição. Nesse sentido, com base na perspectiva da máxima efetividade, a Constituição deveria ser aplicada diretamente nas relações entre particulares.

Essa teoria foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justificou sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Esta corrente, para Fernandes (2012), é majoritária em países ibéricos. No que diz respeito ao Brasil, deve-se assinalar que, como acentua Sarmiento (2003, b), a Carta de 1988 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos revela com eloquência. Segundo ele, nossa Constituição, apesar da irrisignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática. Nossa Constituição, por esses fatores, favorece muito mais as interpretações que aprofundam a incidência os direitos fundamentais na esfera privada do que a Carta germânica. A linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a ideia de uma vinculação passiva universal.

Assim, sem dúvida, o Brasil vem adotando, tanto doutrinária como jurisprudencialmente, a posição europeia do manuseio dos direitos fundamentais nas relações privadas. Portanto, para Fernandes (2012), a vinculação de particulares aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente vem sendo reconhecida. Porém, ainda não há na jurisprudência do STF uma teorização sobre os limites e alcances dessa aplicação.

### **Considerações finais**

O cenário jurídico brasileiro muda corriqueiramente, em especial em razão da evolução política e histórica de cada período vivenciado pela sociedade. Tais alterações tiveram reflexos relevantes no ordenamento civil, exigindo deste uma adaptação à realidade social e reforma de seu texto.

A democratização do direito e a preocupação com os direitos fundamentais do homem foram a base da construção da Constituição Federal de 1988, preocupada não apenas com a organização política do Estado, mas também com a defesa dos interesses individuais da sociedade.

Ao falar-se na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente se a aplicação destes direitos se dará de forma mediata ou imediata, busca-se demonstrar que o Estado, através da Constituição Federal, passou a inserir também o particular como beneficiário dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

A incidência das normas constitucionais nas relações envolvendo particulares é destacada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, que passou a analisar questões que, *prima face*, seriam consideradas do âmbito privado, ou civil. Em que pese ser considerada de grande importância a implementação de normas cíveis no corpo do texto constitucional, não se pode querer, como feito por alguns doutrinadores, limitar os princípios do direito privado na aplicação dos princípios constitucionais.

A norma infraconstitucional, como centro das relações privadas, mantém suas características próprias e individualizadas, não podendo ser anulada pela norma constitucional. Estas devem, na realidade, complementar a efetivação do ordenamento privado, garantindo, deste modo, a igualdade e paridade de todos os cidadãos.

Sendo assim, o presente trabalho busca demonstrar que a chamada constitucionalização do direito civil, em especial sob a influência da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não deve ser vista como uma forma de se destacar a norma constitucional em grau máximo e minorar o ordenamento civil nas relações privadas. Devem essas normas, desta forma, ser utilizadas, em cada caso concreto, em seu conjunto, integralizando-se e harmonizando-se na busca da preservação e concretização dos direitos individuais de cada cidadão.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 88, dez. 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Jvspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Jvspodivm, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1989.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições,** 2007, p. 41.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008, a.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, b.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, a.

\_\_\_\_\_. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, b.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.