

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**MARCUS FIRMINO SANTIAGO**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Marcus Firmino Santiago, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-565-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

---

### **Apresentação**

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de São Luís, MA, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, proporcionou a reunião de diversos professores e pesquisadores dedicados ao estudo dos Direitos e Garantias Fundamentais. Tema de tamanha relevância e apelo entre os estudiosos que deu ensejo ao desdobramento do Grupo de Trabalho em dois, a fim de permitir mais aprofundado debate sobre questões extremamente atuais e relevantes.

Como de hábito nos Grupos de Trabalho do CONPEDI, o pensamento jurídico brasileiro foi representado por pessoas vindas de norte a sul do país, compondo um amplo espectro de orientações conceituais, em um rico diálogo entre diferentes escolas.

Os diversos artigos que ultrapassaram o filtro da avaliação cega foram apresentados por seus autores e ensejaram vibrantes discussões, que propiciaram substanciais conhecimentos a todos os presentes e certamente farão o mesmo aos leitores deste volume.

Os primeiros artigos abordam questões conceituais essenciais à plena compreensão e aplicação dos direitos fundamentais. Assim, o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tratado em dois textos. O antigo e sempre atual debate sobre a construção de categorias taxonômicas e a tormentosa categorização da dignidade humana são objeto dos dois estudos seguintes. O direito de resistência, preocupação presente desde as primeiras reflexões sobre direitos fundamentais, completa esta parte inicial.

Não poderia faltar o sempre necessário debate sobre a atuação do Poder Judiciário, tema de dois outros textos.

Os direitos de liberdade foram amplamente visitados por meio de artigos que trataram da liberdade religiosa; da proteção ao domicílio; do direito ao esquecimento; e do aborto. O direito à saúde foi discutido à luz da celeuma acerca da assim chamada 'pílula do câncer'. E algumas das questões sociais mais candentes da atualidade foram contempladas por estudos que abordaram a igualdade e as diferenças de gênero; o auto-reconhecimento racial no âmbito do trabalho doméstico; e o meio ambiente do trabalho face às evoluções digitais.

Como se percebe, diversos dentre os principais marcos teóricos que embasam o debate contemporâneo sobre os direitos fundamentais são contemplados, conectando-se a questões atuais e altamente relevantes, que precisam ser enfrentadas à luz de diferentes (embora não necessariamente novos) paradigmas conceituais.

Coordenadores:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - PPGD Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - PPGD Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A EFETIVIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**  
**THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Junia Gonçalves Oliveira**  
**Thamara Estefane Martins Balbino**

**Resumo**

Os direitos fundamentais vem ganhando destaque nos debates acadêmicos, pela sua importância enquanto promotores de condições essenciais de vida, pela sua capacidade de impulsionar as demais questões com as quais se relacionam. A sua relevância é ampliada a partir do momento que se mostra primordial analisar sua efetividade diante de uma Constituição que traz um rol tão grande de direitos elencados. O artigo busca saber especificamente como fica essa efetividade diante das relações entre os particulares. Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo através de pesquisa bibliográfica e documental como fonte para formação dos postulados defendidos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Constituição, Relevância, efetividade horizontal, Particulares

**Abstract/Resumen/Résumé**

Fundamental rights have been gaining prominence in academic debates, for their importance as promoters of essential living conditions, for their ability to drive the other issues with which they relate. Its relevance is amplified from the moment that it is primordial to analyze its effectiveness before a Constitution that carries such a great roll of rights listed. The article seeks to know specifically how this effectiveness is in the face of relations between individuals. For that, the method of deductive research was used through bibliographical and documentary research as a source for the formation of the defended postulates.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Constitution, Relevance, horizontal effectiveness, Individuals

## INTRODUÇÃO

Os direitos considerados fundamentais tal como o próprio nome deixa antever, são hoje vistos como imprescindíveis para viabilizar as condições essenciais de vida deixando de serem simples fenômenos jurídicos para se tornarem também um instrumento social de modo que é importante analisá-lo frente ao contexto em que se insere.

Mais que um instrumento de proteção, esses direitos avançaram suas bases para se tornarem também meios através dos quais se pretende obter mais garantias e promoção de valores que estão no ápice do ordenamento.

Assim, assegurar prerrogativas passou a ser um compromisso firmado pela Constituição Federal de 1988 que claramente assumiu um caráter protetivo voltado para a promoção de direitos em suas diversas esferas.

Outrossim, eles são direcionados para as relações não apenas entre os cidadãos e o Estado mas entre os cidadãos e seus pares, ou seja, nas próprias relações particulares.

Desta feita, a sociedade atual caracteriza-se pelo respeito que se impõe a esses direitos que acabam por permear diferentes relações e contextos e por vezes se remodelam diante de cada caso em específico.

Nessa perspectiva, é importante analisar em quais contextos se desenvolvem os direitos fundamentais para que se possa analisar não apenas o que eles dispõem mas, sobretudo, se as suas disposições são efetivamente cumpridas nas relações a que se dirigem.

Ocorre que é cediço que muitas vezes o Estado que deveria funcionar como um garantidor, acaba assumindo as vezes daquele que os viola, o que faz com que seja difícil buscar uma reparação efetiva nesse cenário de violações.

Embora seja possível observar o avanço no sentido de viabilizar melhores condições de vida aos cidadãos, principalmente diante de um extenso rol de prerrogativas constitucionais que institui a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, ainda assim, não se pode negar a necessidade de corrigir abusos que lamentavelmente permanecem ocorrendo diante de toda a sociedade.

Situação mais adversa ainda ocorre quando são os próprios pares que violam esses direitos de modo que os Direitos Fundamentais acabam sendo desrespeitados também nas relações entre os particulares.

Nesse sentido, principalmente diante de situações socialmente mais díspares, verifica-se que a própria desigualdade acaba sendo um elemento que favorece a violação de direitos entre os próprios particulares, sendo que exemplos se propagam pelas áreas econômicas, sociais e políticas.

Questiona-se como fica a proteção quando os abusos partem dos próprios pares, daqueles que em tese deveriam manter a solidariedade em suas relações e um senso de que todos são em maior ou menor medida contribuintes para a efetivação do direito do outro.

É justamente sobre esse campo que o presente artigo pretende lançar luz, demonstrando de que forma se ocorre a efetividade desses direitos na chamada relação horizontal, ou seja, entre os próprios indivíduos.

Deve-se lembrar ademais que em muitas vezes, por mais que se tente, será impossível fazer com que se cumpra efetivamente todas essas disposições asseguradas pela Constituição.

O que se apregoa, no entanto, é acerca da necessidade de fazer com que embora não seja possível cumprir em sua plenitude todos os direitos, eles sejam cumpridos na maior medida do possível, em especial naquilo que depender das relações entre os próprios cidadãos, numa consciência de que somos todos partícipes desse processo.

O presente estudo parte então de uma breve discussão sobre a efetividade horizontal dos direitos fundamentais e analisa o instituto a partir das relações entre os próprios particulares, discutindo até que ponto pode-se realmente afirmar que esses direitos são cumpridos.

Desta feita, no curso do presente trabalho optou-se por uma fonte primordial de pesquisa como material base resultante da análise bibliográfica da doutrina acerca do tema bem como da legislação pátria que contribuíram de igual forma para o enriquecimento dessa obra.

Sendo assim, a elaboração do presente artigo pretende contribuir para o debate acerca da efetividade horizontal dos direitos fundamentais sem, contudo, qualquer pretensão de esgotar o assunto.

## **2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Quando se fala de um tema tão denso como os direitos fundamentais, é natural que surjam diversas definições a esse respeito cada uma delas agregando um ponto de vista ao conceito que obviamente não tem como ser estanque.

Desta feita, considerando o fato de que o assunto pode ser tratado de diversas maneiras, em suma, os Direitos Fundamentais podem ser apontados como sendo aquelas prerrogativas conferidas ao indivíduo, sendo reconhecidos e positivados dentro da própria constituição de determinado país.

Outrossim, nas palavras de Luiz Alberto (2005, p. 109):

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Já Canotilho (2002, p. 58), assim conceitua direitos fundamentais:

(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa.

Nessa esteira de raciocínio, há que se dizer que no nosso ordenamento pátrio em específico, há uma previsão extensa dos Direitos fundamentais até mesmo como uma reação aos anos em que muitos deles foram negados no período da Ditadura.

Sob essa perspectiva, sabe-se que a previsão dos Direitos Fundamentais leva em consideração na sua positivação o contexto histórico e cultural restando claro a importância que hoje se dá à proteção desses direitos.

O próprio fato de gozarem de uma proteção especial não podendo ser suprimidos ou mesmo restringidos em situações normais, revela o seu caráter especial merecendo proteção por parte do Estado e dos demais indivíduos numa relação de verticalidade e horizontalidade respectivamente.

Assim, à guisa do que vem sendo falado até esse instante, percebe-se que os direitos fundamentais são formados por uma gama de direitos, abrangendo não apenas



aqueles considerados individuais do cidadão como também os demais direitos sociais, políticos e jurídicos elencados pela Constituição.

Desta feita, pode-se dizer, em suma, que os Direitos Fundamentais tem por escopo defender o núcleo considerado essencial de direitos do cidadão, sendo que sua previsão encontra-se elencada e protegida pela própria Constituição enquanto Lei Maior do ordenamento de um país representando uma garantia para o indivíduo e um limite para o Estado que não deve invadir arbitrariamente a esfera desses direitos.

### **3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ao falar dos Direitos Fundamentais, questão essencial é percorrer sobre as chamadas dimensões desses direitos, as quais frequentemente também recebem o nome de gerações dos direitos fundamentais.

Desta feita, tomando como embasamento o momento histórico em que ocorreu o seu surgimento faz-se a sua classificação sem esquecer, contudo, que as dimensões anteriores não são excluídas ou mesmo superadas, devendo serem vistas em uma relação de integração e complementariedade.

Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este posicionamento seguido por vários outros constitucionalistas.

Assim destaca (BONAVIDES, 2006, p. 571) que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

Boa parte da doutrina comunga do posicionamento acima, sob o argumento de que o termo gerações suscita uma suposta substituição de uma geração por outra.

(SARLET, 2007, p. 55) sobre a complementação dos direitos fundamentais:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]

No tangente à sua opção pela defesa da expressão dimensões, assim se posiciona (SARLET, 2007, p. 55

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com o passar dos tempos, Paulo Bonavides ponderou no que diz respeito ao termo gerações, de acordo com Dimitri Dimoulis (2007, p. 202), senão vejamos:

Aliás, o próprio Bonavides, no desenrolar de seu texto, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo “dimensões” em face do termo “gerações”, “caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.

Nesse sentido, essa explicação remete a uma característica dos direitos fundamentais que é justamente a questão da historicidade.

Desta feita, há que se dizer que entende-se por historicidade o surgimento paulatino dos direitos humanos que não nascem todos de antemão, encontrando-se latentes e desenvolvendo-se de acordo com a evolução da sociedade, que diante de novos contextos e questões descortinadas fazem esses direitos serem revelados.

Sob essa perspectiva, há que se dizer que foi justamente o estudo dos direitos fundamentais sob o ponto historicidade que levou à sua classificação em dimensões de direitos.

A despeito da historicidade, José Afonso Silva (2007, p. 181), relata que:

[...] os direitos fundamentais possuem dimensões históricas como todos os direitos. Surgidos com a revolução burguesa, os direitos fundamentais evoluíram e ampliaram no decorrer da História Contemporânea.

Fruto das revoluções liberais, ainda no século XVIII, os chamados direitos de primeira geração tinham como valores primordialmente a questão da liberdade.

Assim, basicamente, estão aqui compreendidos os direitos civis e políticos. São direitos de cunho eminentemente negativo pois exigem uma abstenção por parte do Estado que não poderá desrespeitá-los.

Prosseguindo nessa análise, os direitos de segunda dimensão são voltados para as questões ligadas à igualdade e foram impulsionados pela onda da Revolução Industrial. São direitos que possuem um cunho positivo, haja vista que exigem uma atuação por parte do Estado a fim de se que concretizem, abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais.

Outrossim, entre aqueles direitos que compõem a terceira dimensão estão aqueles ligados à fraternidade ou à solidariedade, necessitando de uma ampla colaboração para sua implementação.

Assim, dentre os exemplos que podem ser citados estão o direito ao meio ambiente; direito à autodeterminação dos povos, direito à paz, entre outros.

No que tange aos direitos da quarta dimensão, se inserem aqueles ligados à pluralidade, ou seja, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Por fim, necessário ilustrar que há aqueles que mencionam a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, e embora nesse sentido não haja consenso, acredita-se que aqui estejam incluídos aqueles direitos ligados à questões cibernéticas por exemplo.

Desta feita, uma vez realizada essa breve referência acerca das dimensões dos direitos, passaremos para o próximo tópico, no qual será falado sobre os direitos fundamentais e sua proteção conferida pelo Estado.

#### **4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PROTEÇÃO PELO ESTADO**

Com o aumento do poder do Estado, natural que surgissem tentativas de adequadamente equilibrar esse poder de modo que não fossem causadas ingerências nas suas relações com os indivíduos que lhe estavam subordinados.

Sob essa perspectiva, tradicionalmente, conceberam-se os Direitos fundamentais numa relação de verticalidade, tendo em vista a citada relação de subordinação existente,

de modo que os respectivos direitos eram vistos como normas destinadas a resguardar o indivíduo contra eventuais arbitrariedades que poderiam ser causadas pelo Estado numa expressão do enfoque principal a ser garantido naquele momento.

Ocorre com que a evolução das relações, em especial daquelas que antes ocupavam simplesmente a pauta das questões patrimoniais, percebeu-se a importância de ampliar essas garantias de modo que a proteção também fosse estendida à relação entre os particulares.

A constitucionalização do direito civil é um exemplo da maneira como passou a ocorrer essa mudança de paradigmas de modo que as relações entre indivíduos que estavam sob um mesmo patamar de direitos, também passou a ser alvo da tutela dos direitos fundamentais.

Desta feita, a constitucionalização do Direito traz como diretriz fundamental o preceito de que as relações jurídicas particulares também mostrem-se compatíveis e em consonância com os valores constitucionais apregoados de modo que não existam áreas absolutamente imunes à esse importante controle.

Sob essa perspectiva, a visão de que os direitos fundamentais se destinariam a regular somente a relação entre Estado e os indivíduos foi aos poucos sendo repensada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria.

A Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791, foram os marcos do constitucionalismo moderno, como destaca Alexandre Moraes (2002, p. 19):

a origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.*

Desse modo, se ao surgir, os direitos fundamentais despertavam apenas para a questão da eficácia vertical, onde o Estado era visto como o principal transgressor dos direitos assegurados aos indivíduos, paulatinamente, foi-se percebendo que ele não era o único violador dessas prerrogativas, sendo que constantemente tais abusos também partiam dos próprios particulares contra aqueles que demonstravam maior vulnerabilidade.

Assim, opressão, violência e dominação foram sendo percebidos também nas relações entre os indivíduos enquanto pares o que fez com que surgisse de igual modo a importância de se discutir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, destinada a ser

aplicada nas relações privadas, onde os interesses particulares se desenvolvem precipuamente.

Desta feita, numa sociedade fortemente marcada por uma má distribuição de renda o que por sua vez potencializa a exclusão social e a marginalização, tais combinações acabam propiciando o aparecimento de exploração de diversas formas.

O próprio crescimento econômico no país impulsiona novas modalidades de relações, sobretudo no direito privado, provocando o surgimento dos mais variados conflitos.

Nessa esteira de raciocínio, o Estado acaba não sendo o único que viola os direitos fundamentais, vez que o próprio cidadão acaba por exercer essa papel transgressor das maneiras mais variadas, passando desde as relações trabalhistas até mesmo as relações consumeristas e sociais em sentido lato.

Sabe-se, contudo, que por mais que se queira proteger os cidadãos ao máximo das violações por parte do Estado e dos particulares, a ingerência zero é impossível e inerente a essa sociedade que ávida por progressos, paradoxalmente, produz incertezas nas mais variadas formas.

## **5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Uma vez realizadas as principais considerações iniciais acerca dos direitos fundamentais, cumpre agora falar sobre a chamada eficácia horizontal desses direitos.

Desta feita, inicialmente cumpre dizer que essa horizontalidade também é denominada como eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Daniel Sarmiento (2006, p. 86) ao tratar sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim discorre:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Ainda deve ser levado em consideração a observação apontada por (LENZA, 2011, p.473), para quem, na aplicação da teoria da eficácia horizontal:

(...) poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (CF, arts. 1º, IV, e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

Outrossim, tem-se que o respectivo fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais está contido no próprio art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 o qual assevera, em síntese, que as normas que definem direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Nesse sentido, há que se dizer que pela teoria da eficácia horizontal, o grande diferencial em relação à teoria da eficácia vertical é que aqui nos dois polos da relação haverá um partícula sendo que o papel do Estado será primordialmente resguardar os direitos fundamentais na relação entre esses indivíduos.

Percebe-se nesse sentido uma importante mudança de perspectivas onde o Estado passa de uma posição de possível transgressor de Direitos a potencial garantidor dos mesmos, configurando uma verdadeira transição de paradigmas da violação para a proteção.

Desta feita, cabe ao Estado não só respeitar, mas também assegurar e garantir o regular cumprimento das normas de direitos fundamentais independente de se tratar de uma relação vertical ou mesmo horizontal.

## **6 TEORIAS EXPLICATIVAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Na esteira do raciocínio que vem sendo construído até esse ponto, falou-se que os direitos fundamentais foram concebidos inicialmente numa relação de verticalidade como uma garantia dos indivíduos em face do estado, garantindo que esse último não cometesse arbitrariedades e abusos em relação aos particulares a ele subordinados.

Ocorre que demonstrou-se que com o desenvolver das relações, mostrou-se insuficiente simplesmente partir dessa concepção de eficácia vertical dos direitos fundamentais, de modo que as próprias circunstâncias fáticas e jurídicas passaram a exigir que houvesse também uma atenção na relação entre os próprios particulares, a partir da

concepção de que eles também violavam esses direitos, principalmente em situações de vulnerabilidades sejam elas econômicas, técnicas ou mesmo sociais.

Assim, observa-se uma espécie de ângulo de 90 graus onde as duas vertentes se cruzam num ponto em comum: independente de quem ocupe os polos dessas relações, é necessário que se atente para a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Desta feita, na tentativa de explicar de que maneira ocorre essa efetividade horizontal, surgiram teorias que buscam trazer de que forma essa questão pode ser tratada.

Assim, como ponto de partida, cabe citar primeiramente a chamada teoria da ineficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, ou Doutrina da *State Action* (Doutrina da Ação Estatal).

Referida teoria, apregoa basicamente que os direitos fundamentais não podem ser aplicados nas relações travadas entre os particulares, ou seja, como o próprio nome deixa entrever, há uma ineficácia horizontal dos Direitos fundamentais, negando a sua aplicação em regra.

Essa teoria, que conforme noticiado recebe o nome de Doutrina *State Action* é a teoria adotada pelos Estados Unidos, onde se entende-se que os direitos fundamentais teriam apenas eficácia vertical, sobre a qual (PABLO, 2011, p. 179) nos revela tratar-se do encontro das vontades livres e contrapostas, de onde surge o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico.

Todavia, Aline Martins (2012) afirma:

[...]mesmo com a relativização da state action pode-se afirmar que essa teoria ainda é bastante prestigiada pela Suprema Corte norte-americana, que, entretanto, defende que o Estado não deve encorajar, em nenhuma hipótese, o desrespeito aos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Importante asseverar, no entanto, que essa vedação na aplicação dos direitos fundamentais provenientes das relações privadas e apregoadas por essa teoria passou a ser mitigada, principalmente em atividades desenvolvidas por particulares mas típicas do poder público que passariam a receber aplicação dos direitos fundamentais.

Prosseguindo nessa análise, cabe dizer que existem outras duas teorias a fim de explicar a questão da efetividade horizontal, sendo elas a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata.

Assim, de acordo com a linha explicativa da teoria da eficácia direta ou imediata, determinados direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas

sem que haja a necessidade da intervenção legislativa, daí o próprio nome da teoria indicar que essa aplicação se dará de forma direta, ou seja, imediata, sem que precise passar por maiores regulamentações legislativas.

Desta feita, nesse caso em específico o julgador após ponderar o interesses naquele caso em específico, aplicará os direitos fundamentais ao caso concreto. Imprescindível assinalar, entretanto, que a respectiva teoria não deve ser vista como extrema haja vista que não deixa de considerar a liberdade individual representada especialmente pela autonomia privada no nosso ordenamento.

Lado outro a terceira teoria, qual seja, a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais apregoa que para que os direitos fundamentais possam ser aplicados nas relações particulares é preciso que haja uma intermediação através da lei, regulando essa aplicação.

É portanto uma aplicação que precisa da atuação do poder público, mais especialmente voltada para o legislador, que não poderá editar leis que violem direitos fundamentais e ainda deverá fazer leis aptas a implementar esses direitos, determinado quais deles devem ser aplicados às relações privadas.

Assim, os direitos fundamentais expandiriam sua aplicação no caso particular através da mediação do próprio legislador que apontaria em quais casos aqueles direitos valeriam.

Nesse sentido há que se dizer que tal irradiação de efeitos dos direitos fundamentais ocorreria por meio das chamadas cláusulas gerais e justamente por essa natureza seria indispensável a atuação do legislador regulamentando.

Desta feita, em seus julgados, embora a situação ainda seja bastante polêmica, o próprio STF tem se mostrado favorável à teoria da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, não deixando de se considerar que essa análise deve ser realizada caso a caso a fim de que considere todas as peculiaridades de determinada situação em específico.

À guisa do que fora exposto, percebe-se que no caso brasileiro em especial, onde a desigualdade social é preocupante, ignorar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é absolutamente inviável.

Quanto mais flagrante forem as questões de desigualdade, maiores serão as necessidades que se proteja aquela relação, o que por sua vez reforça a teoria da eficácia horizontal direta no ordenamento pátrio.



Diante disso, impossível se abster frente à necessidade de extensão dos direitos fundamentais às relações particulares tendo em vista que, lamentavelmente, é também nesse campo onde são registradas as maiores violações a esses direitos.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo do presente trabalho, reafirmou-se a importância de se promover uma verdadeira mudança de paradigmas onde aspectos ligados à efetividade dos direitos fundamentais nas relações particulares possam vir a ser observadas em detrimento de uma ótica puramente de efetividade vertical.

Muito embora tradicionalmente a efetividade tenha sido construída numa relação precipuamente entre Estado e particulares, fato certo é que essa visão se expandiu e irradiou sua importância para relações antes não abrangidas.

Nesse compasso, algumas evoluções adquiriram importância muito grande, em especial aquelas consubstanciadas pela Constituição Federal da República de 1988, que em seu artigo 3º, I estabeleceu, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Sob essa perspectiva, o Direito acaba por assumir um papel promocional cuidando para que os direitos fundamentais não fiquem circunscritos simplesmente às relações onde figura o Estado em um dos polos, estendendo seus efeitos conforme já falado, também para as relações particulares em suas mais variadas formas de expressão.

Nesse prisma, o grande desafio que se levanta para o Direito é de como conciliar a questão dos direitos fundamentais num campo onde se construiu reiteradamente uma cultura da autonomia privada de forma tão arraigada e fortalecida.

Sabe-se contudo que por mais que se assegure a questão da autonomia, tal prerrogativa não pode ser exercida de forma absoluta, devendo sobretudo serem observados os direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos pela Constituição.

Nesse sentido é mais do que reafirmado que não existem áreas imunes ao controle Estatal que não pode permitir que sob o manto da liberdade abusos venham a ser praticados.

Desta feita, com a releitura do conceito de autonomia e de igual forma com a superação do Estado Liberal pelo Estado Social, passou-se a admitir a mitigação da autonomia da vontade em atenção ao interesse geral que deve ser o grande protagonista nessa relação entre particulares.

Uma sociedade tão diferente que abriga tantos diferentes contextos sociais, culturais, jurídicos e econômicos deve trazer de igual modo uma racionalidade e adaptação que respondam ou ao menos tenham condições de responder às inúmeras questões que se levantam, garantindo uma justiça social inclusive nas relações particulares que antes eram vistas como imunes à esse tipo de ingerências.

Assim, tendo em vista o dinamismo e a flexibilidade com as quais se apresenta, o Direito acaba por acompanhar e orientar a evolução social que hoje é proclamada nessa conjuntura.

Sabe-se, contudo, que sob a justificativa de se estender os direitos fundamentais às relações particulares não se pode, contudo, invadir em demasia o campo de atuação dos particulares sob pena de se restringir por demais a esfera de autonomia desses indivíduos, devendo haver sempre razoabilidade quando houver essa interferência.

Entretanto, importante asseverar que essa interferência mesmo que mereça cuidados para que não ultrapasse o limite do razoável, ainda assim representa um risco menor do que aquele ocasionado caso haja ausência de imposição de limites à autonomia da vontade, a qual, jamais deve funcionar como um legitimador de abusos sob o manto de que tais prerrogativas seriam em tese amparadas pelo Direito.

Nesse sentido haverá de se fazer em cada caso específico uma ponderação de valores a fim de que se conclua naquele momento qual interesse deverá prevalecer.

Conforme já noticiado, a autonomia privada deverá então ser reavaliada sob outra ótica de modo que não seja campo para o aumento de uma desigualdade que se revela predatória em suas relações.

Desta feita, falar em autonomia da vontade quando as partes estão em latente descompasso chega a ser, no mínimo, absolutamente incoerente.

Nesse sentido, não existem normas estipuladoras de direitos entre particulares que estejam fora do alcance do Estado de modo que as normas definidoras de direitos fundamentais alcancem quaisquer relações, sejam elas públicas ou privadas.

Outrossim, não existe mais aquela dicotomia entre o público e o privado de modo que o próprio direito privado tem se remodelado para atender os valores apregoados constitucionalmente sendo exemplos dessa nova conjuntura a função social da propriedade, a função social dos contratos e a boa fé objetiva.

Nesse sentido, importante o caráter conscientizador trazido à tona no qual se percebe que na busca pelo desenvolvimento não se pode permitir uma sociedade em dissonância com os valores existencialistas contemplados na Constituição de 1988,

impondo um desafio real de mudança de comportamento que privilegie os direitos fundamentais também nas relações particulares.

Desta feita, percebe-se que conjuntamente com a ideia de efetividade horizontal dos direitos fundamentais, há acima de tudo o desafio do Direito em abrandar as desigualdades nas relações entre os particulares e instituir um tipo de mudança social que de fato busque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## **REFERÊNCIAS**

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil, contratos: teoria geral**. 7ª. ed. v. IV – São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROSPA, Aline Martins. **Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas**. Disponível em [http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/APLICACAO\\_DOS\\_%20DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS\\_%20AS\\_RELACOES\\_PRIVADAS.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/APLICACAO_DOS_%20DIREITOS_FUNDAMENTAIS_%20AS_RELACOES_PRIVADAS.pdf). Acesso em 05 de agosto de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2007.