

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES

Beatriz Rigoletto CAMPOY¹

Orientador: Prof. Sérgio Tibiriçá AMARAL²

Resumo: O referente artigo trata sobre a eficácia dos direitos fundamentais na esfera particular, com base em uma retrospectiva histórica que visa mostrar a evolução dos direitos fundamentais que vai dos tempos mais remotos chamado de Rebec, por Benjamin Constant, até a mais nova face dos direitos fundamentais onde esses são oponíveis inclusive contra terceiros, a chamada drittwirkung (eficácia entre terceiros).

Palavras-chaves: eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, evolução dos direitos fundamentais , gerações de direito de Norberto Bobbio , drittwirkung , novas concepções sobre os direitos fundamentais .

1.Introdução

O que poderá ser verificado nas próximas linhas, a partir de um contexto histórico, é a evolução dos direitos fundamentais desde tempos denominados por Benjamin Constant de Rebec “liberdade dos Antigos” até os dias atuais, passando pelas quatro dimensões de direitos, três delas preconizadas por Norberto Bobbio na obra “A era dos direitos”. Nesta última fase evolutiva, aborda-se o alcance de uma nova faceta, qual seja a eficácia horizontal. Primeiramente, observar-se-á importância da evolução dos direitos fundamentais, desde a construção do Estado liberal, nos séculos XVII e XVIII, a partir das Revoluções Burguesas. Desde esta primeira fase há ampliações progressivas, que começam na França em relação aos Estados Unidos. Os franceses garantem os direitos do homem e do cidadão. Depois disso, passamos pelas outras duas gerações ou dimensões de direitos denominadas de igualdade e fraternidade. Alcançamos então a chamada eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais, qual seja uma irradiação desses direitos. Posto isto, analisa-se os limites e problemas, em especial relativos à autonomia da vontade. Toma-se como exemplo o direito de informação, chamado inicialmente de liberdade de imprensa. Utiliza-se a denominação de “liberdade dos Antigos”, com base na

¹ Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Graduado em Direito pela TOLEDO de Bauru. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos. Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em Sistema Constitucional de Garantias (ITE-Bauru). Atuou na área jornalística de 1979 a 1997. Foi professor na Faculdade de Artes e Comunicação da Unesp-Bauru de 1992-1997. Exerceu o cargo de coordenador do Núcleo de Prática Jurídica de março de 1999 a julho de 2000. Ocupa desde o ano de 1998 o cargo de Coordenador do Curso de Direito. Atualmente, leciona a disciplina de Ciências Políticas/TGE no curso de Direito.

obra de Benjamin Constant de Rebec³. A “liberdade dos Modernos” começa com o constitucionalismo na América do Norte denominada por Bobbio de “Era dos Direitos”.

2. Histórico: liberdade dos Antigos

A luta pelos direitos fundamentais começou ainda sob a égide do Poder Absoluto, em 1215, na Inglaterra, com a Magna Carta Libertatum assinada por João Sem Terra⁴. Trata-se de um documento, que foi assinado por vários reis e, portanto, possui várias versões⁵. Na original versão feita em latim bárbaro apenas garantia direitos aos “nobres” como o Habeas Corpus, julgamento pelos pares utilizando a lei da terra, a inviolabilidade de domicílio, princípio da anterioridade tributária, entre outros assegurados aos barões⁶.

A busca da limitação do poder político tem a finalidade de garantir alguns direitos individuais aos nobres, pois no absolutismo atribuíam-se plenos poderes ao soberano, o qual estava limitado pela sua própria razão, deixando os súditos entregues à sua discricionariedade. Portanto, não havia direitos oponíveis para garantir uma proteção efetiva. No tocante à liberdade de imprensa, simplesmente ela não existia e havia sim um duplo controle censorial pelo monarca e pela Igreja.

O registro de direitos num documento escrito é prática que se difundiu a partir da Idade Média por toda Europa. São os forais, covents, cartas de franquia e pactos de vassalagem, que garantiam direito às comunidades e às corporações de ofício. Eram escritos e firmados solenemente, para que fossem reconhecidos e respeitados⁷.

3. A questão polêmica das gerações de direito

Doutrinadores brasileiros como Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araujo⁸, Walther Cláudius Rothemburg, Paulo Bonavides⁹ e os portugueses Jorge

³ Rebec, Benjamin Constant. *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos <in> Escritos Políticos*, p. 257.

⁴ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p.11. “Esta é peça básica da constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo. Apesar de formalmente outorgada por João sem terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esses reis e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres”.

⁵ Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 57. O mais célebre dos pactos ingleses é a Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae (Carta Magna das Liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para outorga das liberdades da igreja e do reino inglês). O documento foi confirmado, com ligeiras alterações, por sete sucessores de João Sem-Terra, sendo que o filho de João, Henrique III assinou o documento pela primeira vez de nove para dez anos de idade e ainda o confirmou como Conde de Gloucester. Henrique III assinou outras quatro vezes, mas seu sucessor Eduardo I escreveu seu nome outras três vezes.

⁶ Nela igualmente estão garantidos: a liberdade de ir e vir (n. 41), a propriedade privada (n. 31) e a graduação da pena à importância do delito (n. 20 e 21).

⁷ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p.4. “Pactos, forais e cartas de franquia, freqüentes na Idade Média, firmaram a idéia de texto escrito destinado ao resguardo de direitos individuais, que a Constituição iria englobar a seu tempo. Esses direitos, contudo, sempre se afirmavam imemoriais, e portanto fundados no tempo passado, enquanto eram particulares a homens determinados e não apanágio do homem, ou seja, do ser humano enquanto tal”.

⁸ Araujo, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 87-88.

Miranda¹⁰ e José Joaquim Gomes Canotilho¹¹ dividem os direitos humanos fundamentais, em três gerações, dimensões ou categorias, como características próprias dos momentos históricos que inspiraram a sua criação¹².

Esta classificação tradicional estabelecida por Bobbio, no entanto, tem sido alvo de críticas, as quais apontam para a não-correspondência entre tais “gerações de direito” e o processo histórico de efetivação dos direitos humanos.

Como destaca Carlos Weis, insistir na idéia geracional de direitos, além de consolidar uma imprecisão da expressão em face da noção contemporânea desses direitos, pode se prestar como justificativa para políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais.

Nas palavras de Carlos Weis¹³, o que pode se pensar ser apenas uma questão vocabular acaba por determinar perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, em especial sua indivisibilidade e interdependência, que se contrapõem à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias.

Também contrário à classificação histórica de Bobbio, Valério Mazzuoli¹⁴ afirma que as gerações induzem à idéia de sucessão, através da qual uma categoria sucede a outra que se finda. Para o autor, o processo de desenvolvimento dos direitos humanos, assim, opera-se em constante cumulação, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos, fundada na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

Acredita-se que é possível utilizar essa classificação ao menos para alguns países centrais da Europa, embora a palavra “dimensão” possa substituir de forma mais correta “geração”, que ao nosso entender não está utilizado de forma errada se levarmos em conta o caráter histórico dessas gerações, como se passa a explicar.

O problema principal foi detectado por Boaventura de Sousa Santos¹⁵, para quem a classificação não pode ser devidamente adequada aos países periféricos e semiperiféricos, como o Brasil. Durante o período do liberalismo, muitos destes países eram colônias. Por outro lado, o Estado-Providência é um fenômeno político praticamente exclusivo dos países centrais da Europa.

Nas chamadas sociedades periferias e semiperiferias caracterizam-se em geral por enormes e gritantes desigualdades sociais que mal são mitigadas pelos direitos sociais

⁹ Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 516-525.

¹⁰ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, p. 12-18.

¹¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 380.

¹² Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 6. No mesmo sentido: “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade”.

¹³ Weis, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*, p. 40-44.

¹⁴ Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*, p. 211.

¹⁵ Santos, Boaventura de Sousa. *Os tribunais nas sociedades contemporânea – o caso português*, p.35-37.

e econômicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, tem uma difícil aplicação. Aliás, os próprios direitos da primeira geração, que o autor chama de direitos cívicos e políticos, têm uma vigência precária, fruto da grande instabilidade política em que têm vivido estes países, com períodos de exceção e ditadura. Como ressalta Boaventura, as situações variam enormemente de país para país.

No que respeita ao caso que mais nos interessa, dos países semiperiféricos, como o Brasil, a consolidação dos direitos cívicos e políticos são muito superiores à dos direitos da segunda ou da terceira geração.

4. Visão liberal dos direitos fundamentais

Século depois do “bill” britânico assinado por João Sem Terra, em 1791 foi consagrado nos EUA o “Bill of Rights” da Constituição dos Estados Unidos. Trata-se de um marco histórico inicial dos direitos oponíveis.

E ainda nesse modelo, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, amplia e universaliza a idéia de direitos fundamentais ao assegurar os direitos do homem e do cidadão. Essas declarações foram consagradas sob a luz da filosofia liberal do século XVIII que tinha como principal base à liberdade e a autonomia privada o que gerou uma visão de direitos fundamentais baseada na relação cidadão-Estado. Importante lembrar que anteriormente a Guerra da Independência, as colônias da América do Norte, menos a Geórgia, celebraram na Filadélfia o seu Congresso Continental, de protesto e, a um tempo, de declaração dos direitos dos colonos em face ao Império Britânico¹⁶.

Os bills norte-americanos não só consignam os direitos relativos às liberdades individuais, mas também os princípios dos restantes direitos públicos do indivíduo¹⁷. Segundo esta visão os direitos fundamentais são direitos de proteção do cidadão frente a ações ilícitas do Estado, a esfera privada fica totalmente imune a este controle. A liberdade de imprensa está garantida na primeira emenda do EUA e também na França.

Neste passo importante verificar a construção de um liberalismo, além do econômico, avança em direção a de um liberalismo político e jurídico na construção do Estado da época. Os direitos de primeira dimensão surgem como direitos individuais e políticos, mas também de liberdade de iniciativa e a livre disposição da propriedade¹⁸. Um fato decisivo na evolução dos direitos fundamentais está na sua concepção como direito subjetivo natural, próprio da filosofia liberal do século XVIII. Essa concepção é fruto de uma vasta tradição histórica precedentes encontrados nos forais, cartas de franquia, covenants e pactos de vassalagem, entre outros que são frutos do acervo cultural comum do Ocidente. Também são idéias dos iluministas e do racionalismo contratualista, para construir um ponto de partida das liberdades públicas. Dentro dessa ótica, na chamada primeira geração, os direitos fundamentais podem ser compreendidos dentro da idéia de liberdade, como tais se situam dentro da esfera dos direitos e garantias individuais dos integrantes do Estado. Todavia, esses bens individuais que podem ser reivindicados frente

¹⁶ Ferreira, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*, p. 23.

¹⁷ Jellinek, George. *Teoría General del Estado*, p. 640. “.....Además están contenidos en él los principios de la soberanía popular, de la división de poderes, de la duración de las funciones públicas, la responsabilidad de los que desempeñaban estas funciones, así como infinidad de otros principios de Derecho, que sólo de una manera indirecta tienen relación con los derechos subjetivos.

¹⁸ Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 359. “.encontram-se, v. g., a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência”.

ao Estado, que é o garantidor principal, podem ser exigidos em algumas relações com outros indivíduos. Esta visão liberal foi contestada na Alemanha do século XIX que introduziu outra idéia de direitos fundamentais.

5. Um avanço em Waimar

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, prestacionais e concretas. São, outrossim, direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois, fazê-lo, equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula¹⁹. Aqui, o direito fundamental de informação será um direito cultural e também prestacional, obrigando o Estado a garantir o direito de resposta, por exemplo.

Essa nova concepção dos direitos fundamentais, segundo Ferreira Filho²⁰, encontra expressão solene principalmente nas primeiras Constituições republicana alemã e espanhola – a de Weimar de 1919, a espanhola de 1931. Com menor repercussão que elas e caracterizada por um nacionalismo exacerbado está a Constituição mexicana de 1917, talvez a primeira a incorporar essas novas idéias.

Os direitos sociais e culturais iniciaram uma conscientização de um novo modelo de Estado, que acreditava ser igualmente importante, além de colocar a salvo o indivíduo, proteger as instituições e valores culturais como a informação. Foi reconhecida uma realidade social que assegurava os direitos dos grupos. Uma realidade muito mais rica e aberta à participação criativa de grupos sociais e à valoração da personalidade, que, naquele quadro tradicional da solidão individualista, não existia. O culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, era substituído por uma preocupação com o ser humano no contexto social, ficando claro, portanto, uma evolução.

O sistema liberal que predominou na Europa durante os séculos XVIII e XIX começou a entrar em decadência devido às péssimas condições de vida da população da época. A simples idéia que os direitos estavam declarados e eram oponíveis a todos, não era mais suficiente. Não existiam os meios de se buscá-los, o que não agradava a população tão degradada. Partidos e ideais políticos contra tal sistema surgiam e se espalhavam como o, comunismo e o anarquismo. Foi justamente neste momento tão conturbado que floresceu uma nova idéia sobre os direitos fundamentais, que pregava que esses direitos não poderiam simplesmente ser declarados em uma constituição, mas deveriam ser protegidos pelo Estado. A finalidade era dar aos mais pobres um direito de acesso.

O Estado então passa a ter outro papel, agora tem o dever de oferecer a sua população leis e ações que proporcionem a todos bens da vida como educação, saúde, lazer, leis trabalhistas etc. Esta seria a única forma de gerar o grande tema do que Bobbio chamou de segunda geração de direitos: a igualdade.

O primeiro país a inserir direitos de igualdade e proteção social em sua constituição foi o México em 1917 com a “Constituição Mexicana” que consagrou normas que, por exemplo, protegiam o trabalhador garantindo-lhe melhores condições de vida e

¹⁹ Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 518.

²⁰ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p.284.

davam a população direito à educação gratuita, o segundo país a seguir o exemplo do México foi a Alemanha com a Constituição de Weimar que atribuiu inovações como a igualdade salarial entre homens e mulheres já que em um de seus dispositivos dizia que homens e mulheres são iguais perante a lei. Essas constituições foram o ponto inicial para criação de Estados que proporcionavam tudo aos cidadãos desde de educação até clubes para proporcionar lazer gratuito e assim buscar aproximar as populações mais pobres das mais ricas diminuindo assim a desigualdade. Os direitos de Segunda dimensão ou geração são sociais, que tem como finalidade proporcionar os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Também fazem parte dessa categoria os direitos econômicos, que pretendem assegurar os direitos sociais e trabalhistas.

6. A Declaração da ONU

Nasceu a terceira geração dentro de um contexto histórico de apreensão do mundo, depois da Segunda Guerra Mundial, que ficou marcada pelo extermínio de etnias em campos de concentração e a explosão de duas bombas nucleares no Japão.

A divisão em gerações não tem tanta utilidade de aplicação, mas demonstra que os direitos foram expandindo os seus núcleos. Foi através da porta aberta pelo princípio democrático que os direitos fundamentais fizeram sua aparição, na Declaração da ONU, bem como em algumas Constituições e convenções internacionais posteriores.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em dezembro de 1948, se fica estabelecido que esses direitos com alcance universal, pois se consideram esses direitos sem limites de fronteiras. Poucos direitos fundamentais dispõem de uma certidão de nascimento tão clara, que utilizou como ponto de partida a Carta das Nações Unidas. A declaração foi adotada pela Resolução n.º 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro. Foi adotado pelo Brasil desde então.

O documento da ONU universaliza vários direitos, ampliando a titularidade dele para o gênero humano. O trabalho, para elaborar a Declaração Universal dos Direitos do Homem durou, 47 dias, embora fosse fruto de uma lenta e gradual evolução²¹. Antes, uma Resolução da própria entidade supranacional, a de número 59, de 14 de dezembro de 1946, reconhecia a liberdade de informação como um direito fundamental do homem e pedra de toque de todas as liberdades²². O lema dessa geração ou dimensão é a fraternidade. A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos denominada de terceira geração, com os direitos de solidariedade. Estes direitos de terceira geração têm como ponto marcante a Declaração da ONU, sendo que entre os direitos previstos estão assegurados os acessos ao desenvolvimento e ao patrimônio comum da humanidade. Portanto, pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o atuar de cada um²³. O mundo se viu obrigado a repensar mais

²¹ Araunche, Guy. *A atualidade dos direitos humanos*, p. 25. Sobre o trabalho de elaboração, diz o autor que foi o resultado do trabalho da terceira comissão, reunindo 58 membros das Nações Unidas, de 26 de setembro a 8 de dezembro de 1948.

²² Porto, Ricardo. *Derecho de La Comunicacion*, p. 8. O autor cita como pioneira na consagração formal a Resolução, considerando que essa universalização da informação se expressa: “A Liberdade de informação é um direito fundamental do homem... implica o direito a reconhecer, transmitir e publicar notícias sem censura em todos os lugares...”

²³ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.380. “... transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos”.

uma vez a idéia de direitos fundamentais. A informação surge como um valor ligado à democracia e à formação da opinião pública.

Essa declaração visava transformar os indivíduos singulares e não somente os Estados em sujeitos jurídicos internacionais e responsáveis pela efetivação dos direitos. É uma grande transformação no direito internacional e nos direitos humanos que deixam de ser direito de alguns povos para transformar-se em um direito de todos os indivíduos. Foi justamente dessa nova idéia sobre os direitos fundamentais que foi possível à criação, posterior, do Tribunal Penal Internacional, que julga crimes de guerra e genocídio cometidos em qualquer país por qualquer pessoa, independente do cargo ou posição política. Os direitos fundamentais oponíveis a todos terão que ser respeitados por todos os cidadãos do mundo. O TPI vem apenas implementar esses direitos. Sendo assim os direitos fundamentais passam a ser, cada vez mais, direitos fortes, reconhecidos e oponíveis “erga omnes”. São incontestáveis na sua extrema importância e necessário se faz que sejam oponíveis a todos indistintamente. Como revela Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a Segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”²⁴.

Ressalte-se que Celso Lafer classifica esses mesmos direitos em quatro gerações, dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais²⁴. Por recaírem nas grandes formações sociais e nos grupos primários, os novos direitos que vão surgindo dentro daquilo que Bobbio denomina de “progresso moral da humanidade” vão ter um novo nível de alcance, a chamada eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais.

7. Uma nova concepção sobre os direitos fundamentais

É cada vez maior a transformação dos direitos fundamentais, que para alguns doutrinadores alcançaram a chamada quarta geração ou dimensão. Nesse âmbito é importante admitir que estes direitos ainda não foram reconhecidos no plano internacional, nem mesmo internamente em todos os países, visto que são direitos atuais, pertencentes a uma nova geração²⁵. No entanto, mesmo pendentes de reconhecimentos por parte de alguns estados e embora previstos em tratados internacionais, acredita-se que são direitos consagrados nas gerações anteriores, mas que não foram alcançados.

Com o constitucionalismo, nas democracias, os direitos foram estendidos nos vários países. Inicialmente levou-os aos modelos de Estado “Gendarme” e Welfare State. Com a Declaração da ONU foram universalizados esses direitos de informação inclusive como às prestações devidas pelo Estado e também pelas pessoas²⁶.

²⁴ Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Apud discurso de posse do Ministro Celso de Mello como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

²⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 54. “Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma Quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e dar ordens internas”.

²⁶ A criação do Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia, que tem a brasileira Silvia Steiner como juíza é um instrumento de responsabilizar as pessoas.

A doutrina, por outro lado, começa no final do Século XX a afirmar que esses direitos não podem deixar de ser efetivados, o que tem sido uma discussão importante nessa evolução dos direitos fundamentais.

Os doutrinadores citam vários direitos como exemplos dessa incessante evolução democrática, entre os quais direito à paz, ao meio-ambiente e o direito de comunicação. Na verdade, no entanto, trata-se apenas de um indicativo daqueles direitos que se delinearão em contornos mais nítidos contemporaneamente.

Não são direitos novos, mas apenas ganharam feição diferente. Por conta disso, esse grupo de direitos pode e deve crescer, evoluir, ganhar novos delineamentos. Entende-se que o “closed caption” é uma dessas novas caras do direito de informação fundamental. Num breve relato, a tecnologia televisiva do “closed caption” é uma tecnologia televisiva que permite aos portadores de deficiência auditiva assistirem toda a programação. São legendas animadas, que são produzidas pelas emissoras, que são empresas privadas e destinadas às pessoas espalhadas difusamente pelo País.

Esta nova análise dos direitos fundamentais levou o Tribunal Constitucional Federal alemão do pós – Segunda Guerra Mundial entender que esses direitos possuem dois aspectos: o primeiro de direitos individuais frente ao estado e o segundo e inovador, de normas de princípio axiológico para todo o ordenamento jurídico. Portanto, a transformação conceitual dos direitos fundamentais ocorre sob a égide da Constituição de Bonn, que preconiza uma dupla qualificação.

Concebe-se por um lado, como direitos subjetivos de liberdade, que fazem parte da esfera jurídica de seu titular individual e, por outra parte e ao mesmo tempo, como normas objetivas de princípio e decisões axiológicas que têm valor para todos os âmbitos do direito²⁷. Portanto, há o reconhecimento de que esses direitos não devem mais operar mais apenas “verticalmente”, ou seja, na relação existente entre liberdade-autoridade, ou seja, entre particular e Estado.

Há o reconhecimento de uma eficácia horizontal, entre os particulares²⁸. Como ressalta Canotilho, diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos²⁹. Essa dupla qualidade, na qual os elementos coexistem em uma relação de tensão, é resultado da implementação de uma teoria objetiva, que redundará numa ampliação do conteúdo e aplicação dos direitos fundamentais³⁰.

Sendo assim a esfera privada, antes regulada exclusivamente pelo Código Civil, também estaria submetida aos princípios dos direitos fundamentais. Tal inovação doutrinária trouxe a tona essa questão: se os direitos fundamentais servem de parâmetro para todo o ordenamento jurídico, ele também é oponível não só ao Estado mas aos titulares dos poderes econômicos, sociais e aos próprios particulares, haveria então uma eficácia entre terceiros, ou seja, um alcance chamado pela doutrina alemã de *drittwirkung*.

²⁷ Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 66.

²⁸ Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 363. “Há uma tendência atual para reconhecer e privilegiar, também a chamada eficácia horizontal dos direitos humanos (e fundamentais). Essa ‘nova dimensão’, contudo, não ignora a anterior, nem pretende sobrepor-se a ela. Apenas pretende agregar valores àqueles já consagrados”.

²⁹ Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.403.

³⁰ Amaral, Sérgio Tibiriçá. *O closed caption como direito fundamental de terceira geração*. Dissertação de Mestrado: Instituição Toledo de Ensino: Bauru, 2003.

8. Críticas a drittwirkung

Junto com a já consagrada eficácia vertical dos direitos fundamentais de informação, que determina o respeito pelo Poder Público, insiste-se numa eficácia horizontal ou privada, que cobra o cumprimento dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares³¹. O problema é estabelecer limites para o alcance dessa eficácia privada desses direitos e garantias.

A eficácia irradiante existe, pois é a primeira consequência decorrente do caráter principiológico dos direitos, o que já está sedimentado na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha³². Contudo, onde estão os limites

Busca-se agora, como exemplo, não demonstrar que o direito fundamental de informação no Brasil, ou, os vários direitos contidos nele, tem uma eficácia horizontal, obrigando os permissionários ou concessionários das emissoras de televisão a utilizar uma tecnologia disponível a fim de alcançar, no desempenho de uma função pública, todo o gênero humano³³.

Fácil doutrinariamente comprovar que apesar das relações serem eminentemente privadas das empresas de televisão e com as pessoas portadoras de necessidades especiais auditivas, o direito de ser informado e de se informar, fundamentais, pelas suas características, devem valer para particulares. São direitos garantidos “erga omnes”. O problema é não apenas no caso citado, mas em outros, que essa eficácia afete a autonomia da vontade.

Entre as críticas e perguntas que surgiram em torno da eficácia privada “drittwirkung”, a principal foi a seguinte: se todos os cidadãos são titulares dos mesmos direitos fundamentais e estes são aplicáveis entre terceiros, então a efetivação do direito de uma pessoa limita o direito da outra. Haveria neste caso um conflito de direitos fundamentais. Ao analisar o problema sob uma óptica distinta é possível perceber que nesses casos, os direitos fundamentais funcionam como direitos e deveres.

No tocante aos direitos declarados basta reconhecer uma extensão mais ampla, e, por mero processo de interpretação, alargar o seu alcance tradicional. Contudo, como ressaltar Walter Claudius Rothenburg³⁴, essa ampliação não ocorre com as garantias constitucionais, a maior parte delas vocacionada exclusivamente para a eficácia vertical dos direitos. Portanto, embora reconheça-se a eficácia, também é importante ressaltar que a autonomia da vontade funciona como limite.

Conclusões

A transformação conceitual dos direitos fundamentais começam na primeira fase do constitucionalismo, mas o enriquecimento desse conceito fica mais acentuado com

³¹ Rothenburg, Walter Claudius. “Direitos Fundamentais e suas características” <in> *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Vol. 29, p. 63.

³² Martínez, María Salvador. *La libertad de la televisión*, p. 181. Segundo a autora, a jurisprudência tem sido neste sentido, desde o primeiro momento e cita: BverfGE 12, 205 (260); 31,314, 329); 57, 295 (320, 333 e ss).....

³³ Zaccaria, Roberto. *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, p. 398. Ao abordar o tema informação nas emissoras de televisão, o autor defende a “estensione dell’obbligo ai soggetti privati”, ou seja, a extensão das obrigações ao sujeito privado.

³⁴ Rothenburg, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e sua Características* <in> *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 29, p.63.

a Lei Fundamental de Weimar. Mesmo na primeira “carta” francesa já ocorre uma ampliação, quando são assegurados os direitos do homem e não apenas do cidadãos francês, como ocorreu nos Estados Unidos.

O ponto culminante é mesmo sob a égide da Constituição de Bonn, que concede uma dupla qualificação aos direitos fundamentais. Se concebe, de um lado, como direitos subjetivos de liberdade, que fazem parte da esfera privada do seu titular individual. De outra parte, mas ao mesmo tempo, esses direitos surgem como normas objetivas de princípio, que tem valor axiológico para todos os âmbitos do direito. Atualmente a boa doutrina aceita o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais, mas a questão é complexa e necessita de muita discussão para se chegar ao ponto limite dessa dupla qualificação, pois existe uma relação de tensão nessa ampliação dos direitos fundamentais. Não atuam mais apenas na relação do indivíduo com o poder público apenas, mas como valores supremos que regem todo o ordenamento jurídico e informam as relações dos particulares. Todavia, essa ampliação não pode ser levada às últimas conseqüências de limitar a autonomia da vontade. A mudança é, sem dúvida, um enriquecimento jurídico por intermédio dessa irradiação.

Apesar dos cuidados, podemos entender no reconhecimento dos direitos fundamentais nas relações privadas, como o caso do “closed caption”. O limite é a autonomia privada que não constitui um princípio que deva se defendido por si só a qualquer preço, pois se é um bem de natureza fundamental, não goza da primazia sobre as restantes liberdades constitucionais. No caso de colisão de princípios deverão se aplicar às regras de contingência. Há de se buscar uma dimensão dessa irradiação sobre o ordenamento jurídico privado que procure chegar a um compromisso de coexistência do direito privado com a eficácia universal dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1.^a ed., 1999.

ESTRADA. Julio Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

JELLINEK, George. **Teoria General Del Estado**. Buenos Aires: Euros Editores S. R.L. 2.^a ed alemana, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 24.^a ed., 1997.

.----- **Direitos humanos fundamentais**. 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. 1.^a ed, São Paulo: Max Limonad, 1954.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1.^a ed, 2002./

