

# A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PARTICULARES

Beatriz Rigoletto CAMPOY<sup>1</sup>

Sérgio Tibiriçá AMARAL<sup>2</sup>

Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”

**RESUMO:** A eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares dentro de evolução histórica, as chamadas gerações de direito de Norberto Bobbio Dentro desse progresso moral da humanidade, surge uma relação privada desses direitos, ou seja, uma eficácia entre particulares. Com isso, há uma mudança de foco desses direitos e garantias que eram oponíveis somente frente ao Estado. Dentro dessa evolução, esses direitos também são oponíveis aos terceiros, embora existe um limite que é a autonomia da vontade. Esse novo passo surge na Alemanha, questão denominada de “drittwirkung”, que alcança outros ordenamentos, o brasileiro inclusive.

**Palavras-chave:** Direitos. Estados. Constituição Federal. Citação.

## 1 INTRODUÇÃO

O que se aborda no presente artigo, a partir de um contexto histórico, é a evolução dos direitos fundamentais desde tempos denominados por Benjamin Constant de Rebec “liberdade dos Antigos” ou “Era dos Direitos” até os dias atuais, passando pelas quatro dimensões de direitos, três delas preconizadas por Norberto Bobbio. Nesta última fase evolutiva, aborda-se o alcance de uma nova faceta, qual seja a eficácia horizontal, mas se discute também a questão da ocidentalização dos direitos fundamentais. Primeiramente, observar-se-á importância da evolução dos

---

<sup>1</sup> Discente do curso de direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

<sup>2</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar e especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público. Coordenador da Faculdade de Direito da Toledo e professor titular da cadeira de TGE. sergio@unitoledo.br

documentos ingleses, como a Magna Carta e outros bills da Inglaterra, pois a Revolução que imporá o constitucionalismo nascerá, futuramente, numa colônia, quando surge o modelo liberal clássico de declaração de direitos e separação de poderes. A escolha da Grã-Bretanha é devido ao reflexo dos seus pactos na história do constitucionalismo nos Estados Unidos da América.

Os direitos fundamentais, desde a construção do Estado liberal, nos séculos XVII e XVIII, a partir das Revoluções Burguesas, nascem e se formam como uma doutrina que vai apresentar características próprios nos estados que as adotam. 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 para alcançarmos 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 obra de Benjamin Constant de Rebec<sup>3</sup>.

## **2 HISTÓRICO: LIBERDADE DOS ANTIGOS**

A luta e a evolução dos direitos fundamentais começaram ainda sob a égide do Poder Absoluto, em 1215, na Inglaterra, com a Magna Carta Libertatum assinada por João Sem Terra<sup>4</sup>. Trata-se de um documento, que foi assinado por vários reis e, portanto, possui várias versões<sup>5</sup>, o que comprova que houve

---

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

<sup>4</sup> 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 rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavras) de cidades como Londres”.

<sup>5</sup> 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

contendas entre os reis e os nobres que posteriormente iriam integrar o Parlamento. Na versão original escrita em latim bárbaro, entre os direitos dos “nobres” estão o Habeas Corpus, julgamento pelos pares utilizando a lei da terra, a inviolabilidade de domicílio, princípio da anterioridade tributária, entre outros assegurados aos barões<sup>6</sup>. Esses privilégios serão futuramente constitucionalizados no rol dos direitos e garantias. E porque a escolha da Magna Carta se existem outros documentos importantes, como a “Bula Dourada” de 1222, da Hungria, para a qual se voltavam todos os que lutavam por liberdades, como faziam os ingleses. Mas entre a Bula Dourada e o documento britânico havia duas diferenças notáveis, nas quais vale a pena observar na evolução dos direitos: a natureza do governo constitucional<sup>7</sup>.

O registro de direitos num documento escrito é prática que se difundiu a partir da Idade Média por toda Europa. São os forais, covenants, cartas de franquia e pactos de vassalagem, que garantiam direito às comunidades e às corporações de ofício. Além desses, foram registrados vários “bills” na Grã-Bretanha. Eram também documentos escritos assegurando direitos e deveres, que eram firmados solenemente, para que fossem reconhecidos e respeitados<sup>8</sup>.

Além das várias versões da Magna Carta, a história jurídica inglesa registra esses outros importantes documentos nos quais ficam demonstradas a evolução dos “privilégios” ou direitos de tempos imemoriais, como a Petição de Direitos, de 1628, o Hábeas Corpus Act, de 1679, e o Bill Of Rights, de 1689, que instalou os reis protestantes William de Orange e Mary Stuart.

---

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.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> Wilson. Woodrow, *Governo Constitucional dos Estados Unidos*, p. 7. O autor explica Muito embora tomasse o mesmo caminho, a Hungria não conseguiu governo constitucional como a Inglaterra. Sem dúvida alguma o principal motivo foi que os nobres da Hungria lutavam pelos privilégios de uma classe, enquanto os barões da Inglaterra tinham em vista os privilégios de uma nação..”

<sup>8</sup> 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”.

### 3 A QUESTÃO POLÊMICA DAS GERAÇÕES DE DIREITO

Vários doutrinadores brasileiros como Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araujo<sup>9</sup>, Walther Cláudius Rothemburg, Paulo Bonavides<sup>10</sup> e os portugueses Jorge Miranda<sup>11</sup> e José Joaquim Gomes Canotilho<sup>12</sup> dividem os direitos humanos fundamentais, em três gerações, dimensões ou categorias, como características próprias dos momentos históricos que inspiraram a sua criação<sup>13</sup>.

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.

Também contrário à classificação histórica de Bobbio, Valério Mazzuoli<sup>14</sup> 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

---

<sup>9</sup> Araujo, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional, p. 87-88.

<sup>10</sup> Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 516-525.

<sup>11</sup> Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Vol. IV, p. 12-18.

<sup>12</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, p. 380.

<sup>13</sup> 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”.

<sup>14</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais, p. 211.

errada se levarmos em conta o caráter histórico dessas gerações, como se passa a explicar.

O problema principal foi detectado por Boaventura de Sousa Santos<sup>15</sup>, 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, começando pela República de Weimar, que teve Max Webber na sua comissão redatora.

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

#### **4 VISÃO LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO**

Séculos 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 fruto de inspiração jusnaturalista. Todavia, antes disso, em 12 de junho de 1776, teve início a positivação dos Direitos do Homem com a Declaração do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, influenciada por Samuel Pufendorf.

A Constituição dos EUA aprovada em 17 de setembro de 1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais chamada de “Bill of rights”. Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados soberanos que se reuniram numa Federação. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir esse pacto se se introduzisse na Constituição uma Carta de Direitos, em que se garantissem os direitos fundamentais<sup>16</sup>.

As emendas foram elaboradas de acordo com os enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando a origem às dez

---

<sup>15</sup> Santos, Boaventura de Sousa. Os tribunais nas sociedades contemporâneas – o caso português, p.35-37.

<sup>16</sup> Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 159.

primeiras Emendas à Constituição, aprovadas em 1791. Não por acaso, a emenda inicial traz a liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição.

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 baseadas na relação cidadão-Estado. Mas, o modelo francês deixa claro que existem direitos do homem e do cidadão.

Fica, portanto, patente uma evolução, pois como afirma José Afonso da Silva, os direitos do homem são de caráter pré-social, concernentes ao homem independente de sua integração em uma sociedade política, são, nos seus termos, a liberdade, a propriedade e a segurança<sup>17</sup>. Esses são direitos inclusive dos não franceses, o que não ocorreu com o modelo norte-americano.

Os segundos são direitos que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são direitos de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei, como expressão da vontade geral, o direito de acessos aos cargos públicos, entre outros.

A Declaração de Virgínia e a de outras colônias inglesas na América eram concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa é mais abstrata, mas “universalizante”, de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) intelectualismo, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapasse os indivíduos do país, para

---

<sup>17</sup> Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 162.

alcançar valor universal; c) individualismo, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião<sup>18</sup>.

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 Britânico<sup>19</sup>.

Os bills norte-americanos não só consignam os direitos relativos às liberdades individuais, mas também os princípios dos restantes direitos públicos do indivíduo<sup>20</sup>. 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 propriedade<sup>21</sup>. Um fato decisivo na evolução dos direitos fundamentais se constituem na sua concepção como direitos subjetivos naturais, próprios 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 tal se situam dentro da esfera dos direitos e garantias individuais dos integrantes do Estado. Todavia, esses bens individuais que podem ser reivindicados frente ao

---

<sup>18</sup> Robert, Jacques. *Libertes publiques*, p. 44 , 45 e 46.

<sup>19</sup> Ferreira, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*, p. 23.

<sup>20</sup> Jellinek, George. *Teoría General del Estado*, p. 640. “.....Además están contenidos en él los principios de la soberanía popular, dela divisón de poderes, de la duración de las funciones publicas, la responsabilidad de los que desempenaban estas funciones, así como infinidad de otros principios de Derecho, que sólo de una manera indirecta tienen relación com los derechos subjetivos.

<sup>21</sup> 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”.

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.

#### 4.1 Os Dois Contributos Franceses Para O Crescimento

Dois são os importantes contributos da Declaração Francesa em relação ao “bill of rights” dos Estados Unidos. Inicialmente, o próprio título do texto revela uma preocupação dos franceses de alcançar não apenas os seus cidadãos, mas o gênero humano. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é, portanto, um documento para garantir direitos ao gênero humano. Se isso não bastasse, o Estado que surgia com a Revolução Francesa também assegurava liberdades no âmbito do direito privado. Somente mais, com a chamada teoria liberal individualista surgiram e foram solidificadas duas idéias: 1) a função dos direitos fundamentais é a defesa dos indivíduos frente ao Estado e 2) o direito privado tem o seu próprio direito, sobretudo os códigos, separados do direito constitucional.

Buscava estabelecer limites ao direito de propriedade da Igreja e de alguns bispos, pois o alto clero era um dos maiores donos de terra.

Ao abordar o documento de 26 de agosto de 1789, Canotilho explica que a “declaração” estava num plano superior à Constituição, vindo a lei em terceiro lugar na pirâmide hierárquica. Além disso, as leis eram produto da vontade geral e também gerais, garantido, deste modo, a observância do princípio da igualdade perante a lei e conseqüente repúdio das velhas “leges privatae” (privilégios) características do *Anicen Régime*<sup>22</sup>.

Como a limitação atinge também esses privilégios ou regalias, os direitos oriundos da Revolução incidem sobre as relações privadas. Uma prova disso é a mudança do Judiciário, que passa a ser um poder inerte, que vai apenas conferir as hipóteses da aplicação da lei. Os juizes até então nomeados como privilégios ou agradecimento pelo Rei acabam perdendo os seus títulos de magistrados. Há uma

---

<sup>22</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 96.

mudança radical, pois os magistrados deixam de exercer uma jurisdição parcial, já que não podem mais beneficiar seus amigos da nobreza e do clero e nem mesmo julgar sempre a favor de quem lhe concedia a jurisdição. Esse fato é importante para as relações particulares entre os franceses, independente de classe ou estado.

## **5 PRIMEIROS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS**

A internacionalização dos direitos do Homem teve início na segunda metade do século XIX, tendo-se manifestado no campo do Direito Humanitário, na luta contra a escravidão e na regulação dos direitos do trabalhador assalariado<sup>23</sup>.

Nesse sentido, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual foi fundada a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1880.

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, tem-se a Convenção n.º 11, de 1921, sobre o direito de associação dos trabalhadores agrícolas, e a Convenção sobre trabalhos forçados, de 1930

No período entre as duas grandes guerras, surge o Acordo sobre a Escravidão, adotado em 1926, com a repressão ao tráfico de escravos africanos.

## **6 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 anti-liberal. Nasceram abraçados ao princípio da

---

<sup>23</sup> Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 5.ª ed, p. 469.

igualdade, do qual não se podem separar, pois, fazê-lo, equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>24</sup>.

Essa nova concepção dos direitos fundamentais, segundo Ferreira Filho<sup>25</sup>, encontra expressão solene principalmente nas primeiras Constituições republicanas 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.

A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, tem como destaque os direitos sociais, que não existiam na Constituição Imperial de 1871, mas eram mencionados nas Constituições dos territórios alemães. O Livro II foi dedicado inteiramente aos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”, contendo três capítulos referentes, respectivamente, a “Pessoas Individuais”, “Vida Social”, “Religião e Associações Religiosas”.

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 valorização 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.

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, mas não existiam meios de se busca-los já não estava agradando uma 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, idéia esta que pregava que esses direitos não poderiam simplesmente estar declarados em uma constituição, mas deveriam ser protegidos

---

<sup>24</sup> Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 518.

<sup>25</sup> Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional, p.284.

pelo Estado para que os mais pobres pudessem ter acesso a estes direitos . O Estado então passa a ter outro papel , agora tem o dever de oferecer a sua população leis e ações que proporcione a todos educação, saúde, lazer, leis trabalhistas e direitos sociais. Esta seria a única forma de gerar o grande tema do que Bobbio chamou de segunda geração de direitos : a igualdade.

Essa Constituição exerceu grande influência no constitucionalismo moderno, sobretudo pela ênfase dada aos direitos fundamentais prestacionais.

Por outro lado, 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 davam a população direito a educação gratuita

Mas, as inovações e evoluções mais profundas 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 foi a “Lei Maior” alemã, que teve na sua comissão de sistematização figuras como Max Webber.

Essas constituições foram o início para criação de Estados que proporcionavam tudo aos cidadãos desde educação até clubes para proporcionar lazer gratuito e assim buscar aproximar as populações mais pobres da 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.

## 7 A DECLARAÇÃO DA ONU

### 7.1 Antecedentes Imediatos

O contexto no qual surge a Declaração Universal é o dos efeitos da Segunda Guerra Mundial. Pretende-se dar uma resposta ao nazismo e todas as atrocidades cometidas antes e durante a guerra, em especial as cometidas contra os judeus e outras etnias perseguidas pelo nazismo. A divulgação dos horrores cria um movimento muito forte em defesa dos direitos humanos.

O problema comunidade internacional chegou ao consenso de que era necessário e urgente salvaguardar os direitos humanos<sup>26</sup>. Em 1941, o presidente norte-americano Roosevelt já postulava o respeito aos direitos humanos como um dos princípios essenciais da ordem vigente no pós-guerra.

Em 1945, a Carta das Nações Unidas contempla como uma finalidade fundamental, o respeito aos direitos humanos.

Sua elaboração durou, aproximadamente, dois anos. Em sua votação não houve nenhum voto contrário e apenas oito abstenções, de países socialistas, Arábia Saudita e África do Sul. Considerando a diversidade cultural, política e religiosa, é de se destacar o grau de aprovação.

Vale lembrar que o documento buscava ser universal e assim se intitulava, num momento em que 2/3 da humanidade ainda viviam em regime colonial, que representou uma auto-limitação das potências coloniais.

---

<sup>26</sup> Comparato, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos do Homem, p. 54.

## 7.2 O Surgimento da Declaração

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 Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro. Foi adotado pelo Brasil desde então. Trata-se do primeiro texto jurídico-internacional que apresenta um catálogo completo dos direitos humanos.

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 evolução<sup>27</sup>. 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 liberdades<sup>28</sup>. O lema dessa geração ou dimensão é a fraternidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo como sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático como fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos.

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 tem como ponto marcante a Declaração da ONU, sendo que entre os direitos previstos estão assegurados o

---

<sup>27</sup> Araunche, Guy. A atualidade dos direitos humanos, p. 25. Sobre o trabalho da 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.

<sup>28</sup> 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...”

acesso 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 um<sup>29</sup>. O mundo se viu obrigado a repensar mais 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 visa julgar crimes de guerra e genocídio cometidos em qualquer país por qualquer pessoa, independente do cargo ou posição política. Os direitos fundamentais oponíveis á 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”<sup>30</sup>. 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 sociais<sup>31</sup>. 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.

---

<sup>29</sup> 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”.

<sup>30</sup> Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais, p. 57.

<sup>31</sup> 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.

### **7.3 O Sistema das Etapas da Declaração**

A Declaração, como Resolução da Assembléia Geral, não tinha força jurídica para obrigar, mas contaria com uma “força moral” e a pressão internacional. Deveria ser, contudo, apenas a fase inicial do desenvolvimento de uma efetiva e verdadeira proteção internacional dos direitos humanos.

A segunda fase consistiria na elaboração de um instrumento jurídico internacional que fosse obrigatório e vinculante, que desenvolvesse e aprimorasse a Declaração.

Numa terceira fase seria a fase de execução na qual todos os direitos seriam implementados por meio de mecanismo próprios. Esses mecanismos específicos seriam desde comissões específicas até mesmo a ampliação das competências do Tribunal Internacional de Justiça, passando também pela criação de órgão judiciário especial para apreciar os casos de violação dos direitos humanos, que colocaria fim nos tribunais de exceção, como foram os tribunais de Tóquio e Nurenberg.

Essa concepção implicaria, de certa maneira, o abandono da unidade dos direitos humanos. Mas os pactos foram ratificados pelos países e surgiram: o Pacto Internacional Referente aos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

## **8 UMA NOVA CONCEPÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Com o constitucionalismo, nas democracias, os direitos foram estendidos nos vários países. Inicialmente levou-os aos modelos de Estado “Gendarme”, ou seja, ao modelo liberal pelos séculos XVII e XIX. Depois, o modelo do Welfare State e da Constituição Mexicana de 1917 segue o mesmo caminho, sendo copiado por outros estados. Com a Declaração da ONU foram

universalizados esses direitos de informação inclusive como às prestações devidas pelo Estado e também pelas pessoas<sup>32</sup>.

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 novidade que permite as pessoas portadoras de deficiência auditiva assistirem toda a programação. É uma legenda animada, que é feita pelas emissoras, que são empresas privadas e destinadas as 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.

Tal discussão veio a tona com o chamado caso Lüth na Alemanha em 1958, quando um senhor chamado Lüth, na época presidente de um clube de imprensa, promoveu um boicote a um filme cujo diretor se consagrou na época do terceiro Reich e por conta disso a produtora demandou o senhor Lüth na esfera civil e obteve da mesma uma sentença positiva.

O senhor Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal e interpôs amparo (verfassungsbeschwerde) por violação a seu direito fundamental de liberdade de expressão e foi justamente nesta sentença de referido tribunal que se manifestou pela primeira vez a respeito da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada e considerou o seguinte:

Se concebe por um lado os direitos fundamentais, 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

---

<sup>32</sup> 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.

axiológicas que têm valor para todos os âmbitos do direito<sup>33</sup>. 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 particulares<sup>34</sup>. 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 indivíduos<sup>35</sup>. 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 fundamentais<sup>36</sup>.

Mas esta problemática ainda envolve duas correntes uma da chamada eficácia direta ou imediata e a indireta ou mediata.

No primeiro caso, entende-se que os direitos fundamentais devem ter uma aplicação direta em relação à esfera privada, seus defensores afirmam que não só o Estado por conta do poder que detém pode intimidar o indivíduo, mas todo e qualquer ente que por conta de seu poderio econômico possa colocar o cidadão isolado em situação de desvantagem, por conta disso a esfera privada também está vinculada diretamente aos direitos fundamentais uma vez que esta é capaz de limitar a liberdade individuais por conta de seu poder.

O segundo caso adota uma aplicação mais branda da *drittwirkung*, ou seja, os direitos fundamentais devem sim ser considerados na esfera privada, mas sem uma aplicação direta, na verdade devem ser entendidos como o limite que cada particular encontra nas suas relações com outro particular. Além disso, também se aceitam os direitos fundamentais como normas de valor axiológico, que guiam todo o ordenamento jurídico. Mas, isto também é aceito pela primeira corrente.

---

<sup>33</sup> Estrada, Alexei Julio. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, p.66.

<sup>34</sup> 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”.

<sup>35</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.403.

<sup>36</sup> Amaral, Sérgio Tibiriçá. O closed caption como direito fundamental de terceira geração. Dissertação de Mestrado: Instituição Toledo de Ensino: Bauru, 2003.

No plano internacional, um problema está relacionado com os valores ocidentais. A mutilação genital feminina soará primitiva, desumana, cruel e tribal. É bastante difícil aceitar que uma família possa fazer essa “ablação” na sua própria filha. Mas, Boaventura Souza Santos afirma que compreender determinada cultura a partir dos ‘topoi’ de outra cultura pode revelar-se muito difícil, se não mesmo impossível”<sup>37</sup>.

Uma maneira de contornar estes obstáculos e às críticas feitas à doutrina dos Direitos Humanos Universais, é a criação de uma nova mentalidade, à qual Boaventura Souza Santos denomina de “globalização contra-hegemônica”, contrariando à existente atualmente que impõe uma globalização hegemônica. Para ela, para que os direitos humanos comecem a surgir da base, “têm de ser reconceptualizados como multiculturais”. E afirma mais: O multiculturalismo, tal como eu entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”<sup>38</sup>.

## 9 CONCLUSÕES

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

---

<sup>37</sup> Santos, Boaventura Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos, p. 115.

<sup>38</sup> Santos, Boaventura Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos, p. 112.

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 consequências 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 ser 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 e isso só é possível através da limitação constitucional da drittwirkung.

## **BIBLIOGRAFIA**

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

Bobbio. Norberto. A era dos direitos . Campus, 2004

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2000.

Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1.<sup>a</sup> ed., 1999.

Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1.<sup>a</sup> ed, 2000.

Jellinek, George. *Teoria General Del Estado*, Buenos Aires: Euros Editores S. R.L. 2.<sup>a</sup> ed alemana, 2005.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 24.<sup>a</sup> ed., 1997.

..... *Direitos humanos fundamentais*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

Ferreira, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*, 1.<sup>a</sup> ed, São Paulo: Max Limonad, 1954.

Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1.<sup>a</sup> ed e 5.<sup>a</sup> ed, 2002 e 2007.

Wilson, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos* (Clássicos da Democracia), São Paulo: Ibrasa, 1963.

Tenório, Guillermo. *Drittwirkung*, la eficacia de los derechos (www,guillermotenorio.blogger.com)

Grimm, Dieter. *Constitutionalismo y Derechos Fundamentales* (Colección Estructuras y Procesos), Madrid: Trotta, 2006