

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Dayane Aparecida RODRIGUES MENDES¹

RESUMO: O presente trabalho versa sobre os direitos fundamentais nas relações entre particulares e a importância do Poder Judiciário para efetivação destes direitos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais.
Eficácia Horizontal. Judiciário.

1. Os direitos fundamentais efetivando os direitos humanos

Desde o período axial (século VIII A.C até 632 A.D, ano de falecimento do profeta Maomé- fundador da religião monoteísta) o homem passou a ser discutido em sua essência.

A idéia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão, opressão e, em prol da salvaguarda contra o despotismo e arbitrariedade e, na asserção da participação na vida comunitária e de princípio de legitimidade (SILVA, 2002, p. 30).

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO, 2001, p. 11)

Todavia, Marcelo Guimarães da Rocha e Silva (2002, p. 30) defende que os direitos humanos surgiram quase que concomitantemente ao direito internacional, durante o século XVI, sendo Francisco de Vitória, Bartolomeu de la Casas, Francisco Suárez e Hugo Grotius os fundadores do direito internacional. Segundo o autor, *“Francisco de Vitória, primeiro professor de teologia na Universidade de Salamanca, na Espanha, defendia teoricamente o direito dos índios*

¹ Discente no quinto ano do curso de Direito da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio do Toledo” em Presidente Prudente e estagiária na Procuradoria da República. E-mail: dayanemendes_direito@hotmail.com

na América espanhola recém-descoberta, expondo, inclusive, sua concepção de soberania limitada, já Bartolomeu de la Casas, através da ação, enfrentou o colonizador para exigir o reconhecimento dos direitos indígenas”.

Sem dúvidas, foi a partir do período axial que a igualdade entre todos os homens ganhou maiores contornos. Mas, como afirma Fábio Konder Comparato (2001, p. 12), *“foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”*. Isto explica a importância dada por Marcelo Guimarães da Rocha e Silva, dentre outros autores, ao desenvolvimento do Direito Internacional como fonte dos Direitos Humanos.

Para muitos doutrinadores as terminologias *“direitos humanos”* e *“direitos fundamentais”* não devem ser utilizadas como sinônimas.

a expressão *“direitos fundamentais”* (*“droits fondamentaux”*) surgiu na França (1770) no movimento político e cultural que deu origem à *“Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”* (1789)². Apesar da inexistência de um consenso doutrinário acerca de sua diferença em relação aos *“direitos humanos”*, a distinção mais usual é no sentido de que ambas contemplam, em planos distintos, direitos relacionados à *liberdade* e à *igualdade* criados com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana.

Os *direitos humanos* se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (*plano internacional*), ao passo que os *direitos fundamentais* são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (*plano interno*), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com a ideologia e a mocidade do Estado (NOVELINO, 2008, p. 201).

No mesmo sentido ensina Marcelo Guimarães da Rocha e Silva (2002, p. 37), que:

a partir do momento em que os direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico de uma nação qualquer, eles passam a se chamar *“Direitos Fundamentais”*, estes sim dotados de aplicabilidade nos países individualmente considerados (caso as Constituições e as leis nacionais sejam realmente aplicadas).

A importância destes direitos fundamentais é essencial para a garantia da efetividade dos direitos universais do homem, porque de nada adianta a posse dos direitos, se não há meios de efetivá-los.

E as Constituições modernas, que garantem um Estado de Direito, prescrevem tais direitos e a maneira de como torná-los efetivos. Esse o ponto fundamental.

2 Apud PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 30

De acordo com esse entendimento, os direitos fundamentais surgiram em razão da necessidade de efetivação dos direitos humanos que, desde os primórdios da civilização humana vem sendo discutidos.

Uma das dificuldades encontradas para efetivação dos direitos humanos era a questão da soberania dos Estados. Era preciso mantê-la, porém, limita-la em prol do desenvolvimento humano mundial. Daí a importância dos Tratados Internacionais, pois, é através deste instrumento normativo, devidamente ratificado, que os Direitos Humanos adentram, como Direitos Fundamentais, sem atingir a soberania do Estado, num determinado ordenamento jurídico³.

³ Enquanto que tratados internacionais são a espinha dorsal da lei internacional de direitos humanos, outros instrumentos, como declarações e princípios, adotados em nível internacional, contribuem para uma melhor compreensão, e desenvolvimento destes direitos fundamentais. O respeito e a implementação dos direitos humanos requer a criação de leis, tanto em nível nacional como global.

As leis internacionais de direitos humanos estabelecem obrigações que os Estados têm que respeitar. Ao ratificarem estes tratados, os países assumem obrigações com a finalidade de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos entre seus cidadãos. Através da ratificação dos tratados internacionais, os governos devem implementar medidas locais compatíveis com as obrigações estabelecidas nos instrumentos legais. Se algum país não consegue ou não quer punir os abusos contra os direitos humanos cometidos em seu território, existem mecanismos e procedimentos dentro da ONU que permitem que estes abusos sejam denunciados.

Os nove mais importantes tratados internacionais – e seus protocolos adicionais - sobre direitos humanos são:

Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – Esta Convenção foi aprovada em 07/03/1966 e entrou em vigor em 04/01/1969; o Brasil ratificou o documento em 27/03/1968.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - Aprovado em 16/12/1966, o Pacto entrou em vigor em 23/03/1976, sendo ratificado pelo Brasil em 24/01/1992. Seu Protocolo Opcional de 16/12/1966 entrou em vigor em 23/03/1976 e até a data, não foi ratificado pelo Brasil. O Segundo Protocolo Opcional visando Abolir a Pena de Morte de 15/12/1989 que entrou em vigor em 11/07/1991 também ainda não foi ratificado pelo Brasil.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Este Pacto foi aprovado em 16/12/1966 e começou a vigorar em 03/01/1976; foi ratificado pelo Brasil em 24/01/1992.

Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - A Convenção foi aprovada em 18/12/1979 e entrou em vigor em 03/09/1981. O Brasil ratificou o documento em 01/02/1984. Seu Protocolo Opcional de 06/10/1999, que começou a vigorar em 22/12/2000 foi ratificado pelo Brasil em 28/06/2002.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos e Degradantes - Aprovada em 10/12/1984, a Convenção entrou em vigor em 26/06/1987 e foi ratificada pelo Brasil em 28/09/1989. Seu Protocolo Opcional de 18/12/2002, que vigora desde 22/06/2006 foi ratificado pelo Brasil em 12/01/2007.

Convenção sobre os Direitos da Criança - Esta Convenção foi aprovada em 20/11/1989 e entrou em vigor em 02/09/1990, sendo ratificada pelo Brasil em 24/11/1990. O seu Protocolo Opcional sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados de 25/05/2000 – que passou a vigorar em 13/02/2002 – foi ratificado pelo Brasil em 27/01/2004. Seu Protocolo Opcional sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil de 25/05/2000 (entrada em vigor em 18/01/2002) também foi ratificado pelo Brasil (27/01/2004).

Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias - Aprovada em 18/12/1990, com entrada em vigor em 01/07/2003, esta Convenção não foi ratificada pelo Brasil.

Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.
[...] A *ratificação* é o ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. (ACCIOLY, 2002, p.28 e 34).

O “movimento político e cultural” que marcou o início da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, a que se refere Antonio Enrique Pérez Luno, foi a Revolução Francesa, sobre o lema: *liberdade, igualdade e fraternidade*. E o documento que melhor retratou esta passagem foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Portanto, a evolução do homem em sua essência tornou, a cada período histórico e em intensidade oscilante, a busca pela efetividade dos Direitos Humanos um fato cada vez mais presente nas Constituições Federais dos Estados. Mais do que a declaração (não obstante sua grande relevância histórica), passou-se a defender que é preciso tornar eficaz os direitos então declarados.

2. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Considerado como Direitos Humanos no plano do direito público interno, quanto à sua natureza jurídica, no dizer de Marcelo Guimarães da Rocha e Silva (2002, p. 35) **apud** Willis Santiago Guerra Filho, os direitos fundamentais “*estariam consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais” que seriam a “densificação” (CANOTILHO) ou “concretização” (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele “princípio fundamental geral”, de respeito à dignidade humana*”.

De acordo com a teoria inaugurada por Ronald Dworkin e, posteriormente, por Robert Alexy, segundo a qual os Princípios (finalísticos) e as Regras (descritivas) integram o conteúdo normativo (normas), o doutrinador

Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência - Aprovada em 13/12/2006, entrou em vigor em 03/05/2008 e ainda não foi ratificada pelo Brasil. Seu Protocolo Opcional de 13/12/2006, que entrou em vigor na mesma data da convenção também ainda não foi ratificado pelo Brasil.

Convenção Internacional para Proteger todas as Pessoas de Desaparecimentos Forçados – Esta Convenção, de 20/12/2006, ainda não entrou em vigor e não foi ratificada pelo Brasil

Site: http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=72

brasileiro Humberto Ávila (2007, p. 78), propôs o seguinte conceito de Princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ainda sob a ótica de Humberto Ávila (2007, p. 97), “*os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras. [...] Essa aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e funções pode ser qualificada de função eficaz*”. Em nota, o autor ressalta que a expressão “função eficaz” foi utilizada por Tércio Sampaio Ferraz Jr., “in”, Introdução ao Estado do Direito, p. 196.

A função eficaz se desdobra em eficácia interna e externa dos princípios. No entanto, por ora, o presente estudo se limitará apenas à análise da eficácia interna dos princípios, ou seja, àquela que é inevitável para a compreensão de outras normas (princípios ou regras). Segundo Ávila (2007, p. 97) essa eficácia pode ser direta ou indireta. Será direta quando a sua atuação não precisar da intermediação de outro princípio ou sub-princípio ou regra. A contrário sensu, será indireta quando a referida intermediação for necessária.

Sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais, como é o caso, a classificação desenvolvida por José Afonso da Silva é a que mais se destaca dentre os doutrinadores brasileiros.

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos *efetivamente* se produzem.

[...] A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realizada social. (BARROSO, 2000, p. 84-5).

Em seus estudos, José Afonso da Silva asseverou que existem

normas constitucionais de aplicabilidade e eficácia imediata, contida e limitada, dependendo do conteúdo de cada norma.

Normas Constitucionais de Eficácia Plena e Aplicabilidade Imediata: aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente para a sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para a sua aplicação.

Normas Constitucionais de Eficácia Contida e Aplicabilidade Imediata, mas passíveis de restrição: aquelas que, embora tenham recebido normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, prevêem meios que lhe podem reduzir a eficácia e a aplicabilidade.

Normas Constitucionais de Eficácia Limitada: aquelas que não receberam normatividade suficiente para sua aplicação, deixando o constituinte originário margem para o legislador ordinário traçar sua respectiva complementação ou regulamentação. (ALVARENGA, 1998, p. 113 **Apud** José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982).

Quanto aos Direitos Fundamentais a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, §1º⁴, estabelece que as normas referentes a este assunto têm aplicação imediata (é mesmo que dizer que os Direitos Fundamentais têm eficácia imediata ou plena, seguindo a classificação de José Afonso da Silva). Mas, se assim for considerado não se poderá defender a eficácia interna indireta dos princípios ensinada por Humberto Ávila, uma vez que esta necessita de uma intermediação normativa para produzir efeitos, como verificado alhures. A veracidade de tal afirmação, sob o prisma dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, é que se buscará adiante, durante o desenvolvimento deste trabalho.

Num primeiro momento se pensou apenas na eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações dos particulares com o Estado, tendo em vista a hipossuficiência daquele em relação a este, detentor do monopólio da jurisdição e de um histórico de opressão e abuso de poderes.

4 Artigo 5º, §1º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais, atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte, destacando-se, neste contexto, o art. 18/1 da Constituição portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha. (SARLET, 2001, p. 239 apud R.R. Ruschel. *AJURIS* n°58 (1993, p. 294-5).

Ressalte-se, ainda, que já o anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, no art.10, continha preceito semelhante. Constata-se, porém, que a doutrina pátria (a exemplo do que ocorre no direito comparado, inobstante de forma menos acentuada) ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao significado e alcance do preceito em exame, que passou a integrar a pauta dos temas mais polêmicos no âmbito de nosso direito constitucional. (SARLET, 2001, p. 239)

Na doutrina liberal clássica os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (*direitos de defesa*). Por esta relação jurídica ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão *eficácia vertical* dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2008, p. 230)

Mas, segundo Jellinek os Direitos Fundamentais podem ser classificados como: direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação.

Os *direitos de defesa* caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção (caráter negativo) no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar.

Os *direitos a prestações* possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestações materiais e jurídica. Os *direitos de participação* possuem um caráter negativo/positivo e têm por função garantir a participação individual na formação da vontade política da comunidade. O âmbito concreto desta categoria pode variar de acordo com o entendimento de cada autor. (NOVELINO, 2008, p. 223-4)

Desta forma, torna-se evidente que nem todos os Direitos Fundamentais terão eficácia vertical, tendo em vista que alguns se relacionam com os interesses do particular frente o próprio particular. Então surge a necessidade de estender a eficácia dos Direitos Fundamentais de forma horizontal, ou seja, entre particulares (onde não há hierarquia entre os sujeitos).

[...] a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações, nas quais os particulares encontram-se em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica), vem sendo denominada de *eficácia horizontal* ou *privada* dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2008, p. 230)
Apud SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, p. 193-194)

Existem três principais teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo Marcelo Novelino (2008, p. 230).

A primeira, conhecida por Teoria da Ineficácia Horizontal ou Doutrina da “state action”, como o próprio nome sugere é aquela que nega qualquer efeito dos

direitos fundamentais na relação entre particulares. Embora enfraquecida, esta é a teoria adota no direito norte-americano.

A segunda, é a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta, onde *“os direitos fundamentais poderiam ser relativizados nas relações contratuais a favor da “autonomia privada” e da “responsabilidade individual.[...] Por essa razão, caberia ao legislador a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por meio de uma regulamentação compatível om os valores constitucionais”*. (NOVELINO, 2008, p. 232-3). Esta é a teoria majoritariamente adotada na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal.

A última é a Teoria da Eficácia Horizontal Direta, criada por Hans Carl Nipperdey, segundo a qual *“a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade”*. (NOVELINO, 2008, p. 233 **apud** SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, p. 220-221).⁵

Embora não seja a majoritariamente adotada em seu país, Robert Alexy é adepto à terceira teoria. Da mesma forma, países como a Espanha, Itália e Portugal.

No Brasil, como se viu, a nossa Constituição positivou, em seu artigo 5º, §1º, o Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais. Partindo desta premissa, muitos doutrinadores defendem que a Teoria que mais se aproxima deste fim é a da Eficácia Horizontal Direta.

Aparentemente, o constituinte desejou a utilização, em regra, da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais (ou eficácia interna direta dos princípios, segundo Humberto Ávila), porém, nem sempre isto será possível, tendo em vista que o conteúdo de alguns Direitos Fundamentais não tem natureza de eficácia plena, mas, contida ou até limitada.

Considerando, pois, a natureza principiológica dos Direitos

5 Neste ponto, oportuno relembrar que as Teorias da Eficácia Horizontal Direta e Indireta muito se assemelham à classificação mencionada por Humberto Ávila, conforme estudado acima, quando este se refere à eficácia interna direta e indireta dos princípios constitucionais.

Fundamentais, torna-se válido afirmar que a busca pela Máxima Efetividade destes Direitos (também consagrados na Constituição) legitima a conjugação das Teorias da Eficácia Horizontal Direta e Indireta. De fato, em sua Teoria Integradora, Robert Alexy defende que alguns direitos fundamentais poderão admitir tanto a eficácia direta quanto a indireta. Sendo que, nestas ocasiões, os efeitos serão plenamente conciliáveis entre si. Ernst-Wolfgang Böckenforde e Juan María Bilbao Ubillos, conjugam deste mesmo entendimento.

Noutros termos, “*a aplicação será direta apenas se o enunciado e sua natureza o permitirem*” (NOVELINO, 2008, p. 235). Portanto, os defensores da Teoria da Eficácia Horizontal Direta primam pela conjugação desta com a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta. Mas admitem que, em regra, a eficácia deverá ser indireta, para se evitar abusos do Poder Judiciário.

A partir do momento em que se admite a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, torna-se possível e desejável uma harmonização dos dois modelos. O ideal é que nesta espécie de relação ocorra a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais por meio de lei (*efeito irradiador*). Todavia, não existindo a mediação por parte do legislador no sentido de determinar o alcance dos direitos fundamentais na vinculação dos particulares, tais direitos podem (e devem) ser aplicados diretamente.

É importante observar que os defensores da *eficácia horizontal direta* não sustentam a sobreposição das ponderações judiciais em relação às legislativas. Havendo regulamentação legislativa específica, desde que compatível com a Constituição e com os direitos fundamentais, deve prevalecer a aplicação da norma infraconstitucional. Somente na hipótese de serem deficitárias, insuficientes, lacunosas ou manifestamente inconstitucionais é que as concretizações legislativas deverão ser afastadas. (NOVELINO, 2008, p. 236)

Outros, por outro lado, discordam e defendem que a regra deverá ser a eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

Enfim, embora a regra seja a eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º), existem direitos fundamentais plasmados em normas de eficácia limitada, dependentes de regulamentação por lei para que produzam a totalidade dos efeitos pretendidos pelo constituinte; essa realidade não tem como ser simplesmente contornada por uma regra constitucional que afirme terem os direitos fundamentais eficácia e aplicabilidade imediatas. Nos casos em que a própria Constituição remete a uma legislação futura para a efetivação da norma, ou quando, mesmo sem essa remição expressa, sejam necessárias providências legislativas e administrativas para sua concretização- o que ocorre comumente no caso dos direitos sociais-, devemos entender que a aplicação imediata enunciada no §1º do art. 5º vale para aquilo em que for possível: a revogação imediata do direito subconstitucional anterior com elas incompatível, a vedação imediata da edição de leis ou prática de atos que frustrem o direito, a

possibilidade de utilização do mando de injunção etc. (ALEXANDRINO, 2003, p. 44-5)

Para o prof. Marcos de Azevedo (2006, p. 158) os princípios são *“normas jurídicas de eficácia plena e imediata, a dispensar a intermediação de regras concretizadas. Provocado ou não pelas partes, o juiz está sempre autorizado a aplicar diretamente um princípio ao caso trazido ao seu julgamento, por força do disposto no §1º do art. 5º da Constituição”*. Nesse diapasão o autor cita como exemplo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de injunção nº107, do Distrito Federal.

A negativa de que os princípios não admitem intermediação normativa para produção de seus efeitos, porém, contraria os ensinamentos Robert Alexy, dentre outros.

Apesar da dicotomia existente entre aqueles que defendem a eficácia horizontal direta dos Direitos Fundamentais, os adeptos desta corrente não negam a relevância da atuação dos Órgãos Jurisdicionais para que, de fato, estes direitos sejam aplicados no caso concreto.

3. A atuação do Poder Judiciário na eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Dada a sua natureza jurídica, os Direitos Fundamentais possuem elevada carga de abstratividade, característica comum entre os princípios.

Ocorre que diante de um caso concreto, ante esta abstratividade, muitos magistrados buscam socorro nas regras (intermediação legislativa). Não obstante, na ausência desta, o juiz não poderá abster-se do dever de solucionar a lide, em atenção ao Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da CF/88). Ainda assim, na jurisprudência brasileira, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar algumas decisões onde a aplicação da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais ocorreu de forma direta (nesse sentido, ver o RE nº 158.512/RS, RE nº 161.243/DF e RE nº 201/819/RJ).

Como estudado acima, os princípios podem não ter aplicação imediata, tendo em vista que, no clássico dizer de Robert Alexy, são *“mandamentos de otimização”*, ou seja, *“normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”*. (NOVELINO, 2008,

Para Dworkin as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida ou a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios⁶. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimensiono f weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Nessa direção, a distinção elaborado por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estreitando as duas espécies normativas. Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio do qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas recebe prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: “Se no caso concreto um outro princípio não tiver maior peso”. É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo tudo ou nada. (*Alles-oder- Nichts*). Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão). (ÁVILA, 2007, p. 37-8)

Quando se fala em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais muitas vezes o magistrado irá se deparar com a colisão destes princípios constitucionais ou de conteúdo diverso. Segundo Dworkin, havendo colisão, enquanto as regras seguem à lógica do “tudo-ou-nada” (*“rules are applicable in all-or nothing fashion”*), os princípios seguem a regra do “mais ou menos”, da ponderação.

⁶ Apud Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26, e “*Is law a system of rules?*”, *The philosophy of law*, p. 45.

A colisão de direitos ocorre quando dois ou mais direitos abstratamente válidos entram em conflito diante de um caso concreto, hipótese na qual as soluções serão divergentes de acordo com o direito aplicado. [...] Só há colisão quando os direitos são exercidos dentro do âmbito de proteção constitucional (limites imanentes), pois do contrário o que se verifica é apenas um “conflito aparente”.

[...] No caso de colisão a solução dos conflitos deve ocorrer com base no “juízo de ponderação” (NOVELINO, 2008, P. 241-2).

A ponderação deve ser utilizada para solucionar casos difíceis, do inglês “hard cases” (BARROSO, 2006, p. 358). De acordo com a doutrina, ela passa por três etapas: a primeira (preparação) consiste em identificar as normas possivelmente aplicáveis ao caso concreto e agrupá-las; a segunda (também preparação) consiste em analisar as circunstâncias do caso concreto e suas respectivas conseqüências; a terceira (ponderação propriamente dita) atribuirá peso aos elementos encontrados e preferência às normas.

É na *terceira etapa* que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade ou razoabilidade* (BARROSO, 2006, p. 359-60).

No dizer de Luís Roberto Barroso, conforme se verifica na citação acima, a ponderação deve ser conduzida pelo Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade. Todavia, oportuno lembrar que este princípio pressupõe o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras de Hartmut Maurer, a proporcionalidade, antes do exame dos três elementos retro mencionados, deve estar pautada na relação meio-fim. “*O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a uma finalidade*” (ÁVILA, 2007, p. 162). Mas, dada a sua extensão que o tema (Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade) exige, ele não será aprofundado no presente trabalho.

Prosseguindo, como bem lembra Luís Roberto Barroso “a interpretação da Constituição é exercida por órgãos dos três Poderes estatais. Assim se passa, em primeiro lugar, para delimitação de sua própria esfera de competências. Ademais, cada um deles precisa determinar o conteúdo de normas constitucionais no desempenho de suas atividades” (2006, p. 116). A interpretação da Lei Maior (o que inclui os Direitos Fundamentais) feita pelo Poder Judiciário, no entanto, “se dá (a) pela aplicação direta de um preceito constitucional (questão constitucional) ou (b) pela verificação da compatibilidade de uma norma frente à Constituição (controle de constitucionalidade) A interpretação pelo Judiciário é final e vinculante para os outros Poderes. Não é incomum que a interpretação judicial venha sobrepor-se à interpretação feita pelo Legislativo - como se passa quando declara uma lei inconstitucional- ou pelo Executivo”. (BARROSO, 2006, p. 118).

Considerando a importância da interpretação judicial, sobretudo quanto à análise de uma “questão constitucional”, oportuno tecer alguns comentários sobre as duas principais correntes que versam sobre extensão e limites da interpretação constitucional.

A primeira, mais conservadora (também conhecida por Interpretativismo), entende que “a Constituição deve ser compreendida apenas como “ingredientes constitucionais”, sem que sejam considerados os fatores extraconstitucionais. O papel do juiz deve se limitar à sua aplicação, sem modificá-la”. (NOVELINO, 2008, p. 72). A segunda, de outra banda, mais progressista (denominada Não-interpretativismo), defende que “os tribunais têm, não apenas a faculdade, mas o dever de desenvolver e evoluir o texto constitucional em função das exigências do presente. Cabe-lhes descobrir os valores consensuais existentes no meio social e projetá-los na tarefa interpretativa. Sagüés observa que esta compreensão se associa ao chamado “ativismo judicial”, doutrina que confere ao Judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes, partindo do pressuposto de que esse Poder, em geral, seria o mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade”. (NOVELINO, 2008, p. 73).

Seguindo essas teorias, a doutrina internacional desenvolveu alguns métodos de interpretação da Constituição. Os principais métodos são: Método jurídico (Forsthoff), Método científico-espiritual (Rudolf Smend), Método tópico-problemático (Theodor Viehweg), Método hermenêutico-concretizador (Konrad

Hesse) e Método normativo-estruturante (Friedrich Müller), sendo os dois últimos métodos os que mais se destacam.

Konrad Hesse partiu da premissa de que a *“interpretação constitucional é concretização”*. Ou seja, interpretação e aplicação constituem um *“processo unitário”* (NOVELINO, 2008, p. 70 **Apud** HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 62).

[...] uma mudança das relações fáticas pode- ou deve- provocar mudanças na interpretação da Constituição [...].
Em síntese: pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen). (HESSE, 1991, p. 23-4)

Friedrich Müller, diferentemente, foi um pouco mais adiante e entendeu que a interpretação é apenas um dos elementos da concretização constitucional. Segundo ele, a norma não pode ser isolada da realidade, do mundo do ser. Mas, *“na concretização da norma o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo (norma propriamente dita), quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo (realidade social que o texto intenta conformar), pois ambos fornecem de maneira complementar, ainda que de modo distinto, os componentes necessários à decisão jurídica”*. (NOVELINO, 2008, p. 71 **Apud** MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 63).

Do ponto de vista dos Direitos Fundamentais os métodos desenvolvidos por Konrad Hesse e Friedrich Müller são extremamente relevantes, uma vez que ressaltam a importância da concretização dos direitos aliados à interpretação.

Discorrendo especificamente sobre os Direitos Fundamentais e a importância de sua concretização, Müller assim dispõe:

Eles fundamentam normativamente uma sociedade, à medida que ela é livre e pluralista, e um Estado, à medida que ele é democrático. Eles são os meios de realização, por excelência, do “poder constituinte do povo”. Sem direitos humanos e cidadania, o “povo” permanece sendo uma metáfora abstrata de função ideológica. Mas, através da prática dos “human rights”, ele se torna, em função normativa, o “povo titular do estado” (“Staatsvolk”) em

uma democracia legitimada. Os efeitos dessa concepção teórica moderna mais abrangente sobre a teoria e a interpretação dos direitos fundamentais podem também ser formulados da seguinte maneira: eles reforçam a positividade, a materialidade e a racionalidade dos direitos fundamentais.

[...]Pode-se impor um sistema de violência sem direitos fundamentais; mas não se pode instalar, sem direitos fundamentais, nenhum sistema político, que pretenda ser civilizado.

Os direitos humanos não são o único conteúdo de uma constituição civilizada; mas eles são o catalizador de todo o resto, das formas e dos objetos estatais mais exigentes, tais como: paz interna e externa, estado social de direito (Sozialerrechtsstaat), democracia. (ALVARENGA, 1998, p. 128-9)

Na visão de Müller, a prioridade em proteger os Direitos Humanos consagrados dentro do ordenamento jurídico de cada Estado- Direitos Fundamentais- pertence a cada Estado soberano, uma vez que essencial para o exercício da cidadania do seu povo.

Muitas vezes, porém, o Estado não é capaz de atender a todas as necessidades do seu povo de uma só vez. Em virtude disso muitos direitos, apesar de declarados na Constituição Federal, não são materializados. Sendo assim, muitas vezes o Poder Judiciário torna-se um substituto da inércia ou da ineficácia estatal. Provocado, atua nas relações de abuso do Estado para com o cidadão (aplicação da eficácia vertical dos Direitos Fundamentais) ou de um cidadão para com o outro (aplicação da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais). Assim, no tocante aos Direitos Fundamentais, o magistrado, torna-se a última esfera de propagação da eficácia dos Direitos Humanos.

4. Conclusão

No plano internacional os direitos humanos têm o escopo de proteger a pessoa humana, considerada como cidadã do mundo, contra atos praticados entre Estados e que atingem o bem estar mundial. Para tanto, os tratados internacionais são considerados a espinha dorsal destes direitos.

Por outro lado, no plano interno dos Estados soberanos, os direitos humanos são conhecidos por direitos fundamentais e seu principal instrumento normativo é a Constituição Federal. No início a principal finalidade dos direitos fundamentais era a proteção do homem contra os abusos de um determinado Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), ante a hierarquia existente entre eles. No entanto, aos poucos se percebeu que era preciso também tecer proteção

do homem contra aquele que ocupasse o mesmo plano hierárquico que ele. Então surge a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No Brasil, para solucionar os conflitos internos, tanto de ordem vertical quanto horizontal, uma vez provocado, o Poder Judiciário deverá atuar. Ocorre que, ao proferir a sua decisão o magistrado, obedecido o limite e a extensão da interpretação constitucional que lhe for legítima, não apenas soluciona a lide, mas, principalmente, ao reestabeler o estado de harmonia e paz, efetiva os direitos fundamentais declarados na Lei Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 15 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998

AZEVEDO, Marcos de. **Direitos humanos fundamentais: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais**. São Paulo: Meio Jurídico, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=72

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos humanos no Brasil e no mundo: criação de um tribunal internacional permanente**. São Paulo: Método, 2002.