

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PLANOS VERTICAL E HORIZONTAL
EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE VERTICAL AND HORIZONTAL PLANS

Luiz Eduardo Gunther

Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, do Conselho Editorial do Instituto Memória - Centro de Estudos da Contemporaneidade, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná. Orientador do Grupo de Pesquisa que edita a Revista Eletrônica do TRT9 (<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>). Paraná (Brasil).

E-mail: mestrado@unicuritiba.edu.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1314611892212586>.

Barbara Louise Rosar Santos

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Paraná (Brasil).

E-mail: b.louiserosar@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5286639142090940>.

Irene Maria Portela

Professora e Diretora do Mestrado em Solicitoria dos Contratos e Empresarial do Instituto Politécnico do Cávado e Ave - IPCA (Portugal).

E-mail: mestrado@unicuritiba.edu.br.

Submissão: 07.05.2021.

Aprovação: 03.11.2021.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os direitos fundamentais sob aspecto geral, citando seu conceito, principais características e gerações, bem como analisar seu plano da eficácia em dois planos: a eficácia vertical que diz respeito à vinculação dos direitos fundamentais ao Poder Público e a horizontal que trata da vinculação aos particulares, ou seja, ao Direito Privado. Tal análise será feita a partir de pesquisa bibliográfica, o que levará a conclusão que os direitos fundamentais têm eficácia plena quando se trata dos direitos de defesa, quando dependem da abstenção do Estado, mas quanto aos direitos prestacionais que, por outro lado, dependem da atuação positiva do Estado, acabam não tendo sua aplicabilidade imediata e eficácia plena. Já a eficácia vertical, por sua vez, vincula todos os entes do Poder

Público, seja por prestações positivas ou negativas, enquanto que a eficácia horizontal, por tratar da vinculação aos particulares, não tem previsão expressa na Constituição e portanto, ainda há dúvidas quanto seus efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; eficácia; aplicabilidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze fundamental rights from a general perspective, citing their concept, main characteristics and generations, as well as analyzing their plan of effectiveness in two planes: vertical effectiveness that concerns the linking of fundamental rights to the Public Power horizontal that deals with the link to private individuals, that is, to Private Law. Such an analysis will be made based on bibliographic research, which will lead to the conclusion that fundamental rights are fully effective when it comes to defense rights, when they depend on the State's abstention, but on the benefit rights that, on the other hand, depend on the positive performance of the State, end up not having its immediate applicability and full effectiveness. Vertical efficacy, in turn, binds all entities of the Public Power, be it for positive or negative benefits, while horizontal efficacy, as it addresses private individuals, has no express provision in the Constitution and therefore, there are still doubts regarding its effects.

KEYWORDS: *fundamental rights; efficiency; applicability.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar os direitos fundamentais, em especial nos seus planos de eficácia vertical e horizontal. Para tal análise, faz-se necessário em um primeiro momento, conceituar os direitos fundamentais, bem como citar algumas de suas principais características, histórico e gerações, analisando também na parte inicial do artigo sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida será feita a análise da eficácia dos direitos fundamentais no plano vertical, ou seja, como ocorre a vinculação dos direitos fundamentais ao Poder Público, e no plano horizontal, quando se analisa a sua vinculação a respeito dos particulares.

Cabe destacar a essencial importância dos direitos fundamentais, uma vez que é por meio deles, que o bem-estar do ser humano é garantido, ou seja, temos nos direitos fundamentais a garantia do direito à vida, liberdades, igualdades, propriedade, direitos sociais como educação, saúde, trabalho, dentre outros direitos capazes de garantir a sobrevivência humana.

Não só os direitos fundamentais têm importância na vida das pessoas, mas também têm importância para o ordenamento jurídico, Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que não são permitidas a aprovação e aplicação de normas que sejam contrárias aos direitos

fundamentais, assim vinculando o Poder Legislativo e Judiciário. Os direitos fundamentais também são capazes de vincular o Poder Executivo, de modo que, caso os atos da administração pública estejam contrários a eles, poderão ser invalidados, assim devendo respeitá-los.

Desta forma, considerando a importância dos direitos fundamentais, seja no âmbito de proteção aos cidadãos, seja no âmbito da vinculação às três esferas do Poder Público, faz-se necessário seu estudo e análise da sua aplicabilidade, eficácia e de que forma ocorre a vinculação do Poder Público, ou particulares quando se trata da eficácia no plano horizontal.

Ou seja, a partir da análise dos direitos fundamentais, principalmente a respeito da vinculação do Estado, ou seja, a eficácia vertical, tem-se como objetivo entender de que forma a atuação do Estado é necessária, ou dispensável para se garantir os direitos fundamentais.

Para se realizar a análise do tema proposto, será utilizada pesquisa bibliográfica, utilizando o método indutivo.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO

Há dificuldade para se definir um conceito sintético e preciso para os direitos fundamentais do homem, uma vez que são utilizadas diversas expressões para designá-los, tais como direitos naturais; humanos; individuais; públicos subjetivos e liberdades fundamentais. Direitos naturais são direitos inerentes à natureza humana, ou seja, dependem apenas da existência do indivíduo para que ele seja titular desses direitos. São direitos positivos, pautados nas relações sociais materiais de cada momento histórico (SILVA, 2005, p. 175).

Direitos humanos, por sua vez, são semelhantes à ideia dos direitos naturais, em que basta ser um ser humano para ser titular de direitos, entretanto a expressão ‘direitos humanos’ é bastante utilizada em documentos internacionais.

Direitos individuais são direitos do indivíduo de forma isolada, sem considerar a coletividade ou sociedade. Hoje se trata de direitos fundamentais relacionados aos direitos ou liberdades civis, tais como vida; igualdade; liberdade; segurança e propriedade (SILVA, 2005, p. 175).

Direitos públicos subjetivos também trazem a ideia de individualidade e, portanto, não pode ser utilizada como a expressão correta que conceitua os direitos fundamentais. O

exercício ou não desses direitos depende da vontade do titular, que deles pode dispor livremente, bem como renunciá-los, o que se opõe às características dos direitos fundamentais que serão expostas em um próximo momento.

Liberdades fundamentais e públicas também são utilizadas para se tratar de direitos fundamentais, mas são conceitos insuficientes e restritivos. Liberdades fundamentais referem-se a apenas algumas liberdades e liberdades públicas são utilizadas pela doutrina francesa.

Direitos fundamentais do homem é a terminologia mais adequada, conforme José Afonso da Silva (2005, p. 178), uma vez que se tratam de situações jurídicas sem as quais a sobrevivência humana se torna inviável. Implicam também na igualdade entre as pessoas e sua aplicabilidade, ou seja, todas as pessoas têm direito aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 utiliza a terminologia ‘direitos e garantias fundamentais’ para instituir direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos. Assim, direitos fundamentais se tratam de um gênero e os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos são suas espécies.

Desta forma, têm-se os direitos fundamentais como direitos relacionados aos seres humanos, reconhecidos, e positivados na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado. Diferem-se dos direitos humanos, uma vez que os direitos humanos reconhecem o ser humano como tal, independente de vinculação com ordem constitucional tendo, portanto, validade universal e internacional, para todos os povos e em todos os lugares (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 136).

Assim, é possível perceber que direitos fundamentais são o conjunto de direitos que tem como objetivo garantir bem-estar do cidadão brasileiro e estrangeiro em território nacional. Bem como são fundamentais para se assegurar a democracia, assim sendo a base do nosso ordenamento jurídico, devendo ser interpretados em conformidade aos princípios da República (COSTA, 2001, p. 9).

1.2. HISTÓRICO

A antiguidade pode ser considerada o berço das ideias para o reconhecimento de direitos humanos e fundamentais, pois na filosofia clássica encontram-se ideias de dignidade humana, liberdade e igualdade e na democracia ateniense, o modelo político era baseado na figura do homem livre e com individualidade. O Cristianismo também foi um marco importante para o reconhecimento da dignidade humana, pautada na ideia de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 138).

Cabe destacar, no século XII, a Magna Charta Libertatum, assinada pelo Rei inglês João Sem Terra, que, apesar de ser um documento direcionado a garantias apenas para os nobres, serviu de inspiração para alguns direitos hoje conhecidos como o *habeas corpus*, devido processo legal e a garantia à propriedade.

No século XVI é importante destacar a doutrina de direito natural, que reconheciam direitos naturais aos indivíduos, tidos como expressão de liberdade e dignidade da pessoa humana. A Reforma Protestante teve significativa importância para o nascimento dos direitos fundamentais, que levou ao reconhecimento da liberdade de religião e liberdade de culto em diversos países europeus (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 139).

As teorias contratualistas nos séculos XVII e XVIII defendiam a ideia da existência de direitos resultantes da natureza humana, que são preexistentes ao Estado, devendo este servir aos cidadãos e lhes garantir direitos básicos. Tais ideias influenciaram a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789 e o Bill of Rights (MENDES; BRANCO, 2015, p. 136).

John Locke foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis, tais como vida; liberdade; propriedade e resistência, baseado no contrato social. Também merecem destaque pela influência na teoria dos direitos fundamentais Rousseau, Kant e Thomas Paine, sendo este último o responsável pela difusão da expressão ‘direitos do homem’. Para Kant, todos os direitos são abrangidos pela liberdade, que é o direito por excelência, cabível a todo indivíduo em virtude da própria existência e sendo limitado apenas pela própria liberdade dos demais indivíduos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 138).

Os direitos fundamentais se tornaram possíveis quando houve uma inversão na relação entre Estado e indivíduo, de forma em que o indivíduo primeiramente é detentor de direitos que devem ser garantidos pelo Estado e, depois deve cumprir com seus deveres (MENDES; BRANCO, 2015, p. 136).

Desta forma, é possível perceber que os direitos fundamentais surgem a partir da necessidade de garantia pelo Estado de direitos em relação à sua liberdade e dignidade, que até então eram desprestigiadas pelo Estado absolutista, sendo positivados a partir do momento que o homem percebeu que tinha meios para garanti-los e protege-los (KUNRATH, 2016, p. 284).

1.3 GERAÇÕES

Os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões, com o objetivo apenas de situar os momentos em que eles foram instituídos e incorporados pela ordem jurídica. Portanto, não significa que os direitos de uma geração vieram a substituir os direitos da geração anterior, pelo contrário, persistem válidos juntamente com os novos direitos, havendo caráter cumulativo entre eles. As gerações seguintes são capazes de atualizar os anteriores, dando-lhes um novo sentido, adaptado às novidades constitucionais, mas sem que haja uma substituição (MENDES; BRANCO, 2015, p. 138).

Desta forma, os direitos fundamentais passaram por três fases, conforme Norberto Bobbio (2004, p. 32 *apud* KUNRATH, 2016, p. 283), o primeiro momento diz respeito aos direitos de liberdade, em seguida os direitos políticos e depois os direitos sociais, que representam novas exigências e valores como bem-estar.

O desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar, para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou liberdade por meio do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração são originados do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um ideal individualista, tratando-se de uma zona de não intervenção do Estado. Portanto são direitos de abstenção do Estado, podendo ser considerados como direitos de resistência ou oposição. Tratam-se dos direitos à vida; liberdade; igualdade perante a lei; propriedade; direitos de participação política como voto e capacidade eleitoral passiva, bem como há alguns direitos processuais como o *habeas corpus* e o devido processo legal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 141).

Desta forma, os direitos fundamentais de primeira geração, que foram os primeiros a serem positivados, são considerados indispensáveis ao ser humano, sendo, portanto, de caráter universalista e consideram o homem na esfera individual, sem se preocupar com pretensões sociais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137).

Já os direitos de segunda geração surgem das necessidades causadas pelo impacto da industrialização e de seus graves problemas econômicos e sociais, bem como das doutrinas socialistas no século XIX. A mera possibilidade do direito de liberdades e igualdades das pessoas não implicava necessariamente em seu exercício, logo as pessoas passaram a realizar movimentos reivindicatórios de seus direitos, assim propondo a ideia de justiça social, que necessitava da intervenção estatal, ao contrário da primeira geração (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 141).

Tais direitos foram incorporados à Constituição brasileira de 1824 e dizem respeito aos direitos e pretensões sociais por parte do Estado, como saúde; educação; trabalho; assistência social, dentre outros, trata-se de uma transição entre liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas. Houve, principalmente no século XX após a 2ª Guerra, a incorporação desses direitos em constituições do mundo todo, uma vez que eles se baseiam na ideia de igualdade material.

É possível citar que nesta geração não há só direitos de cunho positivo, mas também liberdades sociais, tais como liberdade de sindicalização e greve, bem como o reconhecimento dos demais direitos trabalhistas como férias, salário mínimo, repouso semanal remunerado, limitação da jornada de trabalho, dentre outros (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 141).

Ou seja, o descaso com os problemas sociais, decorrentes da industrialização, crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade gerou a necessidade da intervenção do Estado para garantir a justiça social, uma vez que o ideal absentista do Estado liberal não mais respondia satisfatoriamente às exigências e necessidades do momento. Desta forma, os direitos fundamentais de segunda geração têm como objetivo estabelecer uma liberdade real e igual para todos, por meio da ação corretiva dos Poderes Públicos, logo os direitos dessa geração são chamados de direitos sociais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137).

Os direitos fundamentais de terceira geração são chamados de direitos de fraternidade e têm como ideal a proteção da coletividade e não apenas dos indivíduos, tendo titularidade transindividual. Surgem das necessidades causadas pelo impacto tecnológico, processo de descolonização, como exemplos podem-se citar os seguintes direitos: paz; autodeterminação dos povos; desenvolvimento; comunicação; preservação e conservação do meio ambiente e patrimônio histórico cultural e bem-estar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 142).

Embora alguns direitos como preservação ao meio ambiente e qualidade de vida têm dimensão individual, a titularidade desses direitos é a coletividade, a nação, o Estado, exigindo até mesmo esforços internacionais para sua garantia.

É também discutida a possibilidade de uma quarta, quinta ou até mesmo uma sexta geração de direitos fundamentais. A quarta geração é defendida, por exemplo, por Paulo Bonavides, resultante da globalização dos direitos fundamentais, tratando-se da institucionalização do Estado Social. Tal geração seria composta por direitos relacionados à democracia, informação e pelo direito ao pluralismo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 143).

A quinta geração diz respeito à tecnologia e informação, tratando-se do dever de cuidado com todas as formas de vida e defesa contra as formas de dominação biofísicas. Já a sexta geração, caso de fato existisse, poderia se tratar do direito à água potável, considerando sua essencialidade para a vida humana e possibilidade de escassez (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 143).

Cabe ressaltar que apenas as três primeiras gerações são assim consideradas pelo ordenamento jurídico. A quarta, quinta e sexta ‘gerações’ não se passam de meras especulações.

1.4. CARACTERÍSTICAS

Não só é uma tarefa difícil conceituar os direitos fundamentais, mas também atribuir-lhes características que sejam sempre válidas, entretanto é possível citar algumas características que lhes são associadas com mais frequência (MENDES; BRANCO, 2015, p. 142).

A primeira característica a ser citada é a universalidade dos direitos fundamentais. Tem-se a ideia de que os direitos fundamentais são universais e absolutos, ou seja, todas as pessoas são titulares e para isso basta a qualidade de ser humano, é o caso do direito à vida. Mas há alguns direitos que não são de titularidade universal, como os direitos dos trabalhadores, que só se aplicam a quem é um trabalhador.

Outra questão a respeito da universalidade diz respeito ao problema em saber a titularidade do polo passivo, ou seja, a quem eles estão obrigados? Apenas ao Poder Público ou também os particulares em determinadas situações? Desta forma, pode haver um problema em afirmar que os direitos fundamentais são sempre universais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 143).

Os direitos fundamentais são considerados absolutos por estarem no patamar máximo de hierarquia jurídica, sem tolerar restrições. O Estado deve proteger os direitos considerados naturais como vida, liberdade, propriedade, logo esses direitos também servem para limitar o poder, ou seja, os direitos fundamentais têm prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo, ou seja, nenhum interesse estatal ou social prevalece sobre eles. Entretanto, na prática existe sim uma limitação dos direitos fundamentais, quando estiverem em atrito com outros valores constitucionais ou até mesmo com outro direito fundamental (MENDES; BRANCO, 2015, p. 143).

Os direitos fundamentais também são considerados inalienáveis e indisponíveis. A respeito da inalienabilidade tem-se a ideia de que o direito não pode permitir que seu titular o torne impossível de ser exercido, é resultado do valor da dignidade humana, em que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade. Ou seja, o titular do direito não pode renunciar, comprar ou vender seu direito, por exemplo, não é permitido que uma pessoa escolha vender seus órgãos.

A indisponibilidade se torna inviável, uma vez que não impede que o exercício de alguns direitos seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, tais como a liberdade de expressão, que é limitada à imposição de não divulgação de informações obtidas no exercício profissional. Desta forma, são frequentes atos jurídicos em que se tem a limitação de um direito em prol de outro (MENDES; BRANCO, 2015, p. 146).

Outra característica diz respeito a constitucionalização, que difere os direitos humanos e os direitos fundamentais. Conforme já apresentado, os direitos humanos dizem respeito a posições essenciais do homem e são universalistas e supranacionais, ou seja, não são positivados em uma ordem jurídica em particular, mas são presentes em documentos internacionais.

Já os direitos fundamentais são inscritos em diplomas normativos de cada Estado, desta forma são assegurados por ele, ou seja, as normas que os abrigam são impostas a todos os poderes constituídos. Tal característica define os direitos fundamentais brasileiros, uma vez que eles são previstos em texto constitucional.

Cabe ressaltar que não há um distanciamento entre os direitos humanos e fundamentais, ambos se aproximam, uma vez que os direitos humanos internacionais muitas vezes se encontram nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados (MENDES; BRANCO, 2015, p. 147).

Os direitos fundamentais são capazes de vincular os Poderes Públicos. A vinculação do Poder Legislativo ocorre de duas formas: a primeira delas é quando se faz necessária a edição de normas para regulamentar tais direitos, torna-los viáveis ou efetivos, como o direito de ampla defesa, por exemplo. Outro aspecto que envolve a vinculação do Poder Legislativo é a proibição de retrocesso, desta forma, quando um direito depende de um ato legislativo para se concretizar e uma vez realizado, legislação posterior não pode alterá-la de forma a tornar pior, retroceder (MENDES; BRANCO, 2015, p. 148). Nossa Constituição Federal prevê, em seu art. 60, §4º a vedação de emendas que tenham como objetivo abolir direitos e garantias individuais.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Quanto à vinculação do Poder Executivo, tem-se que a Administração, considerando pessoas jurídicas de direito público ou privado que disponham de poderes públicos ao tratar com particulares, deve respeitar os direitos fundamentais. Serão nulos os atos que ofenderem estes direitos, bem como a Administração deve interpretar e aplicar as leis em conformidade a eles e também, seus atos discricionários devem respeitar os limites que lhes foram impostos.

A vinculação do Poder Judiciário significa que ele tem que defender os direitos violados ou ameaçados de violência, conforme previsto no art. 5º, XXXV da Constituição. Os tribunais têm a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, bem como, impõe ao judiciário o poder-dever de recusar aplicação de preceitos que não estejam em conformidade com os direitos fundamentais, seja a respeito de matéria de direito público, privado ou estrangeiro (MENDES; BRANCO, 2015, p. 153).

Por último, cabe citar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, com o objetivo de superar a ideia do Estado de Direito formal, em que esses direitos só ganham expressão quando regulados por lei. A Constituição prevê em seu art. 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, tratando dos direitos fundamentais em geral, e não apenas aos individuais.

Isso significa que os direitos fundamentais são firmados na Constituição, e não em leis, logo a lei deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais e não o contrário. Desta

forma, os juízes devem aplicar diretamente os direitos fundamentais, sem a necessidade de um outro comando legislativo.

Entretanto, não são todos os direitos fundamentais que são capazes de produzir direitos subjetivos, concretos e definitivos de forma automática, como o caso dos direitos sociais, que não necessariamente serão autoaplicáveis, dependendo assim de uma complementação legislativa para atingir sua eficácia plena.

Dependem da ação do legislador por serem normas constitucionais cuja densidade normativa é baixa. Dessa forma, quando a norma não tiver os elementos mínimos capazes de lhe assegurar a aplicabilidade imediata, a doutrina estabelece que haja uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira maior eficácia possível aos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 155).

1.5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 foi uma reação do constituinte e das forças sociais ao período de 21 anos de ditadura militar, período marcado pelo autoritarismo e restrição das liberdades fundamentais. Desta forma, a Constituição, em seu art. 5º, §2º, adotou os direitos fundamentais formais, que são expressamente previstas no ordenamento jurídico e os materiais, cujo conteúdo deve abranger direitos relativos ao Estado a posição da dignidade humana perante a sociedade (KUNRATH, 2016, p. 288).

Conforme Ingo Sarlet (2010, p. 77 *apud* KUNRATH, 2016, p. 289), o ordenamento jurídico brasileiro abrange dois grupos de direitos: direitos positivados na própria Constituição ou em diplomas normativos de natureza constitucional ou direitos implicitamente positivados, em que não há previsão textual, mas decorrem dos princípios constitucionais.

O primeiro grupo de direitos está formalmente previsto na Constituição e os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, como direito à vida, liberdade e igualdade. Já no segundo grupo, podem ser citados como exemplos o direito à identidade pessoal e as garantias de sigilo bancário e fiscal.

Entretanto, há questionamentos a respeito da possibilidade de previsão de direitos fundamentais no ordenamento infraconstitucional, alguns autores entendem que seja possível, pois se trata da explicitação mediante ato legislativo dos direitos implícitos, ou decorrentes dos princípios constitucionais. Um exemplo de tal situação são os direitos de personalidade previstos no Código Civil, que podem ser entendidos como uma “cláusula geral de tutela de

responsabilidade, ancorada no direito de liberdade e no princípio da dignidade humana” (KUNRATH, 2016, p. 290).

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A eficácia, conforme José Afonso da Silva (2007, p. 56 *apud* KUNRATH, 2016, p. 291), pode ser analisada em dois aspectos: o primeiro aspecto diz respeito sobre a eficácia social da norma, ou seja, sua aplicação no mundo dos fatos, já o segundo analisa a capacidade de a norma produzir efeitos ao regular situações positivadas. Para ele, a eficácia e aplicabilidade da norma fazem parte de um mesmo fenômeno, porém os analisa de forma diferente, a eficácia é a potencialidade, enquanto a aplicabilidade é a realização.

Conforme José Afonso da Silva, a eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois está em função do direito positivo. Apesar de a Constituição prever a aplicabilidade imediata das normas, isso não é capaz de resolver o problema, pois muitas vezes tem-se a necessidade de regulação por uma outra norma para que seja possível a aplicação de algumas normas definidoras dos direitos sociais. Desta forma, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais e democráticos têm eficácia contida e aplicabilidade imediata (SILVA, 2005, p. 180).

As normas de direitos fundamentais não são homogêneas quando se trata das suas funções exercidas no ordenamento constitucional e as técnicas de positivação utilizadas, logo, as divergências entre os direitos fundamentais interferem na sua eficácia. Desta forma, é possível dividir os direitos fundamentais em dois grupos, conforme suas funções: o primeiro grupo trata dos direitos de defesa, ou seja, direitos de liberdade, igualdade, garantias, parte dos direitos sociais e direitos políticos; já no segundo grupo tem-se os direitos a prestação, dentre eles os direitos à proteção, à participação na organização e procedimento e os direitos sociais de natureza prestacional (KUNRATH, 2016, p. 292).

Os direitos de defesa necessitam de uma não intervenção do Estado, tratando-se, em regra de direitos subjetivos, com aplicabilidade imediata. Enquanto os direitos de prestação, pelo contrário, exigem um comportamento ativo do Estado, o que dificulta a aplicabilidade imediata, impedindo, normalmente, a eficácia plena.

2.2. EFICÁCIA DOS DIREITOS DE DEFESA E PRESTACIONAIS

Conforme já citado, os direitos de defesa abrangem os direitos de liberdade, igualdade e garantias e para serem efetivados dependem de uma abstenção da atuação estatal. Em regra, essas normas são de aplicabilidade imediata e eficácia plena, uma vez que essas regras já receberam do Constituinte normatividade necessária para a aplicabilidade, sem depender da existência de outras normas, assim sendo normas autoexecutáveis (KUNRATH, 2016, p. 294).

Desta forma, conforme Ingo Sarlet (p. 235 *apud* KUNRATH, 2016, p. 295), a aplicabilidade imediata e a maior eficácia possível das normas de direitos fundamentais de defesa, devem também impor aos juízes e tribunais que apliquem tais normas aos casos concretos, com o objetivo de garantir o pleno exercício desses direitos, conferindo-lhes a eficácia plena e efetividade.

Por derradeiro, [...] podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade.

Portanto, é possível perceber que os direitos de defesa têm aplicabilidade imediata e eficácia plena de seus efeitos, conforme proposto pelo art. 5º, §1º da Constituição Federal.

Os direitos prestacionais, por sua vez, dependem da atuação positiva do Estado, seja de forma prática, seja mediante atuação legislativa para que possam produzir seus efeitos. Fazem parte desse grupo os direitos sociais prestacionais, os econômicos e culturais, objetivando a igualdade material. O fato de dependerem de uma ação positiva do Estado para produzir efeitos impede sua aplicabilidade imediata e eficácia plena (KUNRATH, 2016, p. 296).

Esses direitos apresentam uma dimensão econômica, uma vez que necessitam da atuação estatal, havendo custos. Desta forma, surge um problema, a limitação de recursos do Estado, assim limitando a efetividade dos direitos prestacionais. Outra dificuldade aqui enfrentada é a necessidade de tomada de decisões pelo Poder Público, que nem sempre dispõe dos recursos necessários e também há uma dificuldade em definir com precisão o objeto da prestação.

Deve-se destacar que, ainda que esses direitos, muitas vezes dependam de uma atuação legislativa posterior à Constituição, estes não devem ter sua eficácia e efetividade completamente condicionados a tal atuação legislativa (KUNRATH, 2016, p. 296).

2.3. EFICÁCIA VERTICAL

A eficácia vertical diz respeito a vinculação do Poder Público, trata-se da eficácia vinculante das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em especial na relação entre Estado e particulares (COSTA, 2001, p. 44).

O Poder Legislativo está vinculado aos direitos fundamentais tanto de forma negativa quanto de forma positiva, assim sendo importante para a eficácia das normas. A vinculação negativa do Poder Legislativo está na proibição de produzir normas contrárias aos direitos fundamentais, ou seja, não podem produzir normas inconstitucionais, bem como também se encontra no limite material de reforma da Constituição (previsto no art. 60, §4º, IV). Já a vinculação positiva do Legislativo implica no dever de conformação da lei de acordo com os parâmetros oferecidos pelos direitos fundamentais.

Também estão vinculados aos direitos fundamentais os órgãos administrativos em todas suas manifestações e atividades. O Executivo deve interpretar e executar as leis em conformidade com esses direitos, caso contrário, seus atos podem ser invalidados.

O Poder Judiciário também está sujeito à eficácia vertical de maneira positiva ou negativa, uma vez que os órgãos jurisdicionais não podem aplicar normas que sejam contrárias à Constituição e nem aos direitos fundamentais. Quanto a vinculação positiva, os juízes e tribunais devem interpretar e aplicar as normas de direitos fundamentais de modo a lhes conferir maior eficácia possível, bem como, ao aplicar as demais normas, devem observar os direitos fundamentais (COSTA, 2001, p. 48).

2.4. EFICÁCIA HORIZONTAL

A eficácia horizontal, por sua vez, diz respeito à vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (COSTA, 2001, p. 49).

Desta forma, o Direito Privado também deve estar em conformidade com o que foi estabelecido pela Constituição, considerando principalmente o princípio da dignidade

humana. Assim, o Direito Privado não deve considerar apenas o patrimonial, mas também deve se voltar ao ser humano e seus valores e interesses.

Entretanto, o texto constitucional não prevê expressamente a vinculação das normas de direitos fundamentais aos particulares, mas a doutrina majoritária adota essa possibilidade, tanto para os direitos de defesa, quanto para os direitos prestacionais.

Para Canotilho (*apud* COSTA, 2001, p. 51), que menciona a doutrina alemã, a eficácia horizontal pode ocorrer de duas formas: a primeira se trata da teoria da eficácia direta ou imediata, na qual os direitos, garantias e liberdades se aplicam de forma obrigatória e direta no comércio jurídico entre entidades privadas, ou seja, teriam eficácia absoluta, aplicando-se a qualquer indivíduo. Já na segunda teoria, da eficácia indireta ou mediata, implica que os direitos fundamentais não são oponíveis de forma direta, como os direitos subjetivos, desta forma, não teriam eficácia absoluta nas relações privadas.

Para Ingo Sarlet (p. 107 *apud* COSTA, 2001, p. 52), a eficácia deve ser imediata, uma vez que os direitos fundamentais vinculam também os particulares, para ele, o princípio da dignidade humana é fundamento para a vinculação direta dos particulares.

CONCLUSÃO

Diante do exposto é possível concluir que os direitos fundamentais têm como objetivo garantir o bem-estar de todos, instituindo direitos básicos que devem ser assegurados a todos, como direito à vida, liberdades, propriedade, direitos sociais, políticos, dentre outros direitos que sejam considerados indispensáveis ao ser humano.

Eles são divididos em gerações ou dimensões, com o objetivo de indicar os momentos em que eles surgiram e atribuir-lhes algumas características. É possível afirmar que o marco inicial dos direitos fundamentais não é muito claro, pois pode ter considerado seu início na Antiguidade, uma vez que a filosofia clássica trazia a ideia de dignidade humana, liberdade e igualdade na democracia ateniense, ou também pode ter iniciado com o Cristianismo.

Os direitos fundamentais de primeira geração são considerados como mais básicos aos indivíduos e para isso necessitam de uma não intervenção do Estado, são eles o direito à vida, liberdade, propriedade. Já os de segunda geração necessitam da intervenção estatal para serem garantidos, tais como saúde, educação, trabalho, liberdades sociais, dentre outros. Por fim, os direitos de terceira geração têm como objetivo a proteção da coletividade, assim ultrapassando a proteção individual, assim, é possível citar como exemplo de direitos garantidos nesta geração são paz, preservação do meio ambiente e patrimônio histórico cultural, comunicação.

Os direitos fundamentais apresentam algumas características como: universalidade, ou seja, se aplicam a todos; inalienabilidade e indisponibilidade, ou seja, seus titulares não podem renunciá-los; constitucionalidade, que os difere dos direitos humanos, pois apenas os fundamentais são positivados no ordenamento jurídico.

Também é possível dividir os direitos fundamentais em dois grupos: os direitos de defesa e os prestacionais, os direitos de defesa têm aplicabilidade imediata e não dependem da intervenção do Estado, pelo contrário, dependem da sua não intervenção. Já os direitos prestacionais exigem intervenção estatal, o que dificulta sua aplicabilidade imediata e normalmente impede a eficácia plena.

Os direitos fundamentais podem ser analisados quanto à sua eficácia, podendo ser vertical, quando for analisada sua vinculação ao Poder Público ou horizontal quando se analisar a vinculação quanto aos particulares.

Os direitos fundamentais vinculam o Poder Público (eficácia vertical) de diversas formas, vinculam o Poder Legislativo de forma a proibir a produção de normas que sejam contrárias aos direitos fundamentais, sendo, portanto, uma vinculação negativa, bem como a vinculação positiva trata do dever de conformação da lei com os parâmetros definidos pelos direitos fundamentais.

Já o poder Executivo se vincula de forma em que os órgãos administrativos devem interpretar e executar as leis em conformidade com esses direitos, caso contrário seus atos podem ser invalidados. O Poder Judiciário também pode se vincular de forma positiva ou negativa, a forma positiva diz respeito a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, que devem ser aplicadas de forma a garantir-lhes maior eficácia possível, bem como ao aplicar as demais normas devem observar os direitos fundamentais. Já a vinculação negativa do Judiciário implica que os órgãos do Judiciário não podem aplicar normas que sejam de alguma forma contrárias à Constituição e aos direitos fundamentais.

Quanto a eficácia horizontal, que diz respeito à vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, embora o texto constitucional não esclareça a possibilidade de sua vinculação aos particulares, a doutrina majoritária entende pela possibilidade da vinculação. Desta forma, há discussões a respeito da eficácia direta ou indireta dessas normas, mas para conferir-lhes maior efetividade, a eficácia deve ser direta e imediata quando vincular os particulares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

COSTA, Renata Eliza Fonseca de Barcelos. *Os direitos fundamentais no plano da eficácia*. Orientador: Clèmerson Merlin Clève. 2001. 74f. Monografia (Graduação)- Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/38029/M081.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 fev. 2021.

Kunrath, Yasmine Coelho. Eficácia dos direitos fundamentais. *Saberes da Amazônia*, Porto Velho, v. 01, n. 02, p. 278-310, mai.-ago. Disponível em: <http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/28/23>. Acesso em 15 fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.