

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Fausto Santos de Moraes; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-314-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico

/promovendo a interlocução dos referenciais teóricos com desafios colocados pelo contexto da pandemia. Uma parte dos trabalhos problematizou a criação e a avaliação de políticas públicas que visam realizar direitos fundamentais como a saúde, a educação, a proteção contra a velhice, os direitos das minorais, entre outros. Outra parte dos trabalhos entendeu que os direitos fundamentais devem ser compreendidos através dos seus fundamentos, valendo-se de bases teóricas sofisticadas que tem o Estado Democrático de Direito com seu alvo. Foi assim que as temáticas como ativismo judicial, representatividade política, diálogos institucionais, o papel da mídia e os limites às restrições dos direitos fundamentais ganharam espaço na arena dos debates.

Nesse sentido, observamos a apresentação de trabalhos que refletiram sobre o impacto promovido pela Covid-19 no Estado Democrático de Direito brasileiro, apontando para a necessidade de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, quer promovendo a flexibilização de patentes para o enfrentamento da pandemia, ou ainda responsabilizando-se pela realização de um controle global nesse enfrentamento, com ênfase em medidas regionais e locais.

De outra parte, artigos consideraram a importância de uma educação inclusiva em tempos de pandemia e para tanto foi ressaltada a necessidade de uma reflexão sobre o artigo 24, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases para além de um diálogo entre Educação e propostas decoloniais.

O Ativismo Judicial também teve expressão na apresentação de artigos nesse GT, quer como forma de promoção de justiça, quer como meio para a garantia do direito à saúde.

Quanto ao Direito Fundamental à Saúde, em tempos de pandemia, foram apresentados trabalhos que trouxeram reflexões acerca da saúde mental no Sistema Único de Saúde (SUS); abordaram a saúde nas comunidades indígenas e ainda apontaram a necessidade e a importância de políticas públicas destinadas à população em situação de rua, "os invisíveis cariocas" com ênfase no município do Rio de Janeiro.

Ao contrário do que se poderia esperar num período de pandemia, o GT proporcionou um sopro de otimismo por força das várias perspectivas científicas que indicam um caminho jurídico possível para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS
DIREITOS HUMANOS NA REPÚBLICA PORTUGUESA**

**FUNDAMENTAL RIGHTS: VERTICAL AND HORIZONTAL EFFECTIVENESS
OF HUMAN RIGHTS IN THE PORTUGUESE REPUBLIC**

**Guilherme Saldanha Santana
Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha
Diogo De Almeida Viana Dos Santos**

Resumo

Este artigo discorre sobre a eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais, consolidados no pós-holocausto da segunda guerra mundial. Os Direitos Humanos (ou Fundamentais) serão recepcionados nas Cartas Constitucionais dos Estados Ocidentais. As relações entre particulares é compreendida como eficácia Horizontal, enquanto ao Poder Público é observada uma eficácia Vertical e concretizada como Direitos Humanos de Segunda Geração/Dimensão. Portugal apresenta de forma expressa em sua Constituição a eficácia direta tanto no plano Vertical, quanto no Horizontal. Propõe-se um Poder Público capaz de garantir aos particulares a defesa de seus direitos fundamentais principalmente na função de Provedor de Justiça.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Eficácia vertical, Eficácia horizontal, Provedor de justiça, República portuguesa

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the vertical and horizontal effectiveness of fundamental rights, consolidated in the post-holocaust of the second world war. Human (or fundamental) rights were to be incorporated in the Constitutional Charters of Western States. Relationships among individuals are understood as Horizontal efficacy, while State action is observed as Vertical efficacy and realized as Second Generation / Dimension Human Rights. Portugal's Constitution provides for the direct effectiveness of both Vertical and Horizontal vectors. In a nutshell: a Public Power capable of guaranteeing to the individuals the defense of their fundamental rights mainly as an Ombudsman.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Fundamental rights, Vertical effectiveness, Horizontal effectiveness, Ombudsman, Portuguese republic

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹ inaugurou uma nova abordagem sócio-política e econômica da disposição normativa internacional sobre as garantias dos indivíduos observadas pelos sujeitos de Direito Internacional, através de um poder vinculante anômalo ocasionado pela positivação daqueles nas cartas constitucionais ocidentais e consequente percepção dos mesmos como Direitos Fundamentais.

O pós-segunda guerra mundial foi demarcado pelo fortalecimento de uma Sociedade Internacional orientada pela Carta das Nações Unidas² e constituição da ONU, como garantidora de um suposto ambiente internacional pacífico e harmonioso favorecendo o relacionamento entre os Estados e principalmente a observação da segurança dos indivíduos nos mesmos com o respeito relativo dos Direitos Humanos e evitando novas atrocidades genocidas.

Ora, a disposição bilateral do Mundo foi consequência de uma corrida armamentista entre o capitalismo norte americano e o socialismo soviético, após os embates aos fascismos europeus – a militarização provedora da paz – sendo indispensável o fortalecimento e a internacionalização dos Direitos Humanos provocando a ascensão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aparente nas cartas constitucionais dos Estados signatários Carta das Nações Unidas.

Para tanto, a Carta das Nações Unidas inaugurou, aliada aos tratados internacionais que tratam sobre a dignidade humana e, principalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Sistema Global dos Direitos Humanos, orientado para preservação dos mesmos em caráter internacional.

A internacionalização – ou globalização – dos Direitos Humanos é considerada um fenômeno recente na história da humanidade, vez que teve como estopim o combate aos fascismos europeus que entravam em debate urgente, pós-segunda guerra, criando um ambiente de tolerância entre os Estados e combate aos extermínios raciais, principalmente pelo nazismo de Hitler.

¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **Assembléia Geral da Onu.** (10-12-1948).

² CARTA das Nações Unidas e 1945, 2 de junho. **Assembleia Geral da Onu.** (01-06-1945).

O pós-guerra fria foi caracterizado por um processo de globalização avassalador tanto no viés econômico, quanto no social, cultural e político, ocasionando uma desnacionalização dos Estados e conseqüentemente sobrepondo o princípio da soberania dos mesmos. As inovações não eram reduzidas ao mero espaço tecnológico, o campo das ideias permite um intercâmbio científico múltiplo que sobrepõe as fronteiras dos Estados e uma nova percepção das ações públicas.

A constituição de um ambiente multipolar com uma sociedade internacional heterônoma, multi-subjetiva e polimórfica, ampliou o leque dos atores internacionais, abrindo espaço aos blocos econômicos regionais, as empresas internacionais e mesmo aos indivíduos, alterando a balança de poder internacional e permitindo o surgimento dos movimentos conservadores nos Estados.

A recepção dos Direitos Humanos nas Cartas Constitucionais Ocidentais, pela alcunha de Fundamentais, ou Direitos e Garantias Fundamentais, ou ainda Direitos e Garantias Individuais, ou mesmo Direitos do Homem, é fato contudente e aos indivíduos foi apresentada uma nova modalidade de direitos em caráter universal, nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948 – o poder vinculante anteriormente mencionado – provoca as obrigações contratuais dos Estados de preservar, garantir e respeitar os mesmos.

A soberania é reestabelecida como princípio de vanguarda do Direito Internacional Constitucional, os elementos que compõem os Estados – população permanente, território delimitado e governo soberano – apresentam um poder supremo equiparado e independente em coexistência com outros Estados.

Conseqüentemente, o cenário universalista nos pressupostos de uma Comunidade Internacional fica prejudicado, vez que uma governança internacional aparenta ficar cada vez mais distante, mesmo com o fenômeno de recepção dos Direitos Humanos nas Constituições Democráticas Ocidentais, ocasionando a positivação dos mesmos e sua respectiva mutação em Direitos Fundamentais.

Por outro lado, as relações entre os particulares – os indivíduos – devem ser orientadas pelo respeito e garantia dos direitos individuais supramencionados, na expectativa que os contratos sociais são realizados em um espaço multilateral: entre os Estados e os indivíduos, assim como os indivíduos entre si, estes concedem parte de sua

liberdade pura para que seja possibilitado o convívio em sociedade através uma liberdade relativa, mas efetiva, que permita a harmonia social.

Ora, uma vez apresentada as duas vertentes de incidência dos Direitos Fundamentais cabe analisar as eficácias dos mesmos, no plano vertical – ao que tange o Poder Público – e no plano horizontal – que trata das relações entre os particulares – destacando sua disposição no ordenamento jurídico e na doutrina portuguesa e utilizando do direito comparado para uma análise global, vez que se por um lado os Direitos Fundamentais são assim chamados por sua positivação, aos Direitos Humanos incide sua universalidade, seu caráter global, um contrato social amplo, no qual os indivíduos também são atores internacionais e é aspirado um Direito Constitucional Internacional.

1. Contexto Histórico – Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 apresenta em seu preâmbulo o “reconhecimento da dignidade inerente à todos os membros da família humana”³, em resposta ao ocorrido na segunda guerra mundial – genocídio de Hitler – e ainda que seja uma declaração, é compreensível o seu poder vinculativo, vez que as cartas constitucionais de grande parte dos signatários da ONU admitem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o positivando nas mesmas. A autora Flávia Piovesan destaca a internacionalização dos Direitos Humanos:

“A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.”⁴

³ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Humanos. **Assembléia Geral da Onu.** (10-12-1948).

⁴ PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 10. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p.120.

Essa percepção anômala da Declaração é compreensível, ao tempo que observamos a necessidade de promover os Direitos Humanos e sua universalidade em um cenário internacional que precisava convalidar a Carta das Nações Unidas e estabelecer a ONU orientando o Mundo a promoção da paz, harmonia e segurança negocial entre os Estados, ou seja, o *pacta sunt servanda* e a dignidade da pessoa humana, dois princípios aparentemente distantes, mas conexos quando dispostos no relacionamento entre os Estados.

Ora, primeiramente podemos destacar que os Direitos Humanos não surgem apenas com a DUDH, dois documentos de fundamental importância para compreensão daqueles necessitam ser mencionados, e ainda que tenham o mesmo interlocutor, o contexto de produção espacial permite uma análise universal dos mesmos, são eles: a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776⁵ e a posterior Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶ da Assembleia Nacional francesa.

O interlocutor mencionado é Thomas Jefferson, um dos “pais fundadores” da nação norte americana, terceiro presidente dos Estados Unidos da América, considerado o principal autor da Declaração de Independência. A autora Lynn Hunt destaca uma das frases mais emblemáticas de Jefferson:

“Em grande parte graças às suas próprias revisões, a frase de Jefferson logo se livrou dos soluços para falar em tons mais vibrantes: “Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”. Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos Direitos Humanos”.⁷

Se aos Estados Unidos era reservado um discurso humanizado que promovia a Independência da Nação através da perspectiva da singularidade do indivíduo conexa

⁵ DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América. (04-07-1776).

⁶ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. **Assembleia Nacional Francesa**. (27-08-1789).

⁷ HUNT, Lynn – **A invenção dos direitos humanos; uma história**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2009. p.13

com a inserção deste em sociedade e consubstanciado pela busca da felicidade, à França o produto da Assembleia Nacional era uma Declaração inovadora que atribuía ao Estado sua soberania, desvinculando de tal percepção o Rei e transportando a igualdade à todos os cidadãos, uma sociedade sem privilégios de estirpe.⁸

Ora, a autora Lynn Hunt destaca a amizade entre os dois protagonistas dos documentos emblemáticos supramencionados – Thomas Jefferson e marquês de Lafayette – juntos, primeiramente na Independência Norte Americana e posteriormente na Revolução Francesa, a semelhança entre as Declarações não era apenas uma coincidência, mas fruto de seu tempo e de seus idealizadores.

Ao certo, que após as Grandes Navegações – ainda no fim da chamada Idade Média – um espectro de globalização atingia o Mundo, aliadas as mercadorias, as ideias viajavam entre o Novo e o Velho Mundo, e a Revolução Francesa acabou influenciando grande parte do continente europeu e, por conseguinte, o restante do Mundo.

O indivíduo – o particular – adentrava o plano dos Direitos autoevidentes, inalienáveis, precipuamente protegidos, o Contrato Social transportava ao Estado a tutela dos mesmos, garantindo que nenhum indivíduo pudesse dispor de privilégios, ou sobrepor ao outro. Aos iguais, seria reservado a tutela como iguais, todos independente de raça, credo, ou gênero, uma sugestão de mudança brusca do ideário mundial.

A aparente semelhança entre as declarações dispostas, permite compreender que a DUDH, era a assimilação dos direitos já identificados anteriormente, entretanto com um destaque efetivo para a Dignidade da Pessoa Humana enquanto principiologia, jurídica e social.

Cabe lembrar que a produção da DUDH é reflexa de uma violação abrupta de Direitos Humanos, uma atitude xenofóbica, etnocêntrica imposta por um Estado facista liderado por um competente líder militar, que despertou ao Mundo a gravidade de um Sistema Internacional não equilibrado, harmônico e tolerante.

Nas lições de Valério Mazzuoli podemos seccionar as gerações – dimensões – de Direitos Humanos em quatro: 1. Liberdade; 2. Igualdade; 3. Fraternidade, e; 4. Solidariedade. Ao tempo, apesar de utilizarmos a terminologia gerações atentando a decisão do autor por utilizar a metodologia de Paulo Bonavides, indispensável observar

⁸ Idem - Ibidem

que parte da doutrina prefere tratar como dimensões, visto que as mesmas seriam complementares e transversais.

Para Mazzuoli, a primeira geração dos Direitos Humanos é aquela que trata dos direitos civis e políticos, o ponto inaugural dos Estados, já a segunda geração seria demarcada pelos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os coletivos, a terceira geração destacando o direito ao desenvolvimento, meio ambiente, paz, comunicação e por fim a quarta geração:

“Paulo Bonavides acrescenta uma quarta geração de direitos humanos, resultante, segundo a sua concepção, da globalização dos direitos fundamentais. Seriam exemplos de direitos de quarta geração o direito à democracia (no caso, a democracia direta), o direito à informação e o direito do pluralismo, deles dependendo a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”⁹

Em busca da transversalidade das ciências, uma vez que os Direitos Humanos são o reflexo social, a capacidade de sentir dos indivíduos, a expressão de suas emoções, garantidas nos termos de suas singularidades, apresentamos a perspectiva de Viktor Frankl, fundador da Logoterapia, corrente posterior à psicanálise de Freud.

Frankl compreende que aos indivíduos cabe a busca de um sentido em suas vidas, fazendo uma crítica contundente à Declaração de Independência dos Estados Unidos, para ele a felicidade é um subproduto do sentido que os homens devem encontrar através do amor, do sofrimento e do trabalho, de forma alternativa, ou complementar.¹⁰

O autor foi uma das vítimas de nazismo, prisioneiro em dois campos de concentração alemães, sendo um deles Auschwitz. Na primeira parte de sua obra o prisioneiro n.º 119.104, conta como foram seus dias no campo de concentração, demonstrando que mesmo após cartas contundentes de que identificavam e garantiam

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Métodos, 2017. p . 51-54.

¹⁰ FRANKL, Viktor – **Em busca de sentido**. São Paulo: Ed. Vozes, 2015.

direitos como liberdade e igualdade, qualquer cenário instável internacional poderia convalidar atrocidades em proporções alarmantes.

Ora, o exemplo disposto é cheque para posterior estabelecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como orientador dos Direitos Humanos no cenário internacional, assim como sua positivação nas cartas constitucionais dos países pertencentes à ONU. Ao indivíduo o fundamental é indispensável, deve ser protegido e resguardado, ao Mundo a liberdade e a igualdade tem propósito, nos termos da dignidade, os Estados Soberanos existem, pois, um dos seus principais elementos constitutivos é justamente sua população.

Se é indispensável a segurança negocial dos tratados internacionais, nos termos do *pacta sunt servanda*, da mesma forma o ambiente tolerante, harmônico e seguro garante aos indivíduos a convivência no cenário doméstico e em um Mundo sem fronteiras delimitadas, reflexo das nTICs.

2. Direitos Fundamentais – a positivação.

Conforme mencionado, os Direitos Fundamentais correspondem a positivação dos Direitos Humanos – suas respectivas recepções – nas Cartas Constitucionais Ocidentais, nos termos dos Contratos Sociais de cada Estado Soberano. Para tanto, a DUDH de 1948 apresenta uma perspectiva internacional dos Direitos Humanos, destinada à todos os homens, todos os indivíduos, em um plano macro, enquanto os Direitos Fundamentais seriam estabelecidos pelas especificidades de cada Estado, como analisa o autor Ademir Júnior:

“A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, retomando-se as bases originais, inicia-se um jogo de definição que restringe “direitos humanos” ora ao plano filosófico, ora como forma de expressar os direitos de uma comunidade estatal concreta mais como “direitos fundamentais”. Direitos humanos seriam, portanto, os direitos válidos para todos os homens, independentemente do contexto social em que se

inserirse, não conhecendo fronteiras nacionais nem comunidades éticas específicas.”¹¹

Por outro lado, o próprio processo de globalização supramencionado tange uma percepção transversal entre as ciências sociais, não delimitando aquele como fenômeno distante do Direito, Economia ou Cultura dos Estados. Os Direitos Humanos seriam orientados em uma perspectiva internacional proporcionando políticas públicas globais e uma relativização da soberania dos Estados, como destaca a autora Cristina Queiroz:

“Só que a globalização não se apresenta unicamente como o resultado de uma evolução quase-natural de invenções técnicas e de diferentes aplicações. A globalização é tanto fruto de decisões políticas conscientes, que contribuíram para o desmantelamento das fronteiras estaduais, como produto de diferentes desenvolvimentos a nível económico, social e cultural. É, numa palavra, fruto de fenómenos e desenvolvimentos múltiplos, de fusões parciais, que conduziram, no limite, a uma “desnacionalização” de Estados e de política públicas”¹²

Ora, o Decreto de Aprovação da Constituição Portuguesa apresenta a retomada dos Direitos Fundamentais em resposta ao regime facista derrubado pela Revolução apresentando a justiça, a liberdade e a fraternidade como inerentes princípios à democracia e consequentemente aos portugueses.

“A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.”¹³

¹¹ JÚNIOR, Ademir de Oliveira Costa – **A eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais.**

¹² QUEIROZ, Cristina – **Direito Constitucional Internacional.** Lisboa: Ed. Petrony, 2016. p. 42-45.

¹³ Decreto de aprovação da Constituição - Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10.

A Carta dispõe em seu preâmbulo os direitos fundamentais dos cidadãos, no artigo 1 estabelece a Soberania do Estado Português e no número 2 do artigo 16 o legislador apresenta a necessidade de os direitos fundamentais estarem em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem – resolução da assembleia da ONU de extrema importância para proteção da dignidade da pessoa humana.

Se por um lado a Autora Cristina Queiroz apresenta uma “federação democrática mundial”, diante uma orientação positivada de Direitos Humanos legitimada e protegida pelos interesses em uma visão universal, uma auto-determinação coletiva.¹⁴

Por outro, percebemos, que uma vez positivados, os Direitos Fundamentais seriam a espécie, ao tempo que os Direitos Humanos, o gênero, no que tange os direitos dos homens. Essa afirmação conduz a análise do fenômeno do Constitucionalismo Global apresentado pelo Professor Canotilho e falibilidade dos Direitos Fundamentais, uma vez que a adesão indiscriminada de Estados por pactos internacionais de Direitos Humanos colocaria o plano normativo interno inseguro, o chamado colapso do constitucionalismo:

“Ao declarar-se o <<colapso do constitucionalismo>> e das <<constituições dirigentes>>, lança-se também um olhar – hoje, dir-se-ia <<observação>> – profundamente céptico em relação à força normativa dos direitos fundamentais consagrados nas leis constitucionais nacionais. No entanto, a repulsa do normativismo parece ser mais prudente quando os vasos normativos deixam de estar inseridos no corpus constitucional interno, para passarem a localizar-se em convenções internacionais. Um número significativo de estados tem aderido aos grandes pactos internacionais sobre os direitos humanos. A doutrina começa a falar de constitucionalismo global, centrado no núcleo essencial dos pactos sobre direitos individuais e políticos e sobre direitos económicos, sociais e culturais. A paradoxia reside nisto: bondade dos direitos fora das fronteiras; maldade dentro das fronteiras constitucionais internas. Poder-se-ia objectar que, na ordem internacional, se protege os direitos humanos com a <<suavidade>> da soft law internacional, e que, nas ordens constitucionais internas, se pretende garantir e proteger direitos

¹⁴ QUEIROZ, Cristina – **Direito Constitucional Internacional**. Lisboa: Ed. Petrony, 2016. p. 70.

fundamentais postuladores da validade e eficácia da hard law estatal. A duplicidade moral do <<discurso>> esconde-se na paradoxia: a <<fé>> nos direitos fundamentais exigirá apenas a existência de um <<direito pobre>> - sobretudo quando se visa garantir <<direitos dos pobres>>.

3. Da eficácia dos Direitos Fundamentais.

Devemos destacar, que fugindo a regra da maior parte das constituições ocidentais a Constituição da República Portuguesa de 1976 apresenta uma eficácia direta – garantidora do Sistema de Proteção dos Direitos Fundamentais em relação aos particulares ou Poder Público – aparente em seu texto, nos termos do seu art. 18, conforme leciona o autor Ademir Júnior:

“Para boa parte dos ordenamentos, a tese da eficácia direta é meramente especulativa, uma vez que a maioria dos Estados não possui posicionamento constitucional acerca da matéria. Um dos poucos que o fazem é Portugal, país cuja Constituição de 1976 previu em seu art. 18/1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.”¹⁵

A elevação dos Direitos Fundamentais com o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata nos faz discutir as eficácias horizontal e vertical dos mesmos, em uma diferenciação – óbvia – mas pertinente para compreensão; a eficácia Vertical trataria a responsabilidade do Poder Público em garantir e respeitar os Direitos Fundamentais, enquanto a eficácia Horizontal seria pertinente as relações entre particulares – privados, que também estão sujeitos entre si à conflitos que podem ferir os mesmos direitos seja no espaço, do mercado, das relações de emprego, ou mesmo da família.

3.1. Eficácia Vertical

¹⁵ JÚNIOR, Ademir de Oliveira Costa – **A eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais.**

Nas relações entre os indivíduos – particulares – e o Estado, onde este age como garantidor/provedor dos Direitos Fundamentais e ao mesmo tempo não pode ferí-los, identificamos a eficácia Vertical.

Esta é reflexo da assimilação pelo Estado dos Direitos Sociais provenientes da segunda dimensão/geração dos Direitos Humanos pelas Cartas Constitucionais, urge salientarmos a consolidação da ONU através da Carta das Nações Unidas e dos tratados internacionais que dispõem sobre estes direitos.

O Contrato Social não apenas identifica quais são os Direitos Fundamentais dos indivíduos, mas os promove através da atividade do Estado, garantido pelo Provedor de Justiça, ora os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à cultura, ao lazer podem ser exigidos pelos particulares.

Para Ademir Júnior, a percepção de Luiz Guilherme Marioni é límpida:

Para o citado autor, “as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade”.

Partindo de tais premissas, podemos afirmar que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares. Essa proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, como o caso da proibição da venda de medicamento reputado nocivo à saúde.

Importante ressaltar que, para parte da doutrina, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical.¹⁶

Entretanto, surge um grave questionamento, ao mesmo tempo que as Cartas Constitucionais assumem o discurso dos Direitos Sociais, estabelecendo o Estado, não apenas como defensor, mas provedor dos mesmos, identificamos inúmeras violações de Direitos Humanos dentro das fronteiras dos próprios Estados, mostrando a ineficácia do cumprimento daqueles que são os direitos inerentes a dignidade humana.

¹⁶ Idem - Ibidem

3.2. Eficácia Horizontal

A eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, conforme supramencionado, é aquela que debate o plano das relações privadas, vez que nestas também tratamos de direitos, garantias e liberdades que colidem nos espaços individuais dos indivíduos, empresas, ou mesmo relações de trabalho.

Ora, sua percepção pode ser observada pelas próprias declarações fundantes dos Direitos Humanos, na equiparação dos indivíduos, despertando o ideal de liberdade nos termos dos limites dos contratos sociais de cada Estado Soberano. O autor Ademir Júnior menciona:

“A Declaração de Virgínia de 1776 rezava em seu art. 1º que:

Art. 1º. Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. [16]

A mesma idéia foi expressa na Declaração Francesa de 1789[17], que em seu art. 2º dispôs: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis ao homem”.¹⁷

É a própria dinâmica de desigualdades estruturantes das relações entre os indivíduos, seja pela perspectiva econômica, política ou social, que chama o Estado garantidor dos Direitos Fundamentais. O professor Canotilho discorre sobre a angústia dos indivíduos no plano das relações privadas:

“A perplexidade que insinuamos está aqui: a de as agústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das relações jurídico-privadas, pois também aí parece registarem-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias.”¹⁸

¹⁷ Idem - Ibidem

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 85.

E, ainda, continua apresentando a importância do Provedor de Justiça no cenário das relações entre particulares:

“Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis da autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações, mais ou menos subtis, da esfera de protecção dos seus direitos fundamentais.”¹⁹

Ora, por fim, dentre os inúmeros exemplos apresentados pela doutrina podemos destacar cláusulas resolutórias para aquisição de imóvel condicionadas ao gênero, ou raça dos indivíduos, ou contrato de trabalho condicionado à não filiação sindical, ou mesmo contrato de trabalho de mulher condicionado à testes de gravidez, ou manter uso de contraceptivos.

Conclusão

Uma breve explanação histórica foi pertinente para entendermos o amadurecimento dos Direitos Humanos e suas conseqüentes recepções nas Cartas Constitucionais. A ONU surge como uma organização garantidora da paz e da tolerância entre os Estados e, ao mesmo tempo, estabelece uma tácita declaração de vencedores da Guerra.

Uma vez recepcionados os Direitos Humanos recebem a alcunha de Fundamentais e compõem a maior parte das Constituições Ocidentais, refletindo não apenas a Carta das Nações Unidas, mas principalmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que apresenta um poder vinculativo anômalo.

No ambiente doméstico as eficácias Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais permitem um vasto debate sobre o papel do Estado nas relações entre os particulares e o Poder Público – eficácia Vertical – e os particulares e particulares – Eficácia Horizontal – demonstrando que após a constitucionalização dos Direitos Sociais

¹⁹ Idem – p. 86.

da Segunda Geração/Dimensão dos direitos Humanos, a liberdade é complementarizada pela igualdade.

Por sua vez, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana resplandece o Direito Internacional, convida ao cenário os indivíduos enquanto agentes ativos e passivos do cotidiano globalizado, ampliando ainda mais as inquietudes sobre a real eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais.

Ora, a CRP – Constituição da República Portuguesa – apresenta a eficácia direta expressa, tanto no plano vertical, quanto horizontal dos Direitos Fundamentais, sendo exceção dentre a maior parte das Constituições Ocidentais.

Podemos destacar na doutrina uma nova percepção de Estado Moderno aliada a um constitucionalismo global, transformando os limites fronteiriços em busca de um auto-governo da coletividade, promovendo a mutação da soberania do governo, para uma soberania popular global²⁰, uma coalisão entre Direitos Fundamentais e a autoridade de Estado, sobre a ótica comum – coletiva.

Entretanto, identificamos que a eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais é mais palpável aos particulares, vez que nesta o Poder Público age como atuante Provedor de Justiça, mediador da relação, enquanto que na eficácia Vertical ele acumula a função de Provedor e garantidor dos Direitos Sociais, mas, em grande parte, não consegue cumprir seu papel com excelência.

Pelo contrário, os governantes se abstêm e mantêm, sobre o pressuposto de Soberania dentro de suas fronteiras o descumprimento dos Direitos Humanos/Fundamentais, como por exemplo os Sociais de segunda dimensão/geração, diante os organismos internacionais.

O fenômeno político conservador das democracias ocidentais também reorganiza uma perspectiva alinhada com a soberania dos Estados, colidindo com a internacionalização dos Direitos Humanos, os contratos sociais assumem um papel preponderante na relação entre Poder Público e Particulares, cabendo ao ente Estatal identificar o espaço de Provedor e Garantidor de Justiça, protegendo o indivíduo nacional.

A eficácia Vertical, ao tempo que justifica o descumprimento dos Governos no plano interno dos Direitos Humanos/Fundamentais, garante no cenário global – através

²⁰ QUEIROZ, Cristina – **Direito Constitucional Internacional**. Lisboa: Ed. Petrony, 2016. p. 50.

do princípio da igualdade soberana – o status de Estado Internacional e, portanto, com jurisdição interna preponderante.

FONTES DOCUMENTAIS

CARTA das Nações Unidas e 1945, 2 de junho. **Assembleia Geral da Onu.** (01-06-1945) [Em linha]. [Consult. 08. Abr. 2018]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976, 25 de abril. **Diário da República I**, N.º86 (10-04-76) [Em linha]. [Consult. 08 Abr. 2018]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América. **Congresso Geral dos EUA** (04-07-1776). [Em linha]. [Consult. 18 Jun. 2018]. Disponível em: http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. **Assembleia Nacional Francesa.** (27-08-1789).). [Em linha]. [Consult. 18 Jun. 2018]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **Assembleia Geral da Onu.** (10-12-1948) [Em linha]. [Consult. 23 Abr. 2018]. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

DECRETO de aprovação da Constituição. **Diário da República** n.º 86/1976, Série I de (10-04-76). [Em linha]. [Consult. 08. Jun. 2018]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/502635/details/normal?q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-2033297-9
- FRAGA, Luis Alves de – **Metodologia da Investigação**. Lisboa: Ed. Abdul's Angels, 2017. ISBN 978-97-289-7349-0
- FRANKL, Viktor – **Em busca de sentido**. São Paulo: Ed. Vozes, 2015. ISBN 978-85-326-0626-6
- HOSTMAELINGEN, Njal – **Direitos Humanos num relance**. Lisboa: Ed. Sílabo, 2016. ISBN 978-972-618-835-3.
- HUNT, Lynn – **A invenção dos direitos humanos; uma história**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2009. ISBN 978-85-359-1459-7
- JÚNIOR, Ademir de Oliveira Costa – **A eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais**. [Em linha]. Rio Grande do Sul: Âmbito Jurídico, 2018. [Consult. 18. Jun. 2018] Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1838
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Métodos, 2017. ISBN 978-85-309-7543-2
- MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Internacional**. 6. Ed. Cascais: Ed. Principia, 2016. ISBN 978-989-716-143-8

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme – **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade as tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-414-0

PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07413-2

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – **Direito Internacional Público e Privado**. 9. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1079-6

QUEIROZ, Cristina – **Direito Constitucional Internacional**. Lisboa: Ed. Petrony, 2016. ISBN 978-972-685-230-8