

HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

HORIZONTALIZATION OF HUMAN RIGHTS

Renato de Abreu Barcelos¹

Marinella Machado Araújo²

Resumo: historicamente, a observância dos direitos humanos sempre esteve atrelada ao Estado. Nesse sentido, os direitos humanos seriam garantias que os indivíduos poderiam exigir do Estado. Já os direitos fundamentais são considerados direitos humanos positivados numa dada comunidade estatal. Considerando-se a atual discussão, firmada no Direito Constitucional, sobre a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – a chamada horizontalização dos direitos fundamentais –, o presente estudo tem o propósito de analisar a possibilidade de horizontalização também dos direitos humanos, no sentido de que estes vinculariam não somente o Estado (em âmbito nacional ou internacional), mas também os particulares nas relações entre si.

Palavras-chave: direitos humanos; direitos fundamentais; proteção; particulares.

Abstract: historically, the observance of human rights has always been tied to the State. In this sense, human rights would assure that individuals could require of the State. Since fundamental rights are considered human rights positivized in a given community. Considering the current discussion, grounded in Constitutional Law, about the possibility of linking the fundamental rights to the individuals - the so-called horizontalization of fundamental rights -, the present study aims to examine the possibility of horizontalization also human rights, in the sense that they connect it not only the State (at level national or international), but also the individuals in relation to each other.

Keywords: human rights; fundamental rights; protection; individuals.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Mestrando em Direito pela PUC Minas. Pesquisador adjunto no Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP) da PUC Minas

² Graduada em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Administrativo pela UFMG. Doutora em Direito pela UFMG. Professora nos curso de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas. Coordenadora geral do NUJUP.

Sumário: 1 Introdução; 2 Uma incursão impostergável: a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; 3 Direitos humanos: algumas anotações; 4 Horizontalizando os direitos humanos; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Poucas expressões, como direitos humanos³, têm vocação para acepções tão carregadas de dúvidas, de dissenso e de críticas. Não obstante, os direitos humanos sempre estiveram presentes em nosso vocabulário, desde a Antiguidade até a nossa contemporaneidade. Presença, pois, que se faz sentir apesar de toda a nebulosidade que orbita sobre o termo.

Fato é que os direitos humanos sempre estiveram, de alguma forma, atrelados ao Estado de Direito: (i) ora como garantia de proteção de indivíduos contra arbitrariedades estatais (direitos humanos de primeira dimensão⁴); (ii) ora exigindo dever prestacional do Estado para o bem-estar de indivíduos (direitos humanos de segunda dimensão); (iii) ora fundamentando a aplicação do princípio da solidariedade (direitos humanos de terceira dimensão). Assim, historicamente, a garantia dos direitos humanos evidencia-se como um dever do Estado.

Contudo, este texto não trata, em seu núcleo precípua, das várias acepções possíveis de direitos humanos, nem de uma análise histórica de seu desenvolvimento, mas sim de uma questão – particularmente travada no âmbito do Direito Constitucional – capaz de fornecer outras potencialidades para os direitos humanos: trata-se da chamada horizontalização dos direitos fundamentais, que designa a vinculação dos particulares (e não só do Estado) também à proteção dos direitos fundamentais. Isso posto, surge um *insight*: dado que os direitos fundamentais constituem direitos humanos tornados fundamentais (positivados) para uma dada comunidade jus-política, será que os direitos humanos também poderiam ser oponíveis, igualmente, a particulares?

Em outras palavras: a horizontalização dos direitos fundamentais pode levar também à horizontalização dos direitos humanos? Uma pretensa horizontalização dos direitos

³ Registre-se, desde já, o significado esposado de direitos fundamentais: estes são, na verdade, autênticos direitos humanos que foram positivados em uma determinada ordem constitucional. Os confins entre as duas terminologias – direitos humanos e direitos fundamentais – não são, portanto, indissociáveis. Além disso, deve-se consignar que a expressão “direitos humanos” é aqui empregada em sentido genérico e abstrato, de modo a abarcar os contextos nacionais e internacional.

⁴ “Alguns autores, visando justamente destacar o caráter contínuo dos direitos humanos, adotam a terminologia ‘dimensões’, no lugar de ‘gerações’” (BASTOS, 2011, p. 193).

humanos significaria, nessa medida, que não só os Estados (no âmbito nacional ou internacional) devem observar os direitos humanos, mas também os próprios seres humanos, como particulares que interagem entre si no tráfico jurídico-privado.

Assim, o objetivo do presente estudo é discutir a possibilidade de os direitos humanos vincularem, também, os particulares, e não exclusivamente o Estado. Para tanto, este estudo foi assim estruturado: (i) inicialmente, apresenta-se a discussão constitucionalista a respeito da horizontalização dos direitos fundamentais, disponibilizando-se os principais parâmetros teóricos para essa horizontalização; (ii) após, será realizada uma digressão sobre os direitos humanos, em aspectos como teorias de justificação, conceito, gerações, questões históricas e críticas; nesse quadro, será de grande importância analisar a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais; (iii) em seguida, será feita a reflexão quanto à possibilidade de horizontalização dos próprios direitos humanos, o que importaria no dever de proteção dos direitos humanos frente a comportamentos estatais e privados, ocasião cujo lastro teórico principal será o procedimentalismo discursivo de Habermas, em especial a ideia de co-originariedade entre direitos humanos e soberania popular; (iv) finalmente, serão recolhidas, em compartimento próprio, as considerações finais a respeito da pesquisa.

A horizontalização dos direitos humanos tem grandes possibilidades, pois permitiria uma efetiva concretização normativa dos próprios direitos humanos: ao alargar os destinatários de sua agenda, de modo a abranger Estado e particulares, a força simbólica dos direitos humanos poderia ser inibida, contribuindo, assim, para a consagração dos valores do Estado Democrático de Direito.

2 UMA INCURSÃO IMPOSTERGÁVEL: A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, apresenta-se de suma importância realizar incursão numa temática que, cada vez mais, vem angariando atenção por parte da dogmática jurídica, mormente aquela atrelada ao Direito Constitucional: é a chamada vinculação dos particulares aos direitos fundamentais⁵.

Historicamente, os direitos fundamentais foram fecundados com o propósito primordial de defender o indivíduo das intromissões oriundas do espectro estatal, o que seria

⁵ Verifica-se uma profusão de proposições terminológicas capazes de batizar o fenômeno ora investigado. Ilustrativamente, tem-se: eficácia privada dos direitos fundamentais, eficácia em relação a terceiros, eficácia externa dos direitos fundamentais, vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e horizontalização dos direitos fundamentais.

compreensível em razão dos traumas advindos do absolutismo monárquico⁶. Desse modo, os direitos fundamentais ostentavam um sujeito passivo perspicuo: o Estado. A intensidade da relação Estado-particular seria mediada pelos próprios direitos fundamentais, apresentando-se estes na sua eficácia vertical.

Todavia, a história reservou uma surpresa que não poderia ser vislumbrada durante a consolidação da Modernidade: o poder – seja econômico, militar, ideológico ou político – livrou-se das amarras estatais, diluindo-se por toda a planície social⁷. O Estado não mais detém exclusivamente o poder, compartilhando-o, então, também com os particulares⁸. E quem tem poder encontra-se inequivocamente apto a violar direitos fundamentais.

Destarte, chega-se a uma ilação que não é lícito menoscar: direitos fundamentais também podem ser violados por particulares. As relações inter-privadas, marcadas pelas tratativas de agentes privados, descortinam-se como um lócus de possível transgressão de direitos fundamentais levada a cabo por um particular. A eficácia dos direitos fundamentais não fica mais encartada, exclusivamente, na verticalizada relação Estado-particular; ela se horizontaliza, de modo a abranger igualmente a relação particular-particular. Os particulares estão, outrossim, vinculados aos direitos fundamentais⁹. Os agentes privados também têm o dever de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Nessa medida, emerge a seguinte indagação: qual a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais? Aqui não existe uma única resposta; na verdade, encontram-se distintos parâmetros teóricos capazes de fornecer as coordenadas necessárias

⁶“Seu aparecimento, marcado, inicialmente, pelo absolutismo e intervencionismo, abriu, por consequência, espaço para demandas de proteção de uma esfera de autonomia privada, apta ao desenvolvimento das potencialidades individuais ou de sua personalidade, sem interferências externas, notadamente do próprio Estado, que haveria, de ser mínimo e neutro” (SAMPAIO, 2010, p. 133). Interessante é a observação de Habermas: “Com a ampliação e liberação dessa esfera do mercado, os donos de mercadorias ganham autonomia privada: o sentido positivo de ‘privado’ constitui-se sobretudo à base da concepção de dispor livremente [ou seja, livres das ingerências estatais] da propriedade que funcione capitalisticamente” (HABERMAS, 1984, p. 94).

⁷ “Os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, contudo, tornaram evidente que não se poderia mais relegar o Estado ao simples papel de vilão dos direitos individuais. Percebeu-se que aos Poderes Públicos se destinava a tarefa de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração que ela própria fermentava” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 275).

⁸ Tal assertiva ganha relevo palpável ao se lembrar das mega-corporações financeiras internacionais que, frequentemente, têm mais poder que os próprios Estados soberanos. Veja-se: “Da mesma forma que essas forças podem prejudicar o sistema político, em razão da alta concentração de poder, o mesmo ocorre no âmbito jurídico, essas corporações, ainda que privadas, alcançam uma posição de dominação, sobretudo por meio de concentração financeira, que lhes confere tal poder de decisão nas suas relações com os indivíduos que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares” (SILVA, 2008, p. 52-53).

⁹ Impende registrar que não são todos os direitos fundamentais que podem ser horizontalizados. Uma cartela de direitos fundamentais pode ser exclusivamente destinada ao Estado (como, por exemplo, os direitos fundamentais atinentes à nacionalidade), enquanto que outra pode ser exclusivamente destinada aos próprios particulares (como, por exemplo, os direitos fundamentais de estirpe social, como os trabalhistas).

para a intermediação entre particulares e direitos fundamentais, quais sejam, (i) a teoria da eficácia imediata ou direta; (ii) a teoria da eficácia mediata ou indireta; (iii) a teoria dos deveres de proteção; (iv) a *state action doctrine*; (v) a teoria da convergência estatista; e (vi) a teoria dos três níveis. Veja-se¹⁰.

A *teoria da eficácia direta ou imediata*, surgida na década de 1950 por obra de Hans Carl Nipperdey, estabelece que os direitos fundamentais aplicam-se nas relações firmadas entre particulares independentemente de alguma intermediação legislativa: os direitos fundamentais poderiam ser sacados, a qualquer momento, por um particular contra comportamentos lesivos promovidos por outro particular¹¹. A teoria da eficácia imediata ou direta lastreia-se indubitavelmente na concepção segundo a qual os direitos fundamentais refletem uma ordem objetiva de valores¹². Direitos fundamentais, ademais de serem pretensões subjetivamente exigíveis no plano jurisdicional, assumem uma faceta axiológica objetiva, no sentido de que representam bens socialmente desejados; eles não podem ficar confinados ao plano subjetivo, devendo-se irradiarem-se¹³ por todo o ordenamento jurídico. Não obstante, a teoria ora analisada é criticada (i) por promover uma asfixia da autonomia privada, através da colonização desta pela autonomia pública e (ii) por banalizar os direitos fundamentais, na medida em que sua maciça utilização levaria, inexoravelmente, à sua vulgarização.

Já a *teoria da eficácia indireta ou mediata*, defendida originariamente por Günther Düring, sustenta a inaplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: os direitos fundamentais irromperiam no tráfico jurídico-privado legislativamente¹⁴,

¹⁰ Por ser mais consentânea aos propósitos deste estudo, será apresentada somente uma visão panorâmica das teorias sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para um aprofundamento desta temática, conferir os trabalhos de Daniel Sarmiento (2006), Virgílio Afonso da Silva (2008) e Wilson Steinmetz (2004).

¹¹ “Como consequência desta concepção, os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares” (SARLET, 2000, p. 67-68).

¹² Como cediço, a associação entre norma e valor é bastante problemática: “[...] quando os direitos humanos são constitucionalmente assegurados, segundo um procedimento democrático deliberativo, tornam-se normas legítimas de caráter obrigatório e não podem ser vistos, como desejam os comunitários, enquanto valores que, ao contrário das normas, estabelecem relações de preferência” (CITTADINO, 2000, p. 176).

¹³ “Com esse efeito, à medida que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar por todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas *limites* para o Estado, convertendo-se em *norte* da sua atuação” (SARMENTO, 2003, p. 254, grifos do autor).

¹⁴ “O principal elo de ligação entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado, segundo o modelo de efeitos indiretos, são as chamadas cláusulas gerais. Essas são cláusulas que requerem um

através de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Logo, a intermediação do legislador é que determinaria a tônica da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Se na teoria da eficácia direta ou imediata o juiz assume papel de destaque, na teoria da eficácia indireta ou mediata, ao legislador caberia operacionalizar normativamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Deve-se sublinhar que esta teoria logrou grande adesão no universo jurídico germânico, apesar das críticas¹⁵ a ela endereçadas.

A *teoria dos deveres de proteção*, defendida por Claus-Wilhelm Canaris, argumenta que a defesa dos direitos fundamentais cabe, em última análise, ao Estado. Assim sendo, o Estado teria duas funções¹⁶: (i) abster-se de violar os direitos fundamentais de seus jurisdicionados; (ii) evitar a violação dos direitos fundamentais por parte dos particulares. O Estado teria, então, a função de criar óbices legislativos (deveres de proteção) que impediriam os particulares de macularem os direitos fundamentais alheios. Evidentemente, tal teoria não obteve grande respaldo pela comunidade jurídica, o que é compreensível, dada sua compostura esquizofrênica¹⁷.

Por seu turno, a *teoria da convergência estatista*, capitaneada por Jürgen Schwabe, preleciona que o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é algo aparente. Aparente porque não há possibilidade de os particulares menoscabarem direitos fundamentais; o que se percebe é que o comportamento estatal é que leva o particular a violar direito fundamental de terceiro. Explique-se: quando um particular infringe um direito fundamental o faz porque o Estado não conseguiu impedi-lo. A autonomia privada seria um desdobramento da autonomia pública: desse modo, qualquer violação privada a direito fundamental seria, na verdade, uma violação público-estatal. Ora, uma violação a direito fundamental perpetuada por um particular não pode ser reconduzida, sempre, ao Estado¹⁸;

preenchimento valorativo na atribuição de sentido, pois são, para usar uma expressão na doutrina jurídica brasileira, conceitos abertos, cujo conteúdo será definido por uma valoração do aplicador do direito” (SILVA, 2008, p. 78).

¹⁵ “Por um lado, há quem afirme, à direita, que a impregnação das normas do Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais. Da outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a constituição” (SARMENTO, 2006, p. 204).

¹⁶ “Como o próprio nome está a indicar, cabe ao Estado, *in casu*, a tarefa de concretização dos direitos fundamentais. Neste caso, o Estado não apenas se abstém de práticas nocivas em torno dos referidos direitos, mas ainda atua positivamente, para a realização destes mesmos direitos” (VALE, 2010, p. 67).

¹⁷ Esquizofrênica porque, de um lado, nega que os direitos fundamentais possam ser oponíveis aos particulares; de outro lado, a proteção dos direitos fundamentais acaba por ser insulada no âmbito do Legislativo – ora, Executivo e Judiciário também têm a missão de proteger os direitos fundamentais.

¹⁸ Já se afirmou que, hodiernamente, o poder não resta represado no aparato estatal, ele se dispersa, firmando-se também nos particulares.

ademais, tal concepção alçaria o Estado à condição de segurador universal¹⁹ de direitos fundamentais lesionados por particulares. Tais pontos, assim, impediram decantada teoria de prosperar.

A *state action doctrine*, de estirpe estadunidense, propugna que os direitos fundamentais somente podem ser violados pelo Estado. Não se pode olvidar a inquebrantável tradição liberal dos Estados Unidos, cabalmente embriagada²⁰ pelo esplendor de uma autonomia privada imunizada de injunções estatais. Assim, os particulares, nas relações travadas entre si, não teriam aptidão para violar direitos fundamentais, vez que estes somente seriam oponíveis numa relação Estado-particular. O rigorismo da *state action doctrine* vem, contudo, sendo temperado pela *public function theory*, pela qual os direitos fundamentais seriam aplicáveis nas relações entre agentes privados quando a atividade de um destes agentes pudesse ser equiparada à função estatal²¹.

Finalmente, tem-se a *teoria dos três níveis*, defendida por Robert Alexy. Segundo essa teoria, os parâmetros teóricos acima bosquejados não são auto-excludentes, mas sim mutuamente complementares²². Nesse sentido, Alexy (2008, p. 533-541) propõe que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se dê em três níveis: o primeiro nível seria reservado à teoria da eficácia indireta; o segundo nível estaria ligado à teoria dos deveres de proteção; por fim, o terceiro e último nível ficaria para a teoria da eficácia direta. Traduzindo-se: primeiramente, o legislador deveria conformar a legislação infraconstitucional civil aos direitos fundamentais; se assim não procedesse, estaria desconsiderando o dever de proteção; o que permitiria ao Judiciário a aplicação direta dos direitos fundamentais, aplicação esta guiada pela ponderação. Apesar da engenhosidade teórica, a concepção de Alexy termina por desaguar na teoria da eficácia direta ou imediata.

¹⁹ “Por conseguinte, a posição de Schwabe pode ser levada a situações extremas. Desse modo, se alguém morre de overdose, se um homicídio é praticado, se alguém atropela um terceiro, se alguém escorrega no piso da casa do vizinho e se machuca, em tese o Estado poderia ser responsabilizado. Essa posição pode levar à conclusão de que não haja responsabilidade imputável ao particular (uma irresponsabilidade absoluta dos particulares) ou a certeza de que essa responsabilidade será sempre compartilhada pelo Estado” (CRUZ, 2007, p. 347).

²⁰ “[...] nos Estados Unidos continua prevalecendo a tese liberal de que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal (*state action*) presumidamente ilícita, de tal sorte que as condutas eminentemente privadas encontram-se imunes a este tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição” (SARLET, 2000, p. 78-79).

²¹ Pode uma cidade administrada por um particular (*private town*) impedir uma missionária de pregar no centro dessa mesma cidade? A Suprema Corte norte-americana disse que não, pois uma cidade privada equivaleria a uma cidade administrada pelo poder público, donde a possibilidade do livre exercício da liberdade religiosa.

²² “Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado como a solução completa. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa é, nesse sentido, adequada” (ALEXY, 2008, p. 533).

A análise, ainda que panorâmica, da problemática atinente à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não implicará pela opção²³ por uma teoria em detrimento de outra – esta não é a ocasião adequada para tanto. A investigação da horizontalização dos direitos fundamentais afigura-se, na verdade, como uma etapa necessária para os objetivos deste estudo: propor que os direitos humanos não podem ser confinados à relação Estado-particular.

3 DIREITOS HUMANOS: ALGUMAS ANOTAÇÕES

O objetivo deste compartimento é esboçar algumas pontualidades atinentes aos direitos humanos; evidentemente, não se fará uma análise aprofundada da temática, por fugir aos propósitos deste estudo.

De início, deve-se registrar que os direitos humanos sempre estiveram presentes em nosso vocabulário histórico²⁴: desde a Antiguidade, através do Código de Hamurabi, que previa direitos para viúvas e órfãos, até a Idade Média, bastante influenciada pelo Cristianismo, vislumbravam-se indícios difusos de direitos humanos.

Todavia, os direitos do homem somente lograram um perfil mais definido, e menos difuso, com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, a saber, as revoluções americana, francesa e inglesa. Da revolução inglesa, tem-se o *Bill of Rights*²⁵ de 1689; da revolução americana, tem-se²⁶ a Declaração de Direitos de Virgínia, a Declaração de

²³ O Supremo Tribunal Federal, no caso da União Brasileira de Compositores (UBC) – o *leading case* nessa temática – optou pela teoria da eficácia direta ou imediata. Assim, a aplicação da cláusula constitucional do devido processo legal também pode ocorrer nas relações inter-privadas, e não somente na relação Estado-particular. Conferir o Recurso Extraordinário 201819/RJ (BRASIL, 2006).

²⁴ Para uma análise da evolução histórica dos direitos humanos, conferir os trabalhos de Fábio Konder Comparato (2010), Celso Lafer (1988), Norberto Bobbio (2004), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011), Alexandre de Moraes (2005) e Ricardo Castilho (2010).

²⁵ “Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo o poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado” (COMPARATO, 2010, p. 105).

²⁶ “Posteriormente, e com idêntica importância na evolução dos direitos humanos encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os históricos documentos: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-6-1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 4-7-1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787. Na Declaração de Direitos de Virgínia, a Seção I já proclama o *direito à vida, à liberdade e à propriedade*. [...]. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de inigualável valor histórico e produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal [...]. Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: *liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri;*

Independência dos Estados Unidos e a própria Constituição dos Estados Unidos da América; e, por fim, da revolução francesa, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁷, de 1789. Três momentos históricos que têm como ponto comum o a limitação do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais individuais. A partir daí, então, os direitos humanos foram receptados pelas agendas nacional e internacional, cujo cume simbólico desse progressivo processo de desenvolvimento é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, patrocinada pelas Nações Unidas em 1948, o que inaugura a concepção contemporânea de direitos humanos:

A Declaração surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados. Ela demarca a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania (PIOVESAN, 2003, p. 92).

Mas o que são²⁸, precisamente, os direitos humanos? Conceituar direitos humanos não é tarefa das mais fáceis, na medida em que tal tarefa de definição encontra-se suscetível às preferências ideológicas daquele que tenta defini-los. Logo, uma tentativa de definição de direitos humanos está inexoravelmente destinada a ser infrutífera: o máximo que se consegue são definições que caem num lugar-comum²⁹.

ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes” (MORAES, 2005, p. 9-10, grifos do autor).

²⁷ “Sua primazia [a Declaração] entre as declarações vem exatamente do fato de haver sido considerada como modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí sua incontestável influência sobre as declarações que, seguindo essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a Primeira Guerra Mundial. [...]. Seguindo o próprio título do documento, podem-se classificar os direitos enunciados em duas grandes categorias. A primeira é a dos direitos do Homem. Estes são *liberdades*. Ou seja, poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. [...]. Os direitos do cidadão são *poderes*. São a expressão moderna da ‘liberdade dos antigos’. Constituem meios de participação no exercício do Poder Político” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 37-43, grifos do autor).

²⁸ São bastante interessantes as abordagens de Marcelo Campos Galuppo, tendo-se por perspectiva o Comunitarismo, o Liberalismo e o procedimentalismo discursivo: “[...] o comunitarismo entende que os Direitos Humanos são categorias que, na comunidade, atribuem ao homem certas características comuns que configuram sua identidade, categorias essas produzidas pela própria comunidade. Por serem produzidas pela comunidade, estas categorias não gozam de primazia contra a comunidade e, por isso mesmo, não podem servir de exceção às pretensões comunitárias” (GALUPPO, 2003, p. 218). Mais adiante, afirma: “[...] o Liberalismo entende que os Direitos Humanos são inerentes a todos os seres humanos, por decorrência de sua própria natureza, de forma universal, sendo anteriores à própria sociedade, o que nos leva a concluir que não são criados por esta. Exatamente por isso, eles gozam de primazia contra a sociedade, o que nos leva a concluir que não são criados por esta” (GALUPPO, 2003, p. 224). Por fim, em relação ao procedimentalismo discursivo, aduz: “[...] os Direitos Humanos não podem ser concebidos, nessa perspectiva, nem como objetivos [comunitarismo], nem como subjetivos [liberalismo], mas intersubjetivamente constituídos” (GALUPPO, 2003, p. 232).

²⁹ Bobbio (2004, p. 37) salienta que a maioria das definições de direitos humanos são tautológicas. Como exemplo de uma definição tautológica, veja-se: “Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente” (HERKENHOFF, 1994, p. 30).

Aliás, a própria definição de direitos humanos flutuará conforme a teoria alocada para justificá-los³⁰. Dentre as teorias de justificação mais recorrentemente mencionadas encontram-se a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria moralista. Veja-se:

*A teoria jusnaturalista fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens. [...]. A teoria positivista, diferentemente, fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular. Desta forma, somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado. [...]. Por sua vez, a teoria moralista ou de Perelman encontra a fundamentação dos direitos humanos fundamentais na própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espiritus razonables* (MORAES, 2005, p. 16-17, grifos do autor).*

De qualquer modo, constata-se que os direitos humanos são um produto tipicamente histórico³¹, o que reverbera na própria noção de dimensões de direitos humanos. Assim, tem-se a primeira³² dimensão dos direitos humanos, consistente em direitos políticos e direitos civis. Os primeiros ligam-se ao espaço de imunidade individual às ingerências estatais – liberdade; os segundos garantem a participação do indivíduo na formação da vontade política coletiva – o auto-entendimento mútuo. Já a segunda³³ dimensão dos direitos humanos atrela-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecidos com o propósito de assegurar uma condição de bem-estar àqueles que estavam marginalizados dos bens necessários à constituição de uma vida digna. Em seguida, emergem os direitos de terceira dimensão³⁴,

³⁰ Para um exame completo de várias teorias de justificação dos direitos humanos, conferir o estudo de José Adércio Leite Sampaio (2010). Lúcida é a assertiva de Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 43).

³¹ “[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” (BOBBIO, 2004, p. 38).

³² “Com efeito, num primeiro momento, a interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano do Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica e emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político” (LAFER, 1988, p. 126).

³³ “Visando reparar as ‘eventuais’ falhas do mercado, corrigir seus ‘excessos’, reduzir os chamados custos de transação, organizando e protegendo a sociedade, a ideia principal a ser propalada pelos defensores deste chamado capitalismo social ou organizado e da nova plêiade de direitos humanos por ele congregada, é a de que a regência do conjunto da vida social não poderá ser feita exclusivamente pelo mercado, devendo o Estado ‘humanizar os rigores do primeiro capitalismo’, através, inclusive, de uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica” (BASTOS, 2011, p. 187-188).

³⁴ Segundo José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 274) estes direitos são globais, de toda a humanidade, desconhecendo, portanto, limitações de fronteira.

obsequiosos à figura da fraternidade, tendo, portanto, uma matriz transindividual, como o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, o direito de autodeterminação dos povos, etc. Alguns sustentam, inclusive, a existência de direitos de quarta³⁵ e quinta dimensão³⁶...

Apesar de todo o viés simbólico-positivo dos direitos humanos, direitos que cabem a qualquer homem enquanto homem, o discurso dos direitos humanos vem sofrendo cada vez mais críticas desferidas de todas as direções. O discurso dos direitos humanos estaria encapsulado com outras pretensões. Assim é que: (i) os direitos humanos seriam instrumentos para a proteção de bandidos, seriam guardiões da delinquência; (ii) os direitos humanos seriam irracionais, por não estarem vinculados a uma produção histórica do direito de um determinado povo; (iii) a natureza contratualista dos direitos humanos seria falaciosa, pois inexitem direitos pré-estatais; (iv) os direitos humanos estimulariam a subversão da ordem e da autoridade (real ou religiosa); (v) os direitos humanos são demasiado abstratos: homens são de carne e osso, e não seres metafísicos; (vi) os direitos humanos proporcionariam e reforçariam a dominação da classe burguesa sobre a classe proletária; os direitos humanos seriam um discurso que manteria o *status quo*, sendo parte da superestrutura da ideologia do capital; (vii) os direitos humanos estariam a serviço do imperialismo, principalmente do Ocidente sobre o Oriente (SAMPAIO, 2010, p. 35-52).

Apesar dessas críticas, não se pode negar que os direitos humanos encontram-se incrustados nos discursos em geral³⁷, principalmente o jurídico. Nesse momento, é importante tecer algumas considerações sobre a relação dos direitos humanos com os direitos fundamentais³⁸. Nesse sentido, os direitos humanos se relacionariam com os direitos fundamentais na medida em que estes seriam a positivação dos primeiros. Os direitos fundamentais seriam precisamente os direitos humanos considerados fundamentais por uma determinada comunidade jus-política. *Direitos fundamentais seriam direitos humanos fundamentalizados*³⁹.

³⁵ “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (BONAVIDES, 2004, p. 571).

³⁶ Sinteticamente, tais direitos representam barreiras frente ao desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias, como a manipulação genética (SAMPAIO, 2010, p. 283).

³⁷ Os direitos humanos não são apenas preocupações do direito, mas também da filosofia, da sociologia, da política e mesmo das ciências biológicas.

³⁸ Conforme sublinha Mário Lúcio Quintão Soares (2000, p. 24-29), dentro do universo jurídico, os direitos humanos dialogam não somente com os direitos fundamentais, mas também com os direitos naturais, com os direitos dos cidadãos, com os direitos subjetivos, com os direitos públicos subjetivos, com os direitos individuais, e com as liberdades fundamentais.

³⁹ Do mesmo modo: “Neste sentido, posicionou-se a doutrina dominante, compreendendo os direitos fundamentais como direitos humanos positivados nas constituições estatais” (SOARES, 2000, p. 28); “A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais consiste em que o primeiro é anterior ao segundo, isto é,

Os Direitos Humanos transformam-se em Direitos Fundamentais somente no momento em que o Princípio do discurso se transforma em Princípio Democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade. Isso significa, antes de qualquer coisa, que os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos (GALUPPO, 2003, p. 233).

Nesse diapasão, os direitos fundamentais constituem-se numa extensão⁴⁰ positivada dos direitos humanos, até como forma de se protegê-los⁴¹. Essa relação umbilical entre direitos humanos e direitos fundamentais oportunizará uma reflexão sobre a horizontalização dos direitos humanos, conforme abaixo exposto.

4 HORIZONTALIZANDO OS DIREITOS HUMANOS

Percorrido todo o trajeto acima, estamos de posse de duas premissas e de uma sugestão de conclusão: (**P¹**) se os direitos fundamentais, numa perspectiva horizontalizada, vinculam também particulares, não só o Estado; (**P²**) se os direitos fundamentais constituem-se numa extensão positivada dos direitos humanos; (**C**) então nada impede com que os direitos humanos possam também ser oponíveis aos próprios seres humanos (em sua condição de particulares), e não somente aos Estados^{42 43}.

que os direitos humanos se situam como ancestrais ao Estado, sendo assim, pré-estatal, ao passo que os direitos fundamentais são tributários diretos da origem do Estado, ou em outras palavras, com o fenômeno que culmina com o monopólio estatal da força” (MOREIRA, 2002, p.36-37); “Já os ‘direitos fundamentais’ são aqueles juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)” (SAMPAIO, 2010, p. 8); “[Direitos fundamentais] são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais” (COMPARATO, 2010, p. 70-71); “[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se relaciona aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (PEDRON; REISSINGER, 2011, p. 244).

⁴⁰ Essa extensão não é, todavia, absoluta, pois, como bem salientam Rogério Sant’Anna de Souza, Naiane Loureiro dos Santos e Marinella Machado Araújo, “[...] posto que os direitos humanos são direitos fundamentais, nem todo direito fundamental é um direito humano” (ARAÚJO; SANTOS; SOUZA, 2009, p. 239).

⁴¹ “Nesse sentido, a necessidade de positivação dos direitos humanos é uma prova de seu descumprimento” (SILVA, 2007, p. 36).

⁴² Tal conclusão, ligada de maneira mais específica aos direitos humanos, foi esboçada, embora sem maiores fundamentações, por dois autores: José Renato Nalini e Elísio Augusto Velloso Bastos: “Costuma-se justificar a enunciação de direitos humanos em Constituições escritas como a garantia de que eles não serão desrespeitados pelo Estado. Mas será que é o Poder Público a única ameaça aos direitos fundamentais? [...]. A chamada *ameaça horizontal* aos direitos humanos é exatamente essa possibilidade comprovada de uma criatura poder frustrar a outra de fruir de um bem da vida elevado à categoria de direito fundamental. [...]. Os direitos fundamentais valem para as relações privadas e os indivíduos não necessitam de qualquer esforço exegético para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou pessoas jurídicas” (NALINI, 2011, p. 589, grifos do autor); “Sucede que não existe apenas a relação do indivíduo com o Poder Político. Há o poder social, o econômico, o cultural, e outros,

Dentro desta visão, a proteção dos direitos humanos alarga-se por três agendas: (i) os direitos humanos devem ser protegidos contra as violações perpetradas pelos Estados em âmbito nacional; (ii) os direitos humanos devem ser protegidos contra as violações perpetradas pelos Estados em âmbito internacional; e (iii) os direitos humanos devem ser protegidos contra as violações perpetradas pelos particulares, seja em âmbito nacional ou internacional. Por conseguinte, *os direitos humanos não são assunto somente dos Estados, mas também dos particulares.*

Com o fito de sustentar essa posição, vale-se sinteticamente de dois fundamentos: (i) consoante já afirmado, o poder (político, ideológico, econômico e até mesmo militar) não mais se concentra exclusivamente nas mãos estatais; ele migrou também para paragens privadas, e quem tem poder encontra-se potencialmente capaz de violar os direitos humanos; (ii) os direitos humanos e a soberania popular não se encontram em pontos opostos entremeados por um abismo abissal: entre eles é possível criar uma ponte de modo a surgir uma equprimordialidade, conforme sustentou Habermas. É esse segundo fundamento para a horizontalização dos direitos humanos que será tratado doravante.

Habermas concebe uma espécie de democracia, denominada crítico-deliberativa, segundo a qual a legitimidade do direito apoia-se em arranjos procedimentais⁴⁴, norteados pelo princípio do discurso, de modo a permitir que os cidadãos afiguram-se concomitantemente como destinatários e autores do direito. A perspectiva, destarte, é cabalmente distinta daquela apresentada pelas duas grandes e antagônicas tradições do pensamento filosófico: o comunitarismo e o liberalismo.

O comunitarismo enfoca a autonomia pública, o auto-entendimento mútuo, a liberdade dos antigos, a soberania popular: a perspectiva é dos “autores”. Aristóteles e Rousseau são as grandes inspirações do comunitarismo. Já o liberalismo enfoca a autonomia

ainda que não jurídicos, de modo que poderá haver verticalidade na relação entre particulares [...]. E mesmo que não haja a verticalidade, os direitos fundamentais poderão ser aplicados nas relações entre particulares para proteger a dignidade da pessoa humana ou o núcleo essencial de um Direito” (BASTOS, 2011, p. 197-198).

⁴³ Veja-se que a chamada “concepção contemporânea dos direitos humanos”, segundo a qual os direitos humanos se internacionalizaram, ainda concebe o Estado como o grande vilão dos direitos humanos: “Apresentado o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos, etc.” (PIOVESAN, 2005, p. 42-43). Será que, mesmo na ordem internacional, a violação dos direitos humanos só se dá através do Estado? Evidente que não.

⁴⁴ “A expectativa de legitimidade – segundo a qual merecem reconhecimento apenas as normas ‘igualmente boas para todos’ – só pode ser doravante satisfeita com auxílio de um processo que, nas condições da inclusão de todas as pessoas potencialmente envolvidas, garanta imparcialidade no sentido da consideração igual de todos os interesses afetados” (HABERMAS, 2004, p. 298).

privada, a autorrealização pessoal, a liberdade dos modernos, os direitos humanos: a perspectiva é dos “destinatários”. Locke e Kant são as grandes inspirações do liberalismo.

Os liberais evocam o perigo de uma ‘tirania da maioria’, postulam o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se autorrealizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico (HABERMAS, 2010, p. 134).

Habermas rejeita essa relação de concorrência, caracterizada pelas respectivas primazias (comunitarismo – soberania popular; liberalismo – direitos humanos), dando especial destaque às interações complementares entre ética (comunitarismo) e moral (liberalismo), daí nascendo a *intersubjetividade*⁴⁵. Assim, direitos humanos não podem desconsiderar a auto-compreensão ético-volitivo de uma determinada comunidade, bem como a soberania popular não pode desconsiderar a moral cognitiva inerente ao ser humano. Isso porque não pode haver direitos humanos sem soberania popular, nem soberania popular sem direitos humanos⁴⁶; não pode haver autonomia pública sem autonomia privada, nem autonomia privada sem autonomia pública⁴⁷. Esfera pública e esfera privada entrelaçam-se mutuamente com propósito reciprocamente acautelador⁴⁸.

⁴⁵ “A emancipação é um tipo especial de auto-experiência porque nela os processos de auto-entendimento se entrecruzam com um ganho de autonomia. Nela se ligam idéias ‘éticas’ e ‘morais’. Se for verdade que nas questões ‘éticas’ nós procuramos obter clareza sobre quem nós somos e quem nós gostaríamos de ser, e que nas questões ‘morais’ nós gostaríamos de saber o que é igualmente bom para todos, então é possível afirmar que na conscientização emancipatória as idéias morais estão conectadas a uma nova autocompreensão ética. Nós descobrimos quem nós somos porque aprendemos, ao mesmo tempo, a nos ver numa relação com os outros” (HABERMAS, 1993, p. 99).

⁴⁶ “A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição” (HABERMAS, 2002, p. 292).

⁴⁷ “A intuição expressa-se, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado” (HABERMAS, 2002, p. 293-294).

⁴⁸ “Os núcleos privados do mundo da vida, caracterizados pela intimidade, portanto protegidos da publicidade, estruturam encontros entre parentes, amigos, conhecidos, etc. e entrelaçam as biografias das pessoas conhecidas. A esfera pública mantém uma relação complementar com essa esfera privada, a partir da qual é recrutado o público titular da esfera pública” (HABERMAS, 2003, p. 86).

A cooriginariedade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figure jurídica (HABERMAS, 2010, p. 139).

Enfim, a chamada equiprimordialidade entre direitos humanos e soberania popular ocorre com a institucionalização de procedimentos discursivos que permita ao interessado, por si só, expressar *seu*⁴⁹ ponto de vista, contribuindo, assim, com a formação da vontade *coletiva*⁵⁰. A vontade estatal advém da vontade individual, devendo a primeira garantir a existência da segunda.

Desse modo, torna-se fácil perceber porque a ideia habermasiana de equiprimordialidade entre direitos humanos e soberania popular é capaz de fundamentar a horizontalização dos direitos humanos: *a violação de um direito humano de um humano não fica encapsulada; ela se espalha por toda a comunidade de seres humanos. A ofensa é dupla: quem sofreu a violação do direito humano, enquanto destinatário, e de nós mesmos, enquanto autores do direito humano transgredido.*

Destarte, mesmo a violação de um direito humano provocada por um particular deve ser coibida, pois os direitos humanos são discurso constitutivo de todos nós, seja como particulares, seja como comunidade juridicamente organizada. “[...] A defesa de um direito individual vai muito além da tutela dos interesses das partes envolvidas, pois, quando o direito de qualquer um de nós é violado, toda a sociedade é aviltada com isso” (CRUZ, 2007, p. 339).

⁴⁹ Ou seja: um ponto de vista idiossincrático, livre, portanto, de assédios conformativos oriundos do plano estatal.

⁵⁰ Na doutrina, veja-se: “O sistema de direitos, então, é responsável por garantir aos indivíduos determinadas liberdades subjetivas de ação a partir das quais podem agir em conformidade com seus próprios interesses – é o que se chama *autonomia privada* [...]. Em contrapartida, o princípio discursivo democrático compreende a *autonomia pública* a partir da ótica da garantia de legitimidade do procedimento legislativo através de iguais direitos de comunicação e de participação; trata-se do fato de que os sujeitos de direito têm de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem” (PEDRON; REISSINGER, 2011, p. 258, grifos dos autores); “A integração social não ficaria dependente de se conceber um direito natural antecedente ao Estado ou da materialização de virtudes éticas no conjunto de cidadãos capazes de agir, vez que a mesma se faria pela institucionalização de procedimentos de criação e aplicação normativa, cuja racionalidade argumentativa permitiria a todos perceberem-se não apenas como destinatários, mas como verdadeiros autores do ordenamento jurídico” (CRUZ, 2006, p. 166); “Tal compreensão buscará também desfazer o que parece ser um paradoxo a respeito dos fundamentos de legitimidade do Direito moderno, porque, para uma Teoria Discursiva do Direito, os destinatários das normas jurídicas, enquanto sujeitos privados, pelo processo democrático, enquanto cidadãos, tornam-se autores dos seus próprios direitos e deveres” (OLIVEIRA, 2001, p. 258); “O conceito de direitos individuais, sob esse prisma, passa a ser não só compatível com a democracia, mas também necessário para que ela seja mantida e não se autodestrói. Por isso, o estado de direito constitucional como a configuração histórica em que o ideal democrático de autonomia pública pode ser efetivado” (SOUZA NETO, 2002, p. 304); “A teoria do discurso pretende fundamentar o equilíbrio da autonomia privada e da autonomia pública, apontando para o fato de que os direitos humanos só podem estar garantidos onde esteja assegurado o princípio da soberania do povo, ou seja, o procedimento democrático de formação da vontade estatal” (NEVES, 2008, p. 116).

A defesa de um direito humano, contra atos advindos de particulares, é matéria de interesse da soberania popular, ou seja, de todos nós!

Essa noção de horizontalização contribui proficuamente para a minoração dos próprios efeitos simbólicos dos direitos humanos. Preleciona Marcelo Neves:

Cria-se [com a constitucionalização dos direitos humanos], assim, uma ilusão dos ‘direitos humanos’ constitucionalmente consagrados e obstrui-se, ao mesmo tempo, uma discussão conseqüente dos fatores que impedem a sua concretização normativa. Destarte, a textualização dos direitos humanos, embora também possa ter as funções de ‘confirmação de valores’ de determinado grupo ou de ‘compromisso dilatatório’, típicas da legislação simbólica em geral, desempenha sobretudo uma função de álibi (NEVES, 2005, p. 20).

Assim, a assunção dos direitos humanos aos textos constitucionais muitas vezes representa uma constitucionalização simbólica⁵¹, ou seja, uma constitucionalização fatalmente destinada a não se concretizar na realidade jus-política para a qual estão alocados.

Incorporando-se o discurso dos direitos humanos em nosso vocabulário cotidiano, no sentido de que eles não são exclusividade do repertório estatal, mas de todos nós, de modo que a sua proteção cabe, igualmente, a todos os particulares integrados numa dada sociedade, é possível minorar esses efeitos simbólicos dos direitos humanos: assumindo-se a *responsabilidade* de que a salvaguarda dos direitos humanos deve dar-se diuturnamente também pelos particulares, e considerando-se que os particulares é que, em última análise, compõem os quadros estatais, é possível vislumbrar, nessa medida, uma maior concretização normativa dos direitos humanos. Ademais, a própria *conscientização*, por parte dos particulares, da importância dos direitos humanos permite, via reflexa, uma maior fiscalização do cumprimento normativo dos direitos humanos também por parte do Estado. Enfim, a co-responsabilidade pelos direitos humanos, distribuída igualmente entre Estado e particular, favorece imensamente a observância dos direitos humanos o que, por sua vez, faz surgir um aguilhão quanto ao cumprimento normativo dos próprios direitos humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵¹ “A constitucionalização simbólica implica ‘agir ocultamente estratégico’, seja ele ‘comunicação deformada sistematicamente’ (iludir inconscientemente). O sentido manifesto e aparente (normativo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional encobre, então, o seu sentido oculto (político-ideológico). [...] permanece válida a tese: em relação ao *domínio do direito*, trata-se do papel hipertroficamente *simbólico* da atividade constituinte e do discurso constitucionalista, na medida em que ambos constituem uma parada de símbolos para a massa dos espectadores, sem produzir os efeitos normativo-jurídicos generalizados previstos no respectivo texto constitucional” (NEVES, 2007, p. 119-120, grifos do autor).

Em que pese as ideias lançadas no texto merecerem uma maior reflexão, o presente estudo enfrentou um tema ainda não plenamente desenvolvido: a horizontalização dos direitos humanos, ou seja, a possibilidade de o cumprimento dos direitos humanos vincularem não apenas o Estado, mas também os particulares, o que representaria um importante instrumento para a efetividade dos direitos humanos.

A possibilidade e os parâmetros de tal horizontalização podem ser recolhidos no âmbito do Direito Constitucional. Nesse compartimento dogmático, firmou-se a premissa de que não apenas o Estado pode violar os direitos fundamentais, mas também os agentes privados, na medida em que estes detêm também poder (seja político, seja econômico, ideológico ou mesmo militar). E quem tem poder tem aptidão para transgredir direitos fundamentais. A grande questão seria como vincular, como deveres de garantia, os direitos fundamentais aos particulares, e em que intensidade. Para tanto, foram propostas várias teorias que, de algum modo, refletem sobre o assunto, a saber, (i) a teoria da eficácia direta ou imediata; (ii) a teoria da eficácia indireta ou mediata; (iii) a teoria dos deveres de proteção; (iv) a teoria da convergência estatista; (v) a *state action doctrine*; e (vi) a teoria dos três níveis. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem se curvando à teoria da eficácia direta ou imediata.

A relação umbilical entre direitos humanos e direitos fundamentais contribui para a discussão quanto à possibilidade de horizontalização dos primeiros. Conforme o entendimento majoritário ventilado na doutrina, os direitos fundamentais são, na realidade, direitos humanos fundamentalizados, ou seja, direitos humanos considerados essenciais por uma dada comunidade e que, por essa razão, mereceram ser positivados em textos normativo-jurídicos. A fronteira entre estas duas categorias analíticas – direitos humanos e direitos fundamentais – esmaece-se.

Se direitos fundamentais são, em última análise, direitos humanos, com um predicativo acrescido, qual seja, “fundamentalizados”, é possível, então, vislumbrar que os direitos humanos também podem vincular os particulares, e não só o Estado. Seria um paradoxo pavoroso sustentar a horizontalização dos direitos fundamentais e inadmitir a horizontalização dos direitos humanos. Dois argumentos podem ser utilizados para sustentar a horizontalização dos direitos humanos: (i) o poder (político, ideológico, econômico e mesmo militar) não mais se concentra exclusivamente em paragens estatais; ele se diluiu, migrando-se também para paragens particulares. Quem tem poder tem aptidão para violar direitos humanos (basta lembrar, no âmbito internacional, das poderosas multinacionais); (ii) direitos humanos são matéria de co-responsabilidade de Estado e de particulares: a

equiprimordialidade entre direitos humanos e soberania popular, conforme sustentada por J. Habermas, significa que uma violação dos direitos humanos, seja perpetrada pelo Estado, seja perpetrada por particular, é algo que repercute em todos nós, na medida em que somos, concomitantemente, autores e destinatários desses direitos.

Ao incluir a concretização dos direitos humanos também como responsabilidade de particulares, surge a oportunidade para se minorar os efeitos simbólicos dos direitos humanos – ausência de concretização normativo-jurídica em razão de seu aspecto político-ideológico hipertrófico. A horizontalização dos direitos humanos pode minorar seus efeitos simbólicos porquanto: (i) a prática reiterada de observação dos direitos humanos por parte dos particulares reverberará no próprio trato do Estado com os direitos humanos, na medida em que o Estado é composto, em última análise, por particulares; (ii) o zelo dos particulares para com os direitos humanos estimula uma maior fiscalização do cumprimento dos direitos humanos por parte do Estado. Logo, a conscientização da importância dos direitos humanos por parte dos particulares – o que somente pode ser alcançado com a noção de que também os agentes privados encontram-se adstritos à observação dos direitos humanos – leva a uma maior conscientização da importância dos direitos humanos igualmente por parte do Estado, contribuindo, destarte, para a sua plena e cabal concretização normativa.

Direitos humanos não podem ser confinados exclusivamente à agenda estatal: eles têm que ser celebrados tanto pelo Estado, quanto pelos particulares. Somente assim os direitos humanos poderão cumprir a promessa de uma modernidade – mesmo que tardia – livre de violações atentatórias à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Marinella Machado; SANTOS, Naiane Loureiro dos; SOUZA, Rogério Sant'Anna. Direito à livre associação e associativismo: uma abordagem instrumental a partir da construção de bancos de dados e mapeamento. In: SOUZA, Robson Sávio Reis (Org.). *Universidade e direitos humanos: práticas desenvolvidas na PUC Minas*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 173-204, jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: RE 201819/RJ. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 outubro 2006.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. II.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Vol. I.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Luiz. Direitos humanos: a proposta transcendental de Otfried Höffe. *Síntese, Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, n. 93, p. 35-47, jan. 2002.

NALINI, José Renato. O tempo é agora de quebrar paradigmas. In: FABRIZ, Daury Cesar *et al.* *O tempo e os direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 581-598.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além do pensamento de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud; REISSINGER, Simone. Direitos humanos e legitimidade jurídica a partir do pensamento de J. Habermas. In: FABRIZ, Daury Cesar *et al.* *O tempo e os direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 243-264.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-114.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 833, n. 94, p. 41-53, mar. 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36, p.54-104, out./dez. 2000.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Direitos humanos: positivados ou desobedecidos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 11, n. 38, p. 34-38, jul./set. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, Ionilton Pereira do. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.11, n. 44, p. 58-76, out. 2010.