

DIREITO FUNDAMENTAL: conceito e objetivos

Regiane Nistler¹

Resumo

Principia-se com a abordagem histórica realizada, o levantamento das peculiaridades de um direito de natureza fundamental e seu “espaço” no Estado Democrático de Direito. Em seguida, sua titularidade e eficácia, com a finalidade de definir claramente o que é esse instituto e quais benefícios elementares podem ser classificados como tal. Referidos direitos possuem (a princípio) quatro dimensões, sendo a primeira dimensão a passagem de um estado autoritário para um estado de Direito, onde se passou a respeitar as liberdades individuais. E, na quarta dimensão verificam-se os direitos à democracia, informação e ao pluralismo. No que tange aos direitos fundamentais na Constituição de 1988, os mesmos aparecem catalogados e foram resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Acerca das características dos direitos fundamentais, foi abordada a historicidade, a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a indivisibilidade. Por fim, destacou-se a titularidade da norma de direito fundamental, pois embora universal, há ressalvas. E, para arrematar sua aplicabilidade no universo jurídico e abordagem nos tratados internacionais.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Lógica do Direito Fundamental.

Abstract

Begins with the historical approach carried out a survey of the peculiarities of a right of a fundamental nature and your "space" in a democratic state. Then, their ownership and effectiveness, in order to clearly define what this institute and what basic benefits can be classified as such. Those rights have (at first) four dimensions, the first dimension being the passage of an authoritarian state to a rule of law, which came to respect individual freedoms. And in the fourth dimension check up the rights to democracy, information and pluralism. With regard to fundamental rights in the Constitution of 1988, they appear cataloged and were the result of an extensive process of oportunizado discussion with the democratization of the country after more than twenty years of military dictatorship. About the characteristics of fundamental rights, addressed the historicity, the universality, inalienability, non-applicability, the non-waiver and indivisibility. Finally, the highlight was the title of the standard of fundamental right, because although universal, there are caveats. And to finish off their applicability in the legal universe and approach in international treaties.

Keywords: Fundamental Rights. Federal Constitution. Fundamental Right of logic.

¹ Mestre em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional – IMED – Passo Fundo/RS; Especialista em Direito e Processo do Trabalho e graduada em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI; Líder do Grupo de Pesquisa "Direito, Constituição e Sociedade de Risco" da UNIDAVI; Membro do Grupo de Pesquisa "Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos" e “Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos”, ambos vinculados ao PPGD da Faculdade Meridional – IMED; Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI; Professora dos cursos de bacharelado em Direito, Administração e Engenharia Civil da Unidavi; Advogada OAB/SC. E-mail: regianenistler@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

Direito Fundamental: o pilar das Constituições Democráticas do Mundo é abordado no presente trabalho desde a sua concepção histórica até sua aplicação no ordenamento jurídico e reconhecimento nos tratados internacionais.

Sabe-se que sua existência e efetividade foi uma conquista histórica e pode-se dizer que foi tratado oficialmente somente nas primeiras constituições escritas. É a figura do Estado Moderno Constitucional e a preocupação e proteção com a dignidade da pessoa humana.

Desde o seu reconhecimento, os direitos de natureza fundamental vem passando por diversas transformações, sendo intitulados, inclusive, como direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e há quem defenda a existência da quinta geração.

Eles iniciam aparecendo na busca das liberdades individuais, em seguida, traduzem benefícios de ordem social, cultural e até econômica, representando igualdade entre os seres humanos.

Adiante, já na terceira dimensão aparecem direitos que se destinam à proteção grupos humanos, como a família e a nação, e, finalmente, figuram no direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Quanto às características das normas deste cunho, demonstra-se que eles são históricos, tendo em vista sua índole evolutiva; são universais, pois se tratam de direitos inerentes a qualquer pessoa que esteja em qualquer território estatal; são inalienáveis, pois a eles são desabilitados os atos de disposição, como doação e compra e venda; são imprescritíveis, pois em relação a eles não identificamos requisitos que importem em sua prescrição; são irrenunciáveis, tendo em vista que embora possam não ser exercidos, não se admite sua renúncia; são indivisíveis, pois não podem ser analisados de forma isolada, logo, a afronta a um deles, é, na verdade, afronta a todos.

E, quanto à titularidade, citou-se que são universais, porém, alguns direitos fundamentais são voltados a destinatários específicos, como por exemplo, o direito à cidadania.

Acerca da eficácia e aplicabilidade, convém destacar o constatado, aqui o sujeito passivo que arcará com a obrigação de satisfazer o direito particular é o próprio Estado, a medida que a abordagem no âmbito internacional está prevista na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 BREVE HISTÓRICO: DOS DIREITOS NATURAIS DO HOMEM AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A avaliação da natureza, da origem e da evolução dos direitos fundamentais no decorrer dos anos, é um assunto fascinante e pode ser tema de inúmeras teses e monografias. Porém, basta traçar alguns aspectos relevantes do caminho que este tema percorreu, para se

entender a dimensão e a importância de um direito desta natureza.²

É preciso destacar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas principalmente pelo fato da história dos direitos fundamentais, ser também uma história que aparece no surgimento do moderno Estado Constitucional, onde a razão e essência de ser vivem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Nestes termos, é necessário dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a história da limitação do poder.³

2.1 DOS PRIMÓRDIOS À CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA

Diante do itinerário a ser percorrido, uma abordagem histórica pressupõe, num primeiro momento, que se destaque como, onde e por que surgiram os direitos fundamentais, tema que nos dias de hoje ainda, suscita controvérsias.⁴

Ainda que consagrada a idéia de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da filosofia e da religião, passou algumas concepções de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, período este, que pode ser chamado de “pré-história dos direitos fundamentais.”⁵

Os valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade dos homens possuem suas raízes na filosofia clássica, especialmente na Greco-Romana e no pensamento Cristão. Destaque-se aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político com base na figura do homem livre e dotado de individualidade.⁶

Outra referência importante acerca da importância do homem, bem como seu valor e direitos dentro do nosso contexto histórico, foi o Antigo Testamento, no qual herdou-se a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus.⁷

Portanto, pode-se dizer que da doutrina Estóico Greco-Romana e do Cristianismo, advieram as teses da Unidade da Humanidade e da Igualdade de todos os homens em dignidade (para Cristãos, perante Deus).⁸

De extrema importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 46.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 46.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 48.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 48.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 48.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 48.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas, de modo especial a partir do século XVI. Na Idade Média, desenvolveu-se a idéia da existência de postulados com cunho suprapositivo que por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício. Particular relevância a ser mencionada foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além, de já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, demonstrava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, defendendo que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência do povo.⁹

A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratuais, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no Iluminismo, de inspiração jusracionalista. Cumpre referir, neste contexto, os teólogos espanhóis do século XVI (Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez), que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana, além de servirem de inspiração ao humanismo racionalista de H. Grócio, que divulgou seu apelo à razão como fundamento último do Direito e, neste contexto, afirmou a sua validade universal, visto que comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas.¹⁰

Foi principalmente – apenas para citar os representantes mais influentes – como Rousseau (1712 – 1778), na França, Tomas Paine (1737 – 1809), na América, e com Kant (1724 – 1804), na Alemanha (Prússia), que no âmbito do Iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”. É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitada apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirando em Rosseau, definiu liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.¹¹

Nestes termos, torna-se possível concluir este ponto com a seguinte manifestação de José Afonso da Silva:

Temos, pois, que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, em deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram-se no cristianismo e no jusnaturalismo sua idéia do homem abstrato. Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova ideia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração da natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis e a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo. Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois condições objetivas e subjetivas para sua formulação.¹²

Pode-se acrescentar que os direitos fundamentais nasceram em momento muito anterior ao que se parece, ou então, que sua importância foi há muito tempo identificada, partindo da idéia de que o homem ocupa posição ímpar na sociedade e sua dignidade deve ser protegida e amparada.

2.2 AS DIVERSAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos de natureza fundamental vem passando por diversas transformações, tanto no que diz respeito à sua titularidade, quanto a sua eficácia e efetivação. É costume falar neste contexto histórico de três gerações de direitos, existindo inclusive, quem defenda uma quarta, e até mesmo de uma quinta e sexta geração.¹³

Em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, anunciavam-se os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4ª e mais dimensões.¹⁴

Os direitos fundamentais da 1ª dimensão marcam a passagem de um estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal. O reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do séc. XVIII. Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor da liberdade.¹⁵

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, podem ser considerados o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, do marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos de natureza fundamental vem passando por diversas transformações, tanto no que diz respeito à sua titularidade, quanto a sua eficácia e efetivação.¹⁶

O momento que inspira e impulsiona os direitos humanos de 2ª dimensão é a Revolução Industrial Européia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.172.

¹³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56.

péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou da coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã; Tratado de Versalhes, 1919 (OIT); No Brasil, a Constituição de 1934 (lembrando que nos textos anteriores também havia alguma previsão).¹⁷

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação, família), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹⁸

Os direitos fundamentais da terceira dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.¹⁹

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores.²⁰

Acerca da teoria de Karel Vasak, nos dizeres de Pedro Lenza, ela identifica, em rol exemplificativo, os seguintes direitos de 3ª dimensão: direito ao desenvolvimento; direito à paz; direito ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; direito de comunicação.²¹

Ainda no que diz respeito à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.²²

Conforme orientação de Norberto Bobbio mencionada dimensão de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético.

Por outro lado, menciona Bonavides que afirma: “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”, destacando-se os direitos a: democracia (direta); informação; pluralismo.

Assim, é possível colocar que os direitos da 4ª dimensão decorrem da globalização dos

¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 861.

¹⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 861.

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 861.

²⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 861.

²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 862.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

direitos fundamentais, o que significa universalizá-los no campo institucional.²³

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Oportuna é a transcrição da seguinte lição de Klaus Stern, para quem “as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental”. Na verdade, o pensamento reproduzido encontra-se em sintonia com o que dispunha o multicitado artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”. A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, formando, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para, além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.²⁴

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder, estão indissolúvelmente combinados. O povo faz a escolha de seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Ressalte-se que o estabelecimento de Constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direito do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.²⁵

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito. A previsão desse regime jurídico é reforçada pelo princípio democrático que marcou o texto de 1988 e pela cláusula contida no parágrafo único do art. 1º ao se estabelecer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal.²⁶

Traçando-se um paralelo entre a Constituição Federal de 1988 e o direito

²³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 862.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.150.

constitucional positivo anterior, é possível constatar, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância.²⁷

No que diz respeito ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembléia Nacional Constituinte (ou Congresso-Constituinte), em 1º de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser o conteúdo da Constituição vigente, na redação final que lhe deu o Constituinte. Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia presidida pelo deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo Deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva, mas ainda assim significativa por tratar-se do exercício da modalidade de democracia participativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores. Ainda que referidos números não estejam diretamente aplicáveis ao universo dos direitos fundamentais, é preciso reconhecer – guardadas as devidas proporções – que em relação a estes a situação não foi substancialmente diversa, de modo especial em se considerando a acirrada discussão em torno do reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais.²⁸

É possível considerar três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 que podem ser consideradas como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais, a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas, ao lado – apenas para citar as mais conhecidas das Constituições - de Portugal e da Índia. Este cunho analítico e regulamentista reflete-se também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), sem contar os diversos direitos fundamentais dispersos no restante do texto constitucional. Nestes termos, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.²⁹

2.5 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Esta norma constitui sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 75.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76.

direito constitucional contemporâneo.

Segundo Paulo Bonavides:

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais³⁰.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais tratam-se de conquistas básicas para a vida humana, a manutenção da sua dignidade e que inclusive, é isso que se busca quando da sua defesa.

Acerca do tema, pode-se dizer que a ampliação transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Essa dificuldade é aumentada diante da circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.³¹

Direitos naturais diziam-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não é mais aceito com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas. São direitos positivos, que encontram seu conteúdo e fundamento nas relações sociais materiais em cada momento histórico. Sua historicidade repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo.³²

Direitos humanos é a expressão usada nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, percebe-se que não há direito que não seja humano ou do homem, sendo possível afirmar que só o ser humano pode ser titular de direitos. O que talvez, já não seja mais assim, observando que aos poucos, está se formando um direito especial de proteção aos animais.³³

Direitos individuais é a expressão utilizada para os direitos do indivíduo isolado. É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Porém, é ainda empregada para denotar um grupo de direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. É utilizada na Constituição para expressar o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.³⁴

Acerca da expressão “Direitos públicos subjetivos” formam um conceito técnico-

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 560.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.175 e segs

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.176.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.176.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.177.

jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão “direitos individuais”, à concepção individualista do homem; por isso também se tornara insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais. Direito subjetivo é possível conceituar como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo. Nessa linha, seu exercício, ou não, depende da simples vontade do titular, que deles pode dispor como melhor lhe parecer, inclusive, renunciá-los ou transferi-los, além de serem imprescritíveis, situações essas incompatíveis com os direitos fundamentais do homem. Falou-se também em “direitos públicos” subjetivos para exprimir a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do Direito Positivo.³⁵

A figura do Direito Público subjetivo é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de determinado tipo de Estado, o liberal, e a condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico-social do nosso tempo. Pode ser entendida como autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas privadas, referida categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos. Pois, ainda nesta linha, tudo aquilo que, para a ideologia liberal, aparecia como direitos públicos subjetivos, ou como esferas de atividade privada contraposta à atividade pública, ou como liberdades limitadoras do poder, passa a ser considerado, sob o prisma do Estado Social de Direito superador da involução do Estado Social de Direito, como momentos do exercício do próprio poder, a este coexistencial e não a ele contraposto.³⁶

Cumprido, no entanto, advertir, para recusar razão a uma corrente reacionária e nega valor jurídico eficaz aos enunciados dos direitos fundamentais, neles enxergando apenas valor moral, que a eles se aplica a expressão direitos subjetivos, sem importar com qualificativo de privado ou público, quando ela é colocada no sentido de direitos oponíveis ou exigíveis, isto é, quando considerada situação jurídica subjetiva de vantagem dotada de eficácia jurídica, porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular. Direito subjetivo no sentido de permissão concedida pelo Direito Constitucional objetivo ao homem.³⁷

Com as expressões “Liberdades fundamentais” e “Liberdades públicas” tem-se expressões sendo utilizadas para exprimir direitos fundamentais. Podem ser considerados conceitos limitativos e insuficientes. A primeira é ainda mais restrita, referindo-se apenas a algumas liberdades. Já a última é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significado amplo, abrangente dos direitos fundamentais em geral, em especial ao jogar com conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). É considerado um direito um conceito ainda pobre de conteúdo, muito ligado à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista.³⁸

Com a expressão “Direitos fundamentais do homem” é possível ter a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.177.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.177.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.177.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.176.

mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar no direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma nova convivência, considerada digna, livre e igual de todas as pessoas. Acerca do qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem, significa portanto, direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.³⁹

Nestes termos, pode-se dizer que a expressão “direitos fundamentais do homem”, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.⁴⁰

Para Uadi Lammêgo Bulos:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.⁴¹

Os direitos fundamentais cumprem as funções de defesa ou de liberdade, pois configuram normas de competência negativa para os poderes públicos, vedando-lhes interferir na esfera jurídica individual, e implicam, no plano jurídico-subjetivo, o poder do indivíduo de exigir positivamente direitos fundamentais, e de exigir omissões do poder público no sentido de evitar agressões a estes direitos; função de prestação social, traduzida nos direitos do particular de obter do Estado; função de proteção perante terceiros, ao impor ao Estado o dever de proteger perante terceiros os titulares dos direitos fundamentais, como por exemplo o de direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos; função de não discriminação, ou seja, assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais.⁴²

Acerca do tema, dispõe Alexandre de Moraes:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior e aplicabilidade algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadradas entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem a aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.178.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.175.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 515.

⁴² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.410.

previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).⁴³

Portanto, os direitos fundamentais tem a natureza de normas constitucionais positivas, pois derivaram (derivam) da linguagem prescritiva do constituinte.

2.5.1 CARACTERÍSTICAS DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Este assunto desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a idéia de que mencionados direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis. Expurgando-se a conotação jusnaturalista que informara a matéria, ainda é possível reconhecer certos caracteres desses direitos.⁴⁴

2.5.1.1 HISTORICIDADE

Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo a todo tempo e em todo lugar. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de instituições e faculdades que apenas faz sentido num determinado contexto histórico. O recurso à história mostra-se indispensável para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido.⁴⁵

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder.⁴⁶

Possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais.⁴⁷

São históricos como qualquer outro direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.⁴⁸

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.180.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 317.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 317.

⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 864.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.181.

2.5.1.2 UNIVERSALIDADE

São direitos que valem em todo o território estatal e a todas as pessoas.⁴⁹

Porém, o traço da universalidade deve ser compreendido em termos.⁵⁰

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.⁵¹

Isso significa que o constituinte também quis privilegiar certos bens que vem satisfazer necessidades do homem histórico, isto é, de alguns homens na sua específica posição social. A fundamentalização desses direitos implica reconhecer que determinados objetivos vitais de algumas pessoas tem tanta importância como os objetivos básicos do conjunto dos indivíduos.⁵² Para Alexandre de Moraes “A abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica.”⁵³

Ou seja, para ele é titular de um direito desta natureza toda e qualquer pessoa humana.

2.5.1.3 INALIENABILIDADE

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente. Nestes termos, o direito à integridade física é inalienável, o indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente. A inalienabilidade traz uma consequência prática importante – a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.⁵⁴

Portanto, são indisponíveis. Os titulares não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los, pois não tem conteúdo econômico. Exemplo disto é a função social da propriedade que não pode ser vendida porque não corresponde a um bem disponível (CF, art. 5º, caput).⁵⁵

⁴⁹ SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2011. p 104.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 41.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 318.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 523.

Não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso.⁵⁶

2.5.1.4 IMPRESCRITIBILIDADE

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Convém dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda de exigibilidade pela prescrição.⁵⁷

Os direitos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo.⁵⁸

2.5.1.5 IRRENUNCIABILIDADE

Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados. Quanto ao seu caráter absoluto que se reconhecia no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico. Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar (assim: a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei (assim: os direitos de contrato, de comércio e indústria e o direito de propriedade). É também inaceitável essa doutrina, posto que ela está fundamentada no conhecido posicionamento do autor sobre a existência de direitos fundamentais supra-estatais, o que não é muito diferente da posição jusnaturalista. Assim, absolutos seriam os supra-estatais, cuja validade, segundo o autor, independe de positivação interna constitucional, enquanto os relativos seriam aqueles que somente teriam validade se previstos no Direito Positivo interno. Se a questão, no entanto, fosse posta em termos de relação norma constitucional e conteúdo integral do direito previsto, ainda se poderia admitir a distinção. Assim, seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão em lei.⁵⁹

Podem deixar de ser exercidos, mas nunca renunciados. Exemplo: não ajuizamento do mandado de segurança, algo que não o retira da Constituição (CF, art. 5º, LXIX).⁶⁰

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: atlas, 2003. p. 41.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.181.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: atlas, 2003. p. 41.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.181 e segs.

⁶⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 523.

2.5.1.6 INDIVISIBILIDADE

Os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de forma isolada, separadamente. Portanto, o desrespeito a um deles é, na verdade, o desrespeito a todos. Abrir exceção com relação a um é fazê-lo em relação a todos. Não se deve desrespeitar direitos fundamentais “só um pouquinho”, ou “só para uma pessoa”.⁶¹

É possível falar em “complementariedade”, ou seja, os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.⁶²

2.5.2 TITULARIDADE DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais são universais. Porém, como observa Paulo Gustavo Gonet Branco, essa afirmação deve ser encarada com algumas ressalvas, uma vez que alguns direitos fundamentais são voltados a destinatários específicos (por exemplo, o direito à nacionalidade). Pode-se acrescentar que os direitos de natureza fundamental, como são reconhecidos em um determinado Estado (e momento histórico), limitam-se, necessariamente, ao âmbito de incidência do ordenamento jurídico desse País. Seria um tanto quanto pretensioso, por exemplo, o Brasil declarar que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são destinados a todos os indivíduos, universalmente.⁶³ Pois bem, o art. 5º, caput, da Carta Magna deste país, declara que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:⁶⁴

Uma interpretação meramente gramatical poderia levar à conclusão de que apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residentes no país seriam titulares de direitos fundamentais⁶⁵

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entende que estrangeiros de passagem pelo país também podem ser protegidos – embora, obviamente, não possam titularizar todos os direitos fundamentais (pois alguns são privativos de brasileiro, e outros de brasileiros natos).

⁶¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

⁶² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 41.

⁶³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 maio 2013.

⁶⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

Nesse sentido: STF, 1ª Turma, RE 215.267/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie.⁶⁶

Em síntese, acerca das pessoas físicas, portanto, é possível dizer, que podem ser titulares de direitos fundamentais: 1) brasileiros natos; 2) brasileiros naturalizados; 3) estrangeiros residentes no Brasil; 4) estrangeiros em trânsito pelo território nacional; 5) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira (pelo ordenamento jurídico brasileiro).

Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas (inclusive as de Direito Público), desde que sejam compatíveis com a natureza delas. Assim, como exemplo, pessoas jurídicas têm direito ao devido processo legal, porém não à liberdade de locomoção, ou à integridade física.⁶⁷

Importante ressaltar, ainda, que mesmo as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais. Referida afirmação não deixa de ser peculiar se os direitos fundamentais surgiram para defender o cidadão contra o Estado, como justificar que uma pessoa jurídica de direito público (isto é, integrante do próprio Estado) possa ter direitos fundamentais? Simples. Com o agigantamento da Administração Pública, os órgãos e entidades passaram a atuar de forma autônoma uns dos outros, o que pode ensejar conflitos de interesses, quando surge à necessidade de dar garantia aos direitos básicos. Um exemplo acerca deste aspecto é de um órgão que impetre mandado de segurança em defesa das próprias prerrogativas.⁶⁸

Resumindo, acerca das pessoas jurídicas, pode-se dizer que elas (inclusive as de direito público) são titulares dos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza.

2.5.3 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

A eficácia e a aplicabilidade das normas de direito fundamental dependem do enunciado do texto, observando que se encontra em função do Direito Positivo.⁶⁹

Está escrito no art. 5º, § 1º da Carta de 1988 que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

⁶⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

⁶⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

⁶⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

⁶⁹ MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

imediatas.⁷⁰

Realizando uma análise neste parágrafo, é possível verificar que nem todos os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.⁷¹

É o caso dos incisos VIII, XIII, XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º, que precisam de leis para se tornar plenamente exequíveis.⁷²

Neste sentido o § 5º deve ser interpretado *cum granum salis*, porque as liberdades públicas têm aplicação imediata se, e somente se, a Constituição Federal não exigir a feitura de leis para implementá-las.⁷³

Conforme anota José Afonso da Silva, ter aplicação imediata quer dizer que as normas constitucionais são “dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1º dimensão, acrescentem-se) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2º dimensão, acrescentem-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e da mesma forma possibilitem sua verdadeira aplicação. Assim, em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente em nosso País, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Enfim, conforme explica José Afonso da Silva, em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.⁷⁴

Ainda, a teoria da eficácia horizontal de direitos e garantias fundamentais, também chamadas de teoria da eficácia privada, teoria da eficácia externa, teoria da eficácia entre particulares ou, ainda, teoria da eficácia em relação a terceiros, surgiu na Alemanha sob o rótulo *Drittwirkung*, desenvolvendo-se de 1955 a 1960, como um aprimoramento da *state action* da Suprema Corte norte-americana.⁷⁵

Tradicionalmente, os direitos e garantias fundamentais são aplicados nas relações travadas entre o particular e o Poder Público. Aqui o sujeito passivo que arcará com a obrigação de satisfazer o direito do particular é o próprio Estado. É dito, pois, que as relações entre os indivíduos e o Estado apresentam eficácia vertical, onde a satisfação do direito de crédito ocorre no plano interno entre dois protagonistas bem definidos: o Poder Público, destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais (sujeito passivo), e o

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 maio 2013.

⁷¹ MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

⁷² MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

⁷³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 529.

⁷⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 866.

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 530.

indivíduo, titular de tais direitos (sujeito ativo).⁷⁶

Acontece, porém, que as crises do século sociais e econômicas do século XX modificaram a posição do sujeito passivo dos direitos fundamentais. Percebeu-se que as normas constitucionais, assecuratórias de liberdades públicas, não surtiram, apenas, efeitos verticais, apresentando também efeito horizontal. Noutras palavras os direitos fundamentais não apenas nas relações verticais entre o indivíduo e o Estado, mas também nas relações interprivadas (particular com particular). Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, portanto, é a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares.⁷⁷

2.5.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS

O § 2º do art. 5º da Constituição Federal prevê que os direitos e garantias expressos no texto da Lei Suprema não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil.⁷⁸

A EC nº 45/04, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁷⁹

Em defesa da maior eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais, a EC nº 45/04 consagrou a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, bem como, no âmbito interno, previu, nas hipóteses de grave violação aos direitos humanos, a possibilidade do Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (CF, art. 109, §5º).⁸⁰

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o apresentado no presente trabalho, diagnosticamos que a norma fundamental é o grande pilar das Constituições Democráticas, em especial da Carta Magna de 1988.

Nesse diapasão, verificou-se também que as normas desta natureza foram conquistas históricas, a medida que as mesmas foram sendo aperfeiçoadas, reconhecidas e efetivamente garantidas ao longo dos anos, principalmente com o surgimento das primeiras constituições escritas.

O assunto embora agradável se apresenta com peculiaridades truncadas e formais,

⁷⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 530.

⁷⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 530.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 124.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 124.

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 124.

como por exemplo, com a classificação em até cinco dimensões, também chamadas gerações como denominam alguns doutrinadores.

Todavia, o que se destacou nas linhas supra foram as características dos direitos fundamentais, pois são exclusivas a estas normas.

Os Direitos Fundamentais carregam o atributo da historicidade, pois formam um conjunto de instituições e faculdades que apenas faz sentido num determinado contexto histórico e porque nasceu no cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais.

São universais, pois, em suma, a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade desses direitos.

São inalienáveis, o que deixa claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nele consentir.

São imprescritíveis, e esta é visivelmente a característica de absoluto relevo neste contexto, tendo em vista que os direitos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo.

São irrenunciáveis, uma vez que podem deixar de ser exercidos, mas nunca renunciados.

São indivisíveis, pois formam um conjunto e não podem ser analisados de forma isolada, separadamente.

Ainda, são titulares destes direitos, as pessoas físicas e jurídicas, estas últimas em relação aos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza, residentes, instaladas ou de passagem pelo território nacional, e o que garante isso é a própria Constituição Federal de 1988 e até mesmo o seu guardião, o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, quanto à aplicabilidade e efetividade da norma fundamental, constatou-se que embora o Estado seja teoricamente quem deve suportar esse ônus, o que é chamado de eficácia vertical, verifica-se que após as crises do século XX (sociais e econômicas), houve mudança do sujeito passivo dos direitos fundamentais, apresentando efeitos horizontais, com as relações inter-privadas (particular com particular).

Para arrematar, as normas fundamentais no âmbito internacional, em especial nos tratados internacionais, aparecem de forma acentuada, inclusive, como um grande pilar desses documentos, os quais são aderidos em sua maioria pela República Federativa do Brasil.

4 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 maio 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2013.

DA SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa**: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.