

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

**JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

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

#### **Diretoria - CONPEDI**

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

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

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

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

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

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

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

#### **Representante Discente:**

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

#### **Conselho Fiscal:**

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

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

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

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

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

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

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

##### **Comunicação:**

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

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

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

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

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

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

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

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

##### **Eventos:**

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

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

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

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

---

D597

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

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-317-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

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

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

---

#### **Apresentação**

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

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

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

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, que compõem os presentes anais, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber:

O primeiro artigo intitulado "(Re)leitura do teorema de colisões: uma análise da ponderação entre direitos fundamentais no contexto de grave crise sanitária", de Ana Nathalia Gomes do Nascimento Pinheiro de Sousa trata da aplicação da ponderação no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, referentes à liberdade religiosa, de um lado; e direito social à saúde, de outro, com uma releitura do Teorema de Colisões, considerando o atual contexto de surto endêmico, tudo para explicar a aplicação do princípio da proporcionalidade mitigada.

Em seguida, Bruna Piffer Bernardoni , Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Galdino Luiz Ramos Junior apresentam o artigo "A interferência da globalização no princípio da dignidade da pessoa humana", no qual abordam o fenômeno da globalização no princípio da dignidade da pessoa humana, no contexto político-social, em especial as consequências da pandemia da COVID-19 e das doenças neuronais.

Depois, Maxwel Mota De Andrade, apresenta "A (in)efetividade dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas e o papel afirmativo do estado brasileiro", examinando a efetividade dos direitos fundamentais positivados na Constituição de um país e a crise de efetividade de tais direitos fundamentais.

O quarto artigo, intitulado "A colisão de direitos fundamentais na pandemia e o processo estrutural", Marcília Ferreira da Cunha e Castro e Rodrigo de Castro Alves analisam se o processo estrutural é instrumento relevante para julgamento de casos em que há tal colisão dos direitos fundamentais, em especial durante a pandemia atual.

Na sequência Flavia Piva Almeida Leite e Maria Cristina Teixeira apresentam o artigo "A educação para a cidadania e os objetivos para o desenvolvimento sustentável", no qual examinam a educação para a cidadania em sua relação com os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), aspectos da vida social indissociáveis, fundamentais para o desenvolvimento da sociedade contemporânea, conforme as disposições da Constituição e Tratados e Convenções Internacionais que abordam estes assuntos.

O sexto artigo de Juliana Kryssia Lopes Maia, Natalia Oliveira de Abreu e Milena Zampieri Sellmann, nominado "A garantia fundamental do direito à moradia nas favelas brasileiras em época de pandemia" aborda o conceito de moradia digna e adequada como direito fundamental, previsto na Constituição Federal Brasileira, diante das mazelas causadas pela Pandemia do coronavírus.

"Fosfoetanolamina, a cura do câncer? Pfizer, Astrazenica, Janssen e covid-19 entre o direito a vida e o direito de tentar" de Márcio José Alves De Sousa examina o medo da morte e a proteção do direito à saúde e o direito à vida, diante da fiscalização da Anvisa.

Na sequência, Yuri Nathan da Costa Lannes, Tais Ramos e Phelipe Marcelo Berretta Iaderoza em "Home Care e planos de saúde privados: a efetividade das decisões procedentes no estado de São Paulo" se dedicam a analisar o tratamento home care, verificando quais são os fundamentos para o seu deferimento e quais medidas devem ser tomadas para o cumprimento de referidas decisões.

No nono artigo, "O acesso à justiça e a tutela coletiva para efetivação dos direitos fundamentais dos idosos", Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz e Alexandre Junio de Oliveira Machado analisam a necessidade de garantia dos direitos fundamentais dos idosos, através do acesso à justiça e da tutela coletiva.

Na sequência, Rubia Carla Goedert e Ana Luiza Baniski, em "O direito à saúde e os aspectos da judicialização da saúde antes e durante a pandemia do coronavírus" estudam a competência, a distribuição orçamentária do direito à saúde e a sua efetividade diante do cenário da pandemia do coronavírus.

Ato contínuo, José Sebastião de Oliveira e Anara Rebeca Ciscoto Yoshioka, apresentam o artigo "O encarceramento feminino no Brasil e o impacto da pandemia do covid-19 nos direitos reprodutivos e da personalidade da detenta brasileira", no qual estudam os direitos da mulher detenta grávida, lactante e mãe de crianças de até 12 anos, diante dos dispositivos existentes nas legislações nacionais e internacionais, bem como o impacto da pandemia do COVID-19 nos direitos reprodutivos dessas mulheres.

Logo depois, Carlos Rafael da Silva, no artigo "O Estado e os benefícios sociais" apresenta uma análise dos direitos fundamentais, da previdência social, da saúde e da assistência social, como mecanismo de contribuição distributiva e solidária de proteção à pessoa humana.

No décimo terceiro artigo, Renata Botelho Dutra, apresenta "O PAILI e as medidas de segurança: humanização da loucura como exercício para a democracia" cujo objeto principal é a pesquisa do louco infrator, seu comportamento, o envolvimento familiar no tratamento e a participação da sociedade no seu processo de reconhecimento e reinserção enquanto sujeitos de direito do Estado democrático.

Em "Pandemia a disruptividade do século XXI", Katia Daltro Costa Knoblauch e Fernanda Daltro Costa Knoblauch examinam a pandemia do Coronavírus, de maneira multidisciplinarmente, bem como seus efeitos colaterais ocasionados por políticas neoliberais até então adotadas e o contexto da "erosão das fronteiras", que permite melhor compreensão das possibilidades e limites de proteção no âmbito da saúde.

Depois, Bianca Bonadiman Abrão e Carolina Penteado Gerace Bouix, no artigo "Pandemia da covid-19 no estado democrático de direito: breve análise do direito à vida e a saúde versus o direito a liberdade de locomoção frente às restrições governamentais" refletem sobre as restrições impostas pela Administração Pública em suas esferas no combate à pandemia da Covid-19 sob a égide do (des)respeito ao Estado Democrático de Direito e a relação paradoxal da preservação do direito à liberdade de locomoção versus os direitos a vida e à saúde.

Na sequência, Wendelaine Cristina Correia de Andrade Oliveira e Maria Andreia Lemos apresentam o artigo "Política nacional de Educação na perspectiva inclusiva: análise da

decisão de suspensão de eficácia do decreto federal n.º 10.502/2020" e examinam aspectos da Política Nacional de Educação Especial e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante do mencionado decreto, bem como os fundamentos jurídicos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.590.

O décimo sétimo artigo "Preceitos essenciais do ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação" de Emerson Penha Malheiro estuda as noções de Direitos Fundamentais e os conceitos que tornem exequível a sua análise no ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação, por meio análise dos princípios elementares e da inserção de normas protetivas no sistema jurídico nacional, avaliando sua validade e aceitação internas.

Depois, Mário Luiz Silva com o artigo "Princípio da igualdade em sua acepção material como fundamento do estado de bem estar social" examina a busca de justiça a todos os indivíduos e a figura do Estado abstencionista que permite a criação de abissais desigualdades sociais e o Estado de Bem Estar Social, como forma de mitigar as desigualdades criadas pelo Estado Liberal.

Outrossim, Murilo Tanaka Munhoz apresenta a "Relação entre discurso de ódio, fake news e a dignidade humana em tempos atuais", um estudo sobre o discurso de ódio e as fake news, contrastando com os direitos fundamentais.

Em "Tributo: a função social e o desenvolvimento como liberdade", Daisy Rafaela da Silva e Natalia Oliveira de Abreu tratam da função social do tributo e sua importância para que se busque a redução da desigualdade social, a partir do pensamento do economista Amartya Sen.

Por fim, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Gustavo Henrique Maia Garcia apresentam o artigo "Tutela coletiva da saúde: reserva do possível e a escassez de recursos na pandemia de covid-19", no qual analisam a concretização do direito fundamental à saúde em um quadro pandêmico grave, com escassez de recursos financeiros, insumos médicos e de recursos humanos, ao lado do dever estatal de coordenar planos contingenciais do Sistema Único de Saúde.

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

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

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

Desejamos uma boa leitura aos estimados leitores.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas-Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

# PRECEITOS ESSENCIAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

## ESSENTIAL PRECEPTIONS OF THE BRAZILIAN LEGAL ORDER IN THE INFORMATION SOCIETY

Emerson Penha Malheiro <sup>1</sup>

### Resumo

O estudo apresenta noções de Direitos Fundamentais e conceitos que tornem exequível a sua análise no ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação. O estudo empreende esforços para trazer mais que uma verificação dos principais institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo tem como objetivo analisar os princípios elementares e a inserção de normas protetivas no sistema jurídico nacional, avaliando sua validade e aceitação internas. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, procurando enfatizar a importância dos Direitos Fundamentais e sua presença no direito brasileiro. Conclui-se pelo reconhecimento da segurança jurídica e a necessidade de normas específicas como fator de maior proteção.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Sociedade da informação, Ordenamento jurídico brasileiro, Preceitos elementares

### Abstract/Resumen/Résumé

The study presents notions of Fundamental Rights and concepts that make its analysis feasible in the Brazilian legal system in the information society. The study endeavors to bring more than a verification of the main institutes foreseen. Article aims to analyze the elementary principles and the insertion of protective norms in the legal system, assessing their internal validity and acceptance. A bibliographic research was carried out, seeking to emphasize the importance of Fundamental Rights and their presence in Brazilian law. It concludes with the recognition of legal certainty and the need for specific rules as a factor of greater protection.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Information society, Brazilian legal system, Elementary precepts

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direitos Humanos (Universidad de Salamanca). Doutor e Mestre em Direito (UNIMES). Graduado em Direito (FMU) e em Marketing (UNIP). Graduando em Filosofia (USP). Advogado.



## 1. INTRODUÇÃO

Os princípios fundamentais são núcleos informadores de todo um sistema jurídico.

Cuidam-se de sustentáculos que apoiam uma combinação de partes que, coordenadas, concorrem para o fim social.

Se uma determinada regra possuir diversos entendimentos, a exegese deve ser realizada em consonância com o princípio mais importante dentro do conjunto de circunstâncias que acompanham um acontecimento.

Os princípios são diferentes das normas.

As normas são regras que protegem situações subjetivas de conexão, pois conferem a pessoas ou a entidades a possibilidade de realizar certos interesses por conduta própria ou demandando ação ou abstenção de outras pessoas, e obrigam pessoas ou entidades ao dever de se subordinar aos requisitos de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Qualquer interpretação perderá legitimidade se contrastar com o princípio que lhe é inerente.

Eles são vários. Na sequência serão examinados importantes princípios:

### 1.1 Soberania

Soberania é a propriedade que determina o poder político superior de um Estado, no interior do território nacional e também em seus vínculos com outros Estados, Organizações Internacionais Intergovernamentais e demais entes do Direito Internacional.

“O conceito jurídico-político moderno de soberania, desde sempre controverso e difícil de precisar, é geralmente caracterizado pelas notas típicas de estadualidade, publicidade, independência, autodeterminação, autonormação, centralização, hierarquia, jurisdição, indulto e autoridade coerciva, monetária, tributária, penal e militar.”<sup>1</sup>

É importante salientar que a soberania de um Estado não é ilimitada. Ela possui restrições.

Hodiernamente, é incabível “que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação interna de direitos humanos ofenderia sua soberania.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Jónatas E. M. Machado. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, p. 213.

<sup>2</sup> André de Carvalho Ramos. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, p. 69.

## 1.2 Cidadania

A cidadania se caracteriza pela prerrogativa conferida ao indivíduo para o exercício de seus direitos e o cumprimento de seus deveres no plano interno do Estado.

Cidadão é a pessoa humana no gozo de seus direitos e deveres de natureza constitucional.

Não se deve confundir nacionalidade com cidadania.

“Entre nós a distinção é clara e praticamente aceita por todos os autores, no sentido de que a nacionalidade é o vínculo jurídico que une, liga, vincula o indivíduo ao Estado e a cidadania representa um conteúdo adicional, de caráter político, que faculta à pessoa certos direitos políticos, como o de votar e ser eleito.

A cidadania pressupõe a nacionalidade, ou seja, para ser titular dos direitos políticos, há de se ser nacional, enquanto que o nacional pode perder ou ter seus direitos políticos suspensos (art. 15, CF), deixando de ser cidadão”<sup>3</sup>.

A capacidade política é um pressuposto da cidadania.

## 1.3 Dignidade da pessoa humana

A dignidade é valor intrínseco da própria condição humana, de modo que todo ser humano tem dignidade pelo simples fato de ser pessoa.

Ainda que seja difícil estabelecer um conceito de dignidade, pois em face da cultura de cada sociedade a concepção do digno e do indigno pode variar, de acordo com os costumes, com o sentimento de injustiça que aflora diante de um caso concreto, a proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, sem exceção.

“Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.”<sup>4</sup>

Exemplificando, pode-se afirmar que uma pessoa merece total e irrestrita proteção à sua dignidade, seja em relação à função profissional que desempenha, seja quanto a sua imagem

---

<sup>3</sup> Jacob Dolinger. *Direito internacional privado: parte geral*, p. 157.

<sup>4</sup> André de Carvalho Ramos. *Curso de direitos humanos*, p. 74.

perante seus pares, sua intimidade, sua privacidade, seus pensamentos e convicções políticas, sociológicas, filosóficas etc.

Não há dúvidas de que o epicentro de onde se irradiam quaisquer outros direitos fundamentais é o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo que, todos os demais princípios se desenvolvem como uma espiral, a partir daquele princípio nuclear.

Desta forma, a fim de que a pessoa atinja a efetividade na pretensão mínima de uma condição de razoável em sua relação de emprego, deve o Estado zelar pela fixação de um piso vital mínimo de direitos ao trabalhador, a fim de conferir efetividade à dignidade da pessoa humana.

Não só foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como o pensamento jurídico incorporou diversos valores no plano interno dos Estados.

Não é possível falar em um sistema jurídico que não esteja fundado na dignidade da pessoa humana, consciência surgida a partir da segunda metade do século XX.

“É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais.”<sup>5</sup>

A dignidade é inerente à pessoa humana. Acresce-se à sua integridade física e psíquica o respeito ao seu pensamento, comportamento, sua imagem, intimidade, consciência e suas ações.

“O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1.º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.”<sup>6</sup>

A dignidade é intrínseca ao ser humano e o respeito a ela é uma forma extrínseca de reconhecimento a esse direito.

Não podem, portanto, serem proscritas penas cruéis e infamantes, pois o poder punitivo não deve aplicar sanções que lesionem a constituição físico-psíquica do ser humano.

Considerando que os textos constitucionais devem ser compreendidos como um sistema que seleciona determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Constituição Federal brasileira elege a dignidade da pessoa humana como valor essencial que lhe dá unidade de sentido.

---

<sup>5</sup> Luiz Antonio Rizzatto Nunes. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 47.

<sup>6</sup> Flávia Piovesan. *Temas de direitos humanos*, p. 48.

A posição geográfica constitucional do princípio mostra que sem a sua presença não se pode sequer falar em Estado Democrático e Social de Direito, de modo que a sua apresentação é nuclear do sistema jurídico brasileiro.

Preceitos que causem desequilíbrio ao sistema por incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana devem ser rechaçados.

“Ao instituir a dignidade humana como valor maior de um sistema normativo, o constituinte impõe a necessidade de que se afaste toda situação que reduza as liberdades fundamentais ou desconsidere a realização plena e igualitária das pessoas no âmbito social.”<sup>7</sup>

Sabe-se, portanto, que a orientação emerge como uma garantia inafastável de proteção do ser humano, pois se trata de um princípio que inspira até mesmo na exegese das regras magnas.

### **1.3.1 O dever social de aplicação concreta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**

O respeito à dignidade da pessoa humana observa, precipuamente, o cumprimento dos direitos sociais estabelecidos no art. 6.º, CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O raciocínio jurídico interpretativo de todas as normas do ordenamento deve se orientar pelo princípio, pois se cuida estritamente do núcleo axiológico do direito contemporâneo.

Trata-se de uma restrição ao poder político supremo de um Estado, pois apesar de sua personalidade independente e autoridade plena, sua atuação esbarra na condição humana.

Sob tal aspecto, com uma conexão intrínseca com o direito desde períodos longínquos, o Estado tem arrostado fontes incógnitas de poder.

Contudo, o homem não se confunde com a vida do Estado e não pode ser instrumento para os outros, mas um fim em si mesmo.

O Estado apenas existe em virtude e para o ser humano.

Nessa toada, a representação do direito baseada em dogmas tradicionais deve, hodiernamente, enfrentar uma sociedade que se modifica continuamente, com novas manifestações de exigências, necessidades e novos componentes.

---

<sup>7</sup> Ailton Cocurutto. *Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social*, p. 45.

É, portanto, um dever social a aplicação concreta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois não se cuida apenas de um fundamento estático, mas dinâmico, que proporciona o emprego de condições de vida em conexão com um piso vital mínimo de existência.

Nesse aspecto, quanto ao ser humano, é relevante destacar que cada pessoa atua em razão de seus interesses peculiares, que são definidos em consonância com seus próprios objetivos e nem sempre são demonstrados de maneira serena e translúcida.

Como consequência, a criação e delimitação de textos jurídicos, assim como sua interpretação, nunca são imparciais.

A obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana tenta estabelecer um parâmetro exegético para as relações jurídicas humanas, afinal, elas são fragmentárias e evoluem continuamente.

Porém, cada ramo em velocidade diferente, gerando um cenário para o direito com múltiplas realidades e inúmeras conexões.

De qualquer forma, releve-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil.

#### **1.4 Pluralismo político**

O pluralismo político é a mais cristalina manifestação da democracia no direito interno do Estado.

É a liberdade de formação de correntes políticas no Estado, representativas dos diversos segmentos da opinião pública, em que as formas de controle estão conexas às estruturas de poder no Estado Democrático e Social de Direito.

A Constituição Federal fixa parâmetros para que o poder de um grupo possa ser controlado pelo poder de outro grupo.

#### **1.5 Separação dos poderes**

A Carta Magna estabelece a estrutura de poderes da União por meio das três funções, independentes e devidamente harmônicas entre si: a legislativa, a executiva e a judiciária.

Nessa estrutura normativa, os poderes exercem funções preponderantes, o que não os impede de o exercício de funções atípicas.

## 1.6 Princípios básicos de regimento das relações exteriores brasileiras

Os princípios básicos de regimento das relações exteriores brasileiras se encontram principalmente no artigo 4.º da Carta de Outubro.

Tratam-se de diretrizes que têm por objetivo promover ações de política externa e que serão apontados e analisados detidamente a seguir:

“Artigo 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional”:

Por meio deste dispositivo o Brasil afirma categoricamente a sua soberania perante os demais Estados e outros sujeitos de Direito Internacional Público.

A soberania aqui deve ser entendida tanto no aspecto interno, quanto externo.

Sob a análise interna, significa a capacidade de se auto-administrar, de manter a ordem, de estabelecer seu próprio governo.

Sob a análise externa significa a capacidade de manifestar sua insubmissão à qualquer poder extrínseco ao Estado.

“II – prevalência dos direitos humanos”:

O Brasil manifesta a sua adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como a sua promoção em território nacional.

Apesar de inúmeras críticas que recebe – nem todas desprovidas de fundamento – o Brasil é um dos países que mais se preocupa com a aplicação de Direitos Humanos.

É signatário de diversas convenções e pactos que conferem eficácia à Declaração Universal.

“III – autodeterminação dos povos”:

A Constituição Federal demonstra o respeito à soberania dos outros Estados e a contribuição do Brasil para a manutenção da possibilidade dos outros povos de determinar o rumo político de seus países.

“IV – não-intervenção”:

O princípio em apreço torna evidente o comprometimento do Estado brasileiro em não interferir em assuntos internos de outras nações.

“V – igualdade entre os Estados”:

O dispositivo materializa na Constituição Federal o princípio da horizontalidade, que estabelece que todos os Estados são juridicamente iguais nas relações exteriores.

“VI – defesa da paz”:

A paz mencionada no dispositivo não significa apenas a “ausência de guerra”, mas a “inexistência de confrontos armados”. É necessário lembrar que se trata de um texto de direito interno, que orienta o Brasil nas relações internacionais.

A paz é uma aspiração a ser alcançada e apesar de não ser uma absoluta realidade no Direito Internacional, significa, indubitavelmente, o principal motivo da sua existência.

“VII – solução pacífica de conflitos”:

A solução pacífica de conflitos é uma tradição no nosso Direito Constitucional Internacional.

Esteve presente na Constituição Federal brasileira de 1891, 1934, 1946 e na de 1967, com a emenda n.º 1 de 1969. Não poderia faltar, portanto, na de 1988.

Há diversos mecanismos para a solução pacífica de conflitos.

São mecanismos diplomáticos: negociação direta, sistema de consultas, bons ofícios, mediação, conciliação, inquérito.

Considera-se a existência de mecanismos políticos sempre que houver a atuação de uma organização internacional.

São mecanismos jurisdicionais: arbitragem internacional pública; solução judicial.

São mecanismos coercitivos: represálias, retorsão e ruptura das relações diplomáticas.

Os mecanismos diplomáticos configuram-se na melhor forma para a solução de controvérsias, pois apresentam os recursos mais satisfatórios para resolver as questões dissonantes entre as partes, seja mediante negociação direta, sistema de consultas, bons ofícios, mediação, conciliação ou inquérito, sendo irrelevante a contenda ser bilateral ou multilateral.

Na negociação direta, a divergência se resolve mediante entendimento entre os antagonistas, sem intercessão de pessoa estranha à relação fática ou jurídica.

Os contendores visam expor seus argumentos e motivos, encontram-se e firmam, geralmente, um acordo, colocando termo à celeuma.

Como consequência da negociação direta, poderá uma das partes reconhecer o direito da outra, renunciar à sua pretensão ou poderão transacionar, fazendo concessões recíprocas.

O sistema de consultas nada mais é do que uma negociação direta previamente ajustada, pois as partes estabeleceram antecipadamente em uma cláusula de um tratado a existência de encontros em intervalos regulares para a discussão e solução das divergências surgidas num espaço determinado de tempo. Não há participação de terceiros.

Os bons ofícios consistem na tentativa amigável de terceiro, não envolvido no conflito, de promover uma aproximação entre as partes, sem a preocupação de tomar conhecimento acerca dos motivos dos contendores.

O amparo para a solução do desentendimento é somente instrumental, ou seja, o terceiro não propõe termos para resolver o impasse, nem verifica os fundamentos dos litigantes, restringindo-se somente a aproximar os contendores e abrir ou reatar as negociações.

Na mediação, inversamente aos bons ofícios, o terceiro estranho à requesta sugere uma solução. A sua conduta não é apenas instrumental, mas substancial, pois toma parte nas negociações, conhecendo dos motivos da desinteligência e apresentando termos para o fim da contenda.

A mediação difere da arbitragem porque a solução proposta pelo intermediário não vincula as partes, observado que seu caráter é facultativo.

A conciliação, por seu turno, é uma forma mais solene para a solução de conflitos, em que existe a nomeação de uma comissão, composta por representantes das partes em conflito e outros integrantes neutros, em número obrigatoriamente ímpar.

É dever da comissão guiar os contendentes na direção de uma confluência de interesses, emitindo parecer, relatório ou informe que exponha uma solução para cizânia e sem o estabelecimento de vínculo para os antagonistas, ou seja, os litigantes não são obrigados a seguir os termos propostos.

O inquérito é o procedimento por meio do qual são nomeados Comissários Investigadores que buscam informações para o esclarecimento da questão controvertida entre os dissidentes.

O inquérito é preparatório para a solução da divergência e, por si só, não encerra a gódia. Não há propositura de qualquer termo, mas uma apuração fática.

Há relevante pesquisa imparcial sobre os fatos que cercam a desavença. É um procedimento preliminar aos demais mecanismos de solução de controvérsias

Há também os mecanismos políticos, que levam em consideração a atuação das Organizações Internacionais Intergovernamentais na satisfação das controvérsias.

Sob tal aspecto, a Organização das Nações Unidas se destaca nesse cenário pela contribuição de sua Assembleia Geral e de seu Conselho de Segurança.

Nas hipóteses de graves hostilidades entre Estados, capazes de constituir ameaça à paz e à segurança internacionais, a ONU deverá intervir emitindo recomendações e resoluções.

É importante salientar que a contenda deve ser internacional, pois a Organização das Nações Unidas não pode atuar nos assuntos de natureza interna de um Estado, na forma do artigo 2.º (7) da Carta de São Francisco (1945).

Os mecanismos jurisdicionais são aqueles utilizados para promover a solução de controvérsias mediante a submissão à procedimentos específicos e decisões mandamentais.



A distinção em relação aos mecanismos anteriores encontra guarida na sujeição às disposições celebradas e consentidas antecipadamente pelas partes com base nas regras de Direito Internacional.

A arbitragem internacional é uma importante aliada para a solução de controvérsias.

Inicialmente, é preciso salientar que a arbitragem internacional pública é um mecanismo jurisdicional e não judiciário para a solução de conflitos.

Nos conflitos bilaterais, consiste na formação de um tribunal constituído, geralmente, de três árbitros, um de cada parte, comprometidos na escolha de um terceiro imparcial à disputa.

Todos devem ter profundo conhecimento acerca da matéria objeto do pleito. Nas controvérsias multilaterais, nada impede um número maior de árbitros, desde que ímpar, bem como a escolha, em qualquer das hipóteses, de apenas um.

A arbitragem tem por base um “compromisso”, que é um documento por meio do qual são concedidos poderes específicos a um julgador ou a um colegiado e estabelecido o local do julgamento, além do procedimento a ser adotado.

A arbitragem é caracterizada pela perfeita submissão das partes à decisão que for proferida, já que não há de se falar em recurso, posto que é definitiva e obrigatória.

A execução do laudo arbitral leva em conta a boa-fé das partes, já que não há um poder superior para realizá-la. O descumprimento da decisão configura ilícito internacional.

Ao contrário do que ocorre com a arbitragem internacional pública, a solução judicial é integrada por meio de cortes internacionais que possuem juízes togados, plenamente capacitados para julgar a questão controvertida entre as partes.

Os tribunais internacionais são formados mediante tratados, que são celebrados de acordo com a conjugação da manifestação do consentimento das partes.

Diversamente do que ocorre com a jurisdição arbitral, que remonta à Antiguidade, a solução judicial é mecanismo jurisdicional relativamente novo na dimensão internacional.

“VIII – repúdio ao terrorismo e racismo”:

Lamentavelmente, houve pouca técnica do legislador constitucional na elaboração deste dispositivo, visto que há uma séria discussão acerca de um conceito legal para o terrorismo, o que dificulta seriamente o seu combate.

Doutrinariamente, pode-se conceituá-lo como um procedimento sistemático caracterizado pela utilização de violência, física ou psicológica, por pessoas, ou grupos políticos, em oposição a ordem estabelecida mediante uma investida a um governo ou à população que o legitimou, de maneira que os danos psicológicos transpassem imensamente o número de vítimas, com o intuito de atingir um fim determinado.

No Brasil, há duas importantes correntes acerca do discutido conceito de terrorismo: a primeira afirma categoricamente que a conduta que o configura está claramente tipificada no artigo 20 da Lei n.º 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional); enquanto que a segunda aduz que o citado artigo 20 da Lei n.º 7.170/1983 faz simples menção à palavra “terrorismo”, o que é insuficiente para definir o tipo penal e, portanto, não atende aos conhecidos princípios da legalidade e da taxatividade penais.

De qualquer forma, o Brasil se opõe às condutas desta natureza, empenhando-se em combatê-las.

Já o racismo se caracteriza pela discriminação, e tecnicamente significa o impedimento do exercício de direitos por uma pessoa em virtude de suas qualidades de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou outras do mesmo gênero.

A própria Constituição Federal prescreve, em seu artigo 5.º, inciso XLII acerca da inafiançabilidade e imprescritibilidade da prática do racismo, sujeitando seus agentes à pena de reclusão, nos termos da lei.

A principal norma jurídica que cuida do tema no plano interno é a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

É indiscutível, nesse sentido, que a legislação pátria está em consonância com os principais dispositivos internacionais, visto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos veda peremptoriamente a discriminação racial no artigo 2.º, inciso I.

“IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”:

Pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade o Brasil impõe uma restrição à sua própria soberania, pois não se pode falar em colaboração sem uma limitação à ela.

A tão comentada participação do Brasil no comando de uma força militar na missão de paz da Organização das Nações Unidas no Haiti desde junho de 2004 leva em consideração a sujeição a este princípio.

“X – concessão de asilo político”:

Asilo político é o acolhimento ou amparo concedido a estrangeiros culatreados por razões políticas.

O direito de asilo é um direito do Estado e não um direito subjetivo do refugiado. Assim, apesar da previsão constitucional, o Brasil pode não concedê-lo, se considerá-lo inconveniente diante do caso concreto. É uma forma de manifestação da soberania.

Deve-se lembrar, no entanto, que a concessão de asilo político está em consonância com a proteção dos direitos humanos, pois cuida da defesa de uma pessoa em face da tirania e arbitrariedade de um Estado.

“Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Neste parágrafo, se pode verificar a realidade fática com o surgimento do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

## **1.7 Direitos e garantias fundamentais**

A Constituição Federal brasileira cuida dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos são bens e utilidades determinados pelas regras constitucionais e as garantias são as ferramentas por meio das quais se assevera a prática de tais direitos.

### **1.7.1 Princípios orientadores dos direitos e garantias fundamentais**

Existem preceitos importantes que guiam os direitos e garantias fundamentais, refletindo práticas consagradas nas relações exteriores, mediante tratados e convenções internacionais.

No Brasil, a consolidação se mostrou presente na Constituição Federal brasileira, como norma fundante do cenário jurídico.

#### **1.7.1.1 Isonomia**

O art. 5.º, *caput*, e seu inciso I consolidam a isonomia, já que todos são considerados iguais perante a lei e se regem pelas mesmas normas.

Também conhecido como princípio da igualdade, é orientado tanto para o legislador quanto para o aplicador das regras de direito.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO estabelece que “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 10.

### **1.7.1.2 Legalidade**

O princípio da legalidade se mostra presente em diversos artigos da Constituição Federal, dentre eles destaca-se o disposto no art. 5.º, II, já que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Na forma em que se encontra, a sua origem está na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), elaborada em França, que no seu art. 4.º estabelece que “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA, “O princípio da legalidade é de nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito (...). É nesse sentido que o princípio está consagrado (...). O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente (...)”<sup>9</sup>

### **1.7.1.3 Liberdade da manifestação de pensamento**

Princípio consagrado no art. 5.º, incisos IV da Constituição Federal, encontra seu fundamento histórico na Bill of Rights (também conhecida como Carta de Direitos), que surgiu na Inglaterra, em 1689 e estabelecia a liberdade de expressão.

A acepção atual é mais ampla e também encontra guarida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

É importante lembrar que no Brasil foi imposta uma relevante restrição que se reveste na vedação do anonimato.

### **1.7.1.4 Inviolabilidade da intimidade e da vida privada**

O princípio que está presente no art. 5.º, inciso X da Constituição Federal aponta para uma terminologia que precisa ser observada em razão do contexto no qual se encontram os direitos fundamentais que possui por objetivo tutelar.

---

<sup>9</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 420.

Diante do fato, não é adequado dissociar “intimidade” e “vida privada”.

A intimidade e a vida privada são elementos que compõem a privacidade, que deve ser plenamente tutelada e cuja violação apresenta como consequência indenização pelo dano material ou moral causado.

#### **1.7.1.5 Honra**

A honra constitui um importante valor social que é tutelado no cenário jurídico brasileiro.

Envolve o gozo de um conceito positivo de um indivíduo junto à sociedade, que é alcançado pela observância de certos preceitos socialmente estipulados.

#### **1.7.1.6 Imagem**

A proteção da imagem de uma pessoa observa tanto a reprodução gráfica dela (ex.: foto) quanto a tutela dos atributos que ela possui e que são reconhecidos pela sociedade.

#### **1.7.1.7 Acesso à justiça**

A Constituição Federal brasileira prevê o acesso à justiça em seu art. 5.º, inciso XXXV.

Existem várias denominações empregadas em seu texto como se pode ver em “inafastabilidade de jurisdição”, “livre acesso ao Poder Judiciário”, “acesso à ordem jurídica justa”.

Todas elas se mostram adequadas, pois a lei não deve excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Isso significa afirmar que existe uma garantia de acesso ao Poder Judiciário tanto para uma tutela preventiva quanto repressiva.

#### **1.7.1.8 Liberdade de locomoção**

A locomoção em território brasileiro é livre em tempo de paz.

Cuida-se de direito que pode ser restringido pelo estado de defesa e estado de sítio.

#### **1.7.1.9 Defesa do consumidor**

A proteção do consumidor surge no art. 5.º, inciso XXXII da Carta Magna brasileira.

A influência mostra a sua face na Constituição portuguesa de 1976, em que a tutela consumerista expandiu-se de maneira inédita no cenário jurídico de um Estado.

As regras de tutela do consumidor são de interesse social e de ordem pública.

No cenário jurídico interno apresenta-se a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 como o Código de Defesa do Consumidor.

## **1.7.2 Características dos direitos e garantias fundamentais**

Os direitos e garantias fundamentais possuem as seguintes características:

### **1.7.2.1 Congenialidade**

São congênitos, pois pertencem ao indivíduo antes mesmo do seu nascimento, manifestam-se espontaneamente e têm origem na própria condição humana.

São qualidades particulares ao homem, independentemente da existência do Estado.

Assim sendo, não se condensam ao ordenamento jurídico interno, apesar da relevância do seu conteúdo.

### **1.7.2.2 Universalidade**

São universais, pois se ramificam e atingem todos os indivíduos, em qualquer tempo e lugar, sem qualquer discriminação proveniente de raça, cor, etnia, religião, origem, sexo, estado civil, convicção político-filosófica, condições sócio-econômicas, culturais ou de outra natureza.

Para a sua defesa, é necessária a flexibilização, pelos Estados, de suas proposições fundamentais, rompendo com a concepção tradicional de soberania, que não deve ser alegada para justificar o descumprimento desses direitos.

### **1.7.2.3 Irrenunciabilidade**

São irrenunciáveis, pois não podem ser abdicados, recusados ou rejeitados. Qualquer manifestação de vontade de um indivíduo nesse sentido será nula de pleno direito, o que

significa dizer que o seu consentimento, abjurando o direito e permitindo sua violação não tem nenhum valor jurídico, devendo seu transgressor responder pelo mal causado.

#### **1.7.2.4 Inalienabilidade**

São inalienáveis, inafastáveis, inalheáveis, não podendo ser exonerados ou transferidos para outrem, ainda que com a anuência de seu titular.

Não é permitida a sua transmissão, disponibilização ou transigência, tanto a título gratuito quanto oneroso.

#### **1.7.2.5 Inexauribilidade**

São inexauríveis, pois nunca se esgotam. Como estão conexos à valores, a todo momento podem ser somados novos direitos, sem que estes mais recentes desconfigurem os anteriores, mas ao contrário: o acréscimo reforça a concretização deles.

#### **1.7.2.6 Interdependência**

São conexos entre si por uma recíproca dependência, em razão da qual realizam seus objetivos pelo auxílio mútuo.

Apenas é alcançada a finalidade pretendida pela ligação com outra.

Desse modo, por exemplo, a liberdade de locomoção está visceralmente conexa à garantia do hábeas corpus<sup>10</sup>.

#### **1.7.2.7 Indivisibilidade**

São indivisíveis, ou seja, pela sua natureza não podem ser decompostos.

Como possuem uma composição uniforme, que não permite distinguir seus componentes, formando um todo homogêneo, sua eventual dissociação acabaria por desconfigurá-los.

Não obstante as disposições sejam autônomas, o conjunto de normas é uno, incindível.

---

<sup>10</sup> O exemplo é de Alexandre de Moraes. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 41.

### **1.7.2.8 Complementaridade**

Não devem jamais ser interpretados isoladamente, mas de maneira conjunta com outros direitos, de modo que a sua presença venha complementar o ordenamento jurídico vigente para a plena proteção da espécie humana.

### **1.7.2.9 Imprescritibilidade**

Não há sobre eles a incidência de prazo prescricional.

Portanto, não perdem eles seus efeitos pelo decurso temporal, podendo ser exigidos a qualquer instante.

Não há perda do direito de punir um transgressor em virtude do passar do tempo.

Igualmente, não há desaparecimento do interesse na repressão de uma violação em razão do tempo decorrido.

### **1.7.2.10 Inviolabilidade**

São invioláveis, pois nenhuma pessoa pode empreender ofensa lidimamente contra eles.

Da mesma forma, ninguém pode atribuir a si o poder de emitir juízo acerca de sua vigência, muito menos legiferar contra eles, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

### **1.7.2.11 Essencialidade**

São essenciais, na medida de constituir preceitos excepcionais e inerentes ao homem, que protegem interesses fundamentais e indispensáveis para a sua sobrevivência.

São direitos revestidos de imprescindibilidade, cuja tutela é vital para a própria existência da pessoa humana.

“Proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental, nesse sentido, significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 27.



#### **1.7.2.12 Efetividade**

São efetivos, pois não basta o singelo reconhecimento abstrato de sua existência pelos Estados.

O Poder Público deve responsabilizar-se pela sua aplicação de maneira incontestável, não podendo tais direitos existirem apenas no âmbito da subjetividade humana.

#### **1.7.2.13 Historicidade**

“Possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais”<sup>12</sup>

### **1.7.3 A aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais**

Na forma do art. 5.º, §1.º, CF, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Isso significa que as regras constitucionais que definem direitos e garantias fundamentais possuem os componentes essenciais para recair sobre acontecimentos que elas ordenam.

Conforme preleciona 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”<sup>13</sup>.

### **1.7.4 Os direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos**

O art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal expressamente estatui: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”.

---

<sup>12</sup> Pedro Lenza. *Direito constitucional esquematizado*, p. 1032.

<sup>13</sup> *Comentário contextual à Constituição*, p. 409.

Se os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas no corpo da Constituição Federal, também o são quando estão fora dele.

“Por força do art. 5.º, §2.º da Constituição de 88, pode-se dizer que existem direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, que são justamente aqueles direitos constitucionais, expressos ou implícitos, que possuem forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a necessidade de limitação do poder.”<sup>14</sup>

Na mesma toada, o art. 5.º, § 3.º da Constituição Federal adequadamente preleciona: “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”.

Desse modo, é possível verificar que “A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos, o que configura uma identidade de objetivos do Direito Internacional e do Direito Público Interno, quanto à proteção da pessoa humana”<sup>15</sup>.

Uma vez aprovado pelo quórum qualificado exigido pelo dispositivo *retro* e também pelo artigo 60, § 2.º da Constituição Federal, o tratado “terá *status* de emenda e, portanto, será considerado hierarquicamente superior à lei ordinária”<sup>16</sup>.

“Vale dizer, com o advento do § 3.º do artigo 5.º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. (...) todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2.º do artigo 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal”<sup>17</sup>.

Os tratados sobre direitos humanos apenas materialmente constitucionais poderão ser objeto de denúncia, o que não poderá ocorrer naqueles que são, ao mesmo tempo, material e formalmente constitucionais.

---

<sup>14</sup> George Marmelstein. *Curso de direitos fundamentais*, p. 192.

<sup>15</sup> Celso Lafer. *A internacionalização dos direitos humanos*, p. 82.

<sup>16</sup> Renata Campetti Amaral. *Direito internacional público e privado*, p. 59.

<sup>17</sup> Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 74.

“A ideia de que os direitos fundamentais têm um conteúdo essencial é algo que vem sendo sustentado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras com frequência cada vez maior.”<sup>18</sup>

## 2. CONCLUSÃO

O Brasil tem preceitos elementares que orientam seu ordenamento jurídico, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e a separação dos poderes.

Também possui princípios elementares de regimento de suas relações exteriores, que devem ser seguidos também no plano interno. Desse modo, haverá o seu pleno cumprimento no cenário do direito internacional.

Os direitos e garantias fundamentais ganharam enorme destaque na Constituição Federal brasileira de 1988, com sua proeminência no art. 5.º. No entanto, deve ser lembrado que tais interesses estão em outros dispositivos da Carta Magna, em normas infraconstitucionais e também nos tratados de que a República Federativa do Brasil faz parte.

Há regras principiológicas relevantes que orientam os direitos e garantias fundamentais, contemplando atividades prestigiadas no ordenamento jurídico pátrio.

Cita-se a isonomia, a legalidade, a liberdade da manifestação de pensamento, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a honra, a imagem, o acesso à justiça, a liberdade de locomoção e a defesa do consumidor.

Tais preceitos e também as características dos direitos fundamentais garantem a sua aplicação imediata de suas normas definidoras.

Por derradeiro, pode-se concluir, portanto, que os direitos e garantias fundamentais encontram-se em outros dispositivos da Constituição Federal, em normas infraconstitucionais e também nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

## 3. REFERÊNCIAS

AMARAL, Renata Campetti. *Direito internacional público e privado*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

---

<sup>18</sup> Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 21.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 8. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da dignidade humana e da inclusão social*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 8. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.