

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

GUILHERME SCOTTI

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-447-1

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade

Plural. 4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mais uma vez, registra enorme sucesso em sua realização. A democratização do ensino e difusão da pesquisa nas pós-graduações em Direito do país tem encontrado no CONPEDI instrumentos bastante facilitadores deste processo de ensino e aprendizagem que estimula desde cedo a vocação do estudante para a docência e a pesquisa, além do exercício prático da profissão.

Um dos exemplos de estímulo à docência e pesquisa no estudante de pós-graduação em Direito é a oportunidade de discutir com seus pares e professores-pesquisadores o seu próprio projeto de pesquisa ou pesquisa ainda em andamento. A propósito, esta última foi uma das características mais marcantes do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”: a discussão de pesquisas ainda em curso nos mestrados e doutorados de seus participantes. O CONPEDI não dispensa ou aconselha a submissão de trabalhos que resultem em pesquisas finalizadas, mas a postura ativa do estudante de pós-graduação em submeter as dificuldades e problemas de pesquisa que tem enfrentado em seus percursos merece admiração.

O compartilhamento de suas dúvidas e impressões incrementaram as discussões entre os que submeteram suas pesquisas e os coordenadores do GT. Os diferentes perfis dos coordenadores também contribuiu com a diversidade de abordagens por eles propostas aos que apresentaram suas pesquisas. Por exemplo, questões de cunho profissional mais prático foram destacadas quando diante de discussões que envolviam diretamente a judicialização de políticas de saúde nos Estados brasileiros, ao mesmo tempo em que questões teóricas envolvendo as moralidades dos sujeitos de pesquisa, a discussão em torno de teorias da justiça e os métodos que guiaram os estudantes e professores a apresentarem suas pesquisas foram igualmente destacados e ponderados.

O Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III” apresentou uma diversidade de temas e análises capaz de enriquecer ainda mais os debates acerca de sua teoria e ciência do objeto. Em um primeiro momento foi possível perceber o esforço de pesquisadores em criar ou discutir teorias que melhor contribuíssem à compreensão dos direitos e garantias fundamentais constantes implícita ou explicitamente no texto constitucional. Neste sentido, destacamos o movimento bastante claro, a partir das pesquisas apresentadas, por uma

mobilização de saberes capazes de facilitar a compreensão acerca de diferentes processos existentes de implementação e defesa de políticas públicas.

Um segundo grupo de trabalhos dedicou estudos e pesquisas à compreensão de como o processo acima descrito se desenvolve no interior de instituições judiciais, destacando atuações ora singularizadas ou coletivas, dos profissionais ocupantes dos cargos responsáveis por buscar a implementação e defesa das referidas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Por fim, o último grupo se dedicou a demonstrar diferentes caminhos para se analisar tais questões a partir da variedade de técnicas e métodos de pesquisa, privilegiando-se o indutivo, dedutivo, a pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa.

Uma característica comum a muitos dos trabalhos nos parece bastante reveladora da atualidade e pertinência dos debates no CONPEDI: a preocupação com a garantia e efetivação de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, especialmente diante do atual quadro de crise política generalizada e de constante ameaça a direitos conquistados por que passa o país. É animador perceber que a academia jurídica está atenta aos desafios sociais e políticos concretos do presente, sem prejuízo de que o tratamento de tais temas práticos prementes seja feito com o rigor teórico e metodológico que a área do Direito tem conquistado nas últimas décadas.

Todas as questões acima mencionadas poderão ser notadas nos trabalhos adiante expostos. Convidamos o leitor a uma leitura bastante provocativa que, ao associar a teoria dos direitos fundamentais e da Constituição com técnicas e métodos da pesquisa jurídica, ampliam e tornam ainda mais acessível o debate sobre a defesa e implementação de políticas públicas a partir de discussões sobre os direitos e garantias fundamentais. Esse especial modo de produção do conhecimento, que prioriza a análise não apenas das instituições, mas também de seus atores, é o que permite uma aproximação maior do Direito com a população.

Prof. Dr. Carlos Victor Nascimento dos Santos - PUC-Rio e Universidade Projeção

Prof. Dr. Guilherme Scotti - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Juraci Mourão - Centro Universitário Christus

ENSAIO ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ESSAY ON FUNDAMENTAL RIGHTS: THE RELATIONSHIP BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Fernando Cesar Mendes Barbosa ¹
Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb ²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo realizar uma investigação acerca dos direitos fundamentais, especificamente a relação que se estabelece entre o constitucionalismo e esse grupo de direitos. Utiliza-se o método dedutivo, valendo-se de pesquisa com a utilização de fontes normativas e bibliográficas. Por meio da análise dos elementos constitutivos e integrantes dos direitos fundamentais, bem como, de suas principais características, verifica-se a maneira pela qual esses direitos são previstos em uma constituição e, especialmente, no ordenamento jurídico brasileiro. Evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da dignidade humana ao eleger o homem como titular dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Direitos fundamentais, Dignidade humana, Garantias fundamentais, Constitucionalização

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to conduct an investigation on fundamental rights, specifically, the relationship between constitutionalism and those rights. The deductive method is used, in a normative and bibliographic research. Through the analysis of the constituent elements and components of fundamental rights, as well as their main characteristics, the way in which these rights are foreseen in a constitution, and especially in the Brazilian legal system, is analyzed. It is evident that the 1988 Federal Constitution adopted the principle of human dignity by electing man as the holder of fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Fundamental rights, Human dignity, Fundamental guarantees, Constitution

¹ É Advogado. Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atualmente é servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana. e-mail: fernandocesarmb@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Ciências Econômicas. Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado e Professor. e-mail: marcosmerheb@hotmail.com

1. Introdução

O presente trabalho trata do constitucionalismo como movimento social limitador do Poder do Estado e criação dos direitos fundamentais, com a problemática de sua eficácia e aplicabilidade social.

A escolha do tema partiu da necessidade de demonstrar que ao longo da história, apesar de inúmeras lutas entre classes sociais, o problema da limitação do poder e da eficácia dos direitos fundamentais permanece.

Apesar do esforço normativo da Constituição Federal de 1988, a sociedade não tem recebido de maneira satisfatória os direitos fundamentais, sendo a sua eficácia alvo de debates e críticas.

Os direitos fundamentais são objeto de discussão recorrente, desde à escolha lexical utilizada para se fazer referência a essa categoria de direitos, vez que as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais são confundidas corriqueiramente, até a questão de sua origem fática, o choque entre tais direitos e a sua efetividade.

A diferenciação entre direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais também é objeto do presente trabalho, como medida didática para uma melhor compreensão e conclusão do tema proposto.

A Constituição Federal de 1988, embora possua ampla descrição de direitos fundamentais, como o direito a saúde, educação, trabalho, entre outros, não possui condições de, por si só, aplicá-los eficientemente em favor da sociedade, muitas vezes sendo letra morta, deixando os fatos sociais muito aquém da previsão constitucional, devendo o Estado brasileiro se preocupar constantemente com a implementação dos direitos fundamentais, a fim de atingir uma maior gama de pessoas.

Desse modo, a problematização central levantada reside na seguinte questão: seriam realmente os direitos fundamentais decorrentes de movimentos sociais? Os movimentos sociais puderam garantir a aplicação dos direitos fundamentais? Diante desse cenário, o presente trabalho pretende discutir as origens dos direitos fundamentais e sua aplicação, sobretudo na Constituição brasileira de 1988.

Para que fosse possível atingir tal fim, utilizou-se como método de pesquisa o método dedutivo, pois, através da análise dos elementos dos direitos fundamentais, bem como de suas diversas formas, foi possível analisar prática do mesmo. Como técnica de pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica indireta.

2. Breve histórico do constitucionalismo

O movimento denominado Constitucionalismo possui raízes históricas em movimentos sociais que buscaram a consolidação de direitos, dentre os quais muitos hoje são adjetivados como fundamentais.

Deve-se desmistificar, a princípio, que o Constitucionalismo necessariamente deve culminar na confecção de uma Constituição escrita, eis que há países que tiveram fortes movimentos constitucionalistas, sem contudo resultar numa espécie normativa positivada.

Além de consolidar direitos e limitar ações do Estado ou de quem é detentor do poder soberano, o Constitucionalismo também é fonte de legitimação deste poder, já que não raras vezes haverá um poder submetido à nova vontade ou a nova ordem, a exemplo da Revolução Francesa com a derrocada do absolutismo e a implantação da noção de poder titularizado no Povo.

Neto (2013, p. 95), afirma que “inegavelmente os direitos fundamentais e sua eficácia prevista no ordenamento jurídico nacional serão melhores compreendidos com o estudo dos principais fatores históricos responsáveis pela transformação dos Estados”. Nesse mesmo sentido, Loewenstein (1996, p. 150), afirma que

La historia del constitucionalismo no es sino la busqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, asi como el esfuerzo de establecer una justificacion esperitual, moral e ética de la autoridade, em lugar del sometimiento ciego a la facilidade de la autoridade existente.

Canotilho (1992, p. 17) relata que “há a necessidade de se estudar a história para interpretar, com mais segurança e utilidade, o direito aplicável”. O Constitucionalismo, como movimento histórico, serve também para justificar a origem de determinado direito consagrado na sociedade, após forte embate entre os atores sociais, quando da reivindicação de direitos, sendo estes os elementos que justificam seu estudo no presente trabalho.

Dessa forma, Bester (2005, p. 28) afirma que “sempre que estivermos diante de uma manifestação a fim de assegurar direitos às pessoas, estaremos diante de um fenômeno denominado constitucionalismo”. Barroso (2015, p. 29) aduz que

O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionário francês e americano. Nada obstante as suas ideias centrais remontam a Antiguidade Clássica, mais notadamente no ambiente da polis grega, por volta do século V a.C.

Dallari (2013, p. 197) afirma que “os constitucionalistas, que estudam em profundidade o problema da origem das Constituições, apontam manifestações esparsas, semelhantes, sob certos aspectos, às que se verificam no Estado constitucional moderno, e em alguns povos da antiguidade”.

Para Loewenstein (1996, p. 154) “*Los Hebreus el primer pueblo que practico el constitucionalismo*”. Na sociedade hebraica, acreditava-se que o poder era oriundo de ordem divina, sendo que os sacerdotes e leigos possuíam seus atos e direitos limitados em tal poder. O Poder divino limitava os atores sociais. Outra sociedade que a doutrina aponta como fonte incipiente do Constitucionalismo é a grega antiga. Bester (2005, p. 32) afirma que “na Grécia clássica a ideia de Constituição retratava o funcionamento da sociedade como algo natural, não havendo um poder que criasse a constituição, pois não havia a distinção entre Estado e sociedade civil”. Loewenstein (1996, p. 155) analisando a sociedade Grega antiga, diz que

la democracia directa de las Ciudades-Estado griegas em el siglo v es el único ejemplo conocido de in sistema político com plena identidade entre gobernantes, em el poder político está igualmente distribuído entre todos los ciudadanos activos, tomando parte em el todos por igual.

A Cidade-Estado grega Atenas foi conhecida como sendo a primeira ordem jurídica que possuía limitação de poder baseada no governo das Leis, e não dos homens. Ainda, o povo detinha participação efetiva nas decisões políticas, embora a noção de povo era diversa da que conhecemos hoje, pois não eram considerados povo os escravos, as mulheres e os estrangeiros, por exemplo.

Do mesmo modo, a sociedade romana também possuiu, em certa medida, elementos do Constitucionalismo, pois teve uma excessiva democratização, com freios e contrapesos para dividir e limitar o poder, tais como limitação a certo tempo para a ocupação de cargo de magistrado, sem a possibilidade de eleição imediata (LOEWENSTEIN, 1996, p. 156).

Na limitação do poder, como uma das facetas do Constitucionalismo, Bester (2005, p. 38) afirma que na “Roma Republicana, havia a noção e diferenciação entre Leis ordinárias e Leis constitucionais, inclusive em dado momento histórico o Senado foi incumbido de declarar a inconstitucionalidade das leis”.

Posteriormente, com o fim do Império Romano oriental e da era medieval, seguiu-se a fase Moderna, no início do século XVI. Nasce o absolutismo. A soberania é concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal (BARROSO, 2015, p. 33).

Outra sociedade expoente do movimento do constitucionalismo é a britânica. Pode-se afirmar que no ano de 1215 a ação dos Barões, ao buscar a assinatura do pacto medieval denominado *Magna Charta* pelo Rei João Sem Terra, a fim de que este não pudesse cobrar tributos sem chamar o conselho, foi sim típico movimento social constitucionalista, eis que teve como principal intenção limitar o poder do monarca e constituir direitos.

Alguns dos dispositivos previstos na Magna Charta ainda estão em vigor na Inglaterra, os quais são semelhantes aos previstos atualmente na Constituição Brasileira de 1988. O item 40 da Magna Charta, por exemplo, consagrou que *a ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça*, dispositivo semelhante ao direito ao acesso ao judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Ainda, o item 39 da *Magna Charta* dispôs sobre o devido processo legal, previsão semelhante consta na Constituição brasileira de 1988.

Entre os séculos XVII e XVIII, no Reino Unido houve a elaboração de inúmeros documentos escritos que visavam garantir direitos aos súditos e limitar o poder do monarca, entre os quais podemos citar o *Petition of Rights*¹(1628) e o *Bill of Rights*².

Fora do Velho Mundo, mas influenciado pelos movimentos ocorridos neste, a partir do século XVIII os Estados Unidos da América realizou atos de protesto desafiando a Coroa inglesa, entre os quais podemos citar os episódios conhecidos como o *Stamp Act*³, de 1765, o Massacre de Boston⁴, em 1770, e o *Boston Tea Party*⁵, em 1773. (BARROSO, 2015, p. 39). Na época, os movimentos ocorridos nos Estados Unidos da América visou limitar o aumento arbitrário dos tributos que a guerra franco-inglesa obrigou a coroa realizar.

Comparato (2013, p. 69) afirma que “o aumento do valor dos selos e racionalização do papel moeda trouxe retração econômica no território americano”, motivos apontados como fator determinante para que houvesse o levante contra a Metrópole britânica.

Após anos de revoltas do povo Norte Americano contra a coroa inglesa, em 4 de julho de 1776, foi assinada pelos membros do Congresso, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, sendo que, segundo Barroso (2015,p.40), “esse documento é considerado um marco na história das ideias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos”. Barroso (2015, p. 41) afirma que

¹Petição de liberdades.

² Documento elaborado pelo Parlamento inglês garantido liberdade aos súditos.

³ Lei do selo, a qual todos os documentos em circulação da colônia deveria receber selo da metrópole.

⁴ Incidente ocorrido em que militares britânicos mataram 5 civis.

⁵ Colonos atiram chás no mar de Boston.

a Constituição Norte Americana foi a primeira Constituição escrita do mundo, sendo um marco histórico, símbolo da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (rule of the law).

Na França, mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. (BARROSO, 2015, p. 42). Foi na Revolução Francesa, após a queda da Bastilha, que restou consagrada a liberdade, igualdade e fraternidade dentro da sociedade francesa, derrubando o antigo regime monárquico e estamental, atribuindo direitos ao povo e impondo limites aos governantes, nos exatos termos da lei.

Com estes movimentos históricos, houve uma crença desenfreada no império da Lei, com a qual acreditava-se que a previsão normativa de determinado direito era suficiente para garantir na prática a sua eficácia plena e a limitar o poder.

Contudo, fatos históricos ocorridos durante o século XX demonstraram que a Lei muitas vezes pode ser utilizada com fins diversos para o qual foi criada. Isso ocorreu com o holocausto na Segunda Grande Guerra, no qual, sob o domínio e escudo da Lei, inúmeros direitos foram violados pelo Estado Alemão, sob o manto do próprio direito, embora soe como contraditória. Tal constatação ficou evidente com o julgamento de Nuremberg, cujo principal argumento de defesa dos Generais foi a de que estavam agindo conforme a Lei Alemã.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, nasce o novo movimento Constitucionalista, denominado Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo, nomenclatura que sofre inúmeras críticas, eis que há quem diga que não se trata de movimento novo, mas apenas adaptação dos movimentos já ocorridos.

Críticas à parte, o que há de se destacar é a importância que o Neoconstitucionalismo traz para a sociedade contemporânea, sobretudo na aplicação dos princípios e direitos fundamentais para, de uma vez por todas, concretizar e limitar o uso do poder abusivo pelo Estado, pleito que foi e é buscado constantemente por todas as sociedades e em todos os tempos.

A interpretação do tudo ou nada com o uso das regras não mais é aceitável na sociedade pós Segunda Guerra, devendo, em determinados casos, ser aplicados aos fatos sociais os princípios constitucionais e garantir direitos fundamentais ao povo, a fim de evitar os abusos outrora ocorridos. Para Neto (2013, p. 151), o Neoconstitucionalismo possui as seguintes características:

a) opõe-se energicamente ao positivismo jurídico; b) apresenta proposta de hermenêutica constitucional com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação; c) defende a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; d) entende o direito como instrumento de transformação da realidade física, em vez de se converter em simples reproduzidor dessa realidade.

Com o Neoconstitucionalismo há maior aplicação principiológica do direito, conferindo carga normativa aos princípios, bem como, há a constitucionalização dos direitos fundamentais, preocupando-se, a partir de então, com a efetividade de tais direitos previstos na Constituição Federal.

A previsão Constitucional dos Direitos Fundamentais deve ser verdadeira, como defendido por José Roberto Dromi no Constitucionalismo do por vir, sendo que na Constituição deve-se evitar previsões impossíveis de ser aplicada (LAZARI, 2016, p. 50).

Os inúmeros movimentos do Constitucionalismo sempre tiveram de um lado a limitação do poder e do outro a criação de direitos para o povo de determinada época. Do mesmo modo que em outras épocas a limitação do poder foi direcionada ao monarca ou a criação de direitos a determinada classe social, positivando tais direitos de tal modo que sejam respeitados. Os problemas da sociedade atual é quanto a limitação da própria Lei-Regra que muitas vezes colidem com os princípios constitucionais ou direitos fundamentais, bem a problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais (individual e social), para que a previsão constitucional não seja apenas uma folha de papel, como dito por Lassalle (2006, p. 20).

3. Os Direitos Fundamentais

Epistemologicamente, abordagens específicas e previamente delimitadas requerem, minimamente, uma definição semântica a respeito do objeto ao qual se propõe a análise. A precisão terminológica torna-se importante para que se saiba exatamente de que lugar e a partir de quais recortes teóricos e metodológicos o tema será discutido.

Em relação aos direitos fundamentais, observa-se que se por um lado tem-se discutido recorrentemente a seu respeito – o que em hipótese alguma, por si só, retira a atualidade e a necessidade da abordagem do tema – por outro, constata-se que nem sempre há clareza em relação às escolhas lexicais utilizadas para se fazer referência a essa categoria de direitos. Assim, as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais têm sido utilizadas como sinônimos ao referirem-se a um grupo de direitos cuja titularidade repousa no próprio homem. A esse respeito, José Afonso da Silva (2003, p. 175) aponta que

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

É nesse sentido que Canotilho (1992, p. 391) exemplifica que são comuns e reiterados os usos das expressões direitos do homem e direitos fundamentais como sinônimos e esclarece, que enquanto os direitos do homem possuem caráter mais universal e estão desvinculados de um determinado território e também de um recorte temporal, os direitos fundamentais vinculam-se, necessariamente, a uma realidade jurídico-institucional e, por essa razão, estão delimitados dentro de um espaço e tempo definidos. O que significa dizer, para ele, que enquanto os direitos do homem são direitos assegurados a qualquer pessoa, independente de lugar e tempo, os direitos fundamentais estão vinculados a uma determinada ordem jurídica.

Ao discutir a fundamentação dos direitos humanos, Norberto Bobbio (2004) destaca que a emergente necessidade de se reconhecer os direitos humanos como valores indisponíveis afasta a necessidade de fundamentá-los e afirma: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-lo, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 2004, p. 43).

Ainda que se coloque a necessidade de defesa dos direitos humanos em lugar privilegiado em relação à sua fundamentação, essa escolha, por si só, aproxima-se de uma fundamentação propriamente dita, a que elege a necessidade de proteção desses direitos em âmbito político. O fato é que a compreensão acerca do que constituem essa categoria de direitos torna-se relevante, sobretudo quando colocadas em discussões questões como sua fundamentalidade, sua efetividade e uma eventual classificação de direitos e garantias que possam ser considerados fundamentais. É nesse sentido que a escolha realizada por BOBBIO (2004, p. 43), vincula diretamente os direitos dos homens também à proteção estatal.

Imprecisões terminológicas não constituem, *de per se*, necessariamente um problema, ao menos no campo da compreensão do alcance dos direitos fundamentais e na busca pela sua efetividade. O problema surge quando, a partir de uma classificação teórica ou metodológica ou de uma imprecisão terminológica, seu alcance e sua efetividade são limitados, de maneira que “as várias expressões adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, (...) o emprego de uma expressão pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos”. (DIMITRI, MARTINS, 2014, p.39). Torna-se relevante, portanto, a escolha lexical sob a qual recai a identificação dos direitos ora

analisados, sobretudo porque, como vimos, essas escolhas não são destituídas de elementos políticos que podem ser utilizados tanto de maneira favorável ou contrária à tutela desses direitos. Por essa razão, nossa opção recai sob a expressão direitos fundamentais, a qual propomos compreender seus elementos conceituais e constitutivos.

Nesse mesmo sentido, SILVA (2003, p. 178) destaca que a expressão direitos fundamentais consiste a escolha lexical mais adequada para a abordagem desse grupo de direitos, assim, para ele

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível de direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Uma possibilidade de compreender os direitos fundamentais de forma mais precisa poderia ser iniciada pela sua própria origem, o que nos levaria a uma tentativa de resgatar o contexto histórico e social que culminou na necessidade de se estabelecer direitos aos homens em face do próprio Estado, reconhecendo, necessariamente a influência da Revolução Americana (1776) e da Revolução Francesa (1889) como marcos históricos definidores do início de um processo de reconhecimento do homem como sujeito de direitos, mas sobretudo pela luta e pelo anseio à liberdade, característica primordial desses dois processos, sem prejuízos de outros e respeitadas as particularidades e as finalidades de cada um desses dois movimentos.

Entre os efeitos que se destacam a partir do término dessas revoluções está a origem do constitucionalismo moderno. O texto constitucional passa a materializar questões extremamente caras àquelas nações, como a definição e limitação de poderes. Dessa forma,

(...) na transição para a sociedade moderna, abre-se uma nova constelação semântica, no âmbito de qual a Constituição é conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder. Em contraposição ao caráter apenas modificador do poder, casuístico e particular dos pactos de poder, surge, no quadro das revoluções burguesas dos fins do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função constituinte de poder, abrangente e universal da Constituição. (NEVES, 2011, p. 57).

Indubitavelmente, as relações entre poder constituinte e poder constituído são ressignificadas a partir da origem das constituições que, para além da limitação do poder, também reforça a necessidade de se reconhecer e afirmar a existência de direitos dos quais o

homem seria o titular, sobretudo, nesse primeiro momento, o direito de liberdade, como marca característica desse período. É dessa forma que o constitucionalismo é compreendido como uma teoria que estabelece o governo limitado como um princípio a serviço da garantia dos direitos, bem como elemento estruturante que organiza política e socialmente uma comunidade (CANOTILHO, 1992, p.47).

Posteriormente, caminha-se para o reconhecimento de outros direitos e garantias. Passa-se de um constitucionalismo mais liberal para um constitucionalismo social, cujas linhas mestras voltam-se para a necessidade de atribuir materialidade à igualdade formal de outrora, assim, outros direitos relacionados à igualdade material são estabelecidos em sede constitucional (BARROSO, 2013).

Esse movimento se fortalece, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial. As atrocidades cometidas nesse período sinalizaram para a necessidade de os Estados, internacionalmente reconhecidos, estabelecerem direitos como limites à atuação do poder estatal, o que conduz à criação da Organização das Nações Unidas em 26 de junho de 1945, que posteriormente proclamaria que

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito a segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Além do reconhecimento de direitos operado pelo constitucionalismo após esse período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), outra possibilidade de compreensão dos direitos fundamentais poderia ser encontrada no próprio percurso que esse grupo de direitos tem realizado ao longo da história da humanidade. É nesse sentido que se tem denominado ou classificado esses direitos em dimensões (SARLET, 2004, p. 55; BONAVIDES, 2002, p. 515).

Assim, seria possível uma tentativa de compreensão dos direitos fundamentais a partir de dimensões, de maneira que poderiam ser analisados os direitos de primeira dimensão, notadamente aquele grupo de direitos marcados pela liberdade e igualdade, os direitos de segunda dimensão, cujas marcas características remontam aos direitos sociais, principalmente a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, reconhecidas como marcos originários dessa categoria de direitos, e assim poderíamos fazê-lo com os direitos de terceira e quarta dimensões, respeitadas as devidas divergências teóricas e doutrinárias sobre a matéria. No entanto, esses aspectos, em que pese sua relevância, não serão aqui abordados, já que não se pretende esgotar o tema dos direitos fundamentais que, inclusive, como já vimos, pode ser abordado sob inúmeros aspectos.

Objetivamos, tão somente, criar condições que permitam uma reflexão sobre os direitos fundamentais, mais especificamente, sobre o que constituem esse grupo de direitos, sem necessariamente optarmos por uma ou outra classificação.

De fato, as definições terminológicas acerca dos direitos fundamentais, bem como sua fundamentação justificam-se de maneira mais coerente quando atreladas à sua própria efetividade e ao seu alcance, o que para Bobbio, como vimos, dar-se-ia mais por meio de sua proteção do que pela sua fundamentação.

Uma conceituação dos direitos fundamentais passa necessariamente pelos pontos que ligam os titulares desses direitos ao Estado, de forma que os direitos fundamentais também cumprem sua função de legitimadores de um Estado Democrático de Direito. A esse respeito, HESSE (2001, p.89) destaca que

A liberdade do indivíduo só pode dar-se em uma comunidade livre; e vice-versa, esta liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na sociedade publicamente constituída como comunidade. Estas circunstâncias revelam a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais: garantem não apenas os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído através dos ditos direitos e de seu ordenamento.

É essa função dos direitos fundamentais que os tornam elementos balizadores da vida em sociedade e também revelam sua natureza fundante para outros direitos. Dessa maneira, os direitos fundamentais têm sido compreendidos como um grupo de direitos que se revestem de verdadeiros fundamentos a outros direitos, de forma que sem a existência deles, outros direitos não poderiam ser exercidos. (SALGADO, 1996, p. 16).

Essas linhas que vinculam os direitos fundamentais, cuja natureza é subjetiva, ao Estado é outro elemento fundamental para sua caracterização, daí a necessidade de serem abordados também a partir de seu elemento normativo, permitindo defini-los como “direitos público-subjetivos de pessoas (...), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. (DIMITRI, MARTINS, 2014, p.41).

Assim, essa característica normativa dos direitos fundamentais nos apresenta outro elemento importante para a compreensão de sua natureza: a necessidade de estarem reconhecidos, de maneira positivada, pelo Estado. Nesse sentido, tem-se defendido a ideia de impossibilidade de existência de direitos fundamentais que não estejam positivados (ALVES,

DINIZ, OLIVEIRA, 2016, p. 205). A positivação dos direitos fundamentais torna-se causa necessária para sua própria existência de maneira que “sem esse reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico”. (DIMITRI, MARTINS, 2014, p.45).

A fundamentalidade desse grupo de direitos, como vimos, também é reconhecida por meio de sua positivação, que estende a todos os indivíduos a possibilidade de exercê-los. Dessa forma, tem-se que eles podem ser tomados como instrumentos para uma vida com dignidade. Nesse sentido, compreende-se que “o seu núcleo memorial é a dignidade humana, pois foram projetados e estabelecidos ao longo das diversas atrocidades contra a algum grupo seres humanos”. (MASSAÚ, 2015, p. 194).

De fato, caminha-se para o entendimento da necessidade de os direitos fundamentais serem positivados, sob pena de não serem efetivamente tutelados ou terem seu exercício limitado. Em que pese sua característica normativo-positiva, cumpre-nos ressaltar que em razão do núcleo dos direitos fundamentais consistir na promoção da dignidade humana, deverão ser considerados como fundamentais outros princípios que também concorram a esse fim, principalmente em função de uma hermenêutica constitucional pautada no postulado da dignidade humana. É dessa forma que o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela existência implícita de direitos e princípios que orientam para a expansão dos direitos fundamentais:

O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. (BRASIL, 2011).

Pelo percurso até aqui realizado, verifica-se que os direitos fundamentais têm sido compreendidos como um grupo de direitos que têm origem na necessidade de estabelecer limites à atuação do Estado, razão pela qual demandam força normativa para sua tutela e efetividade – daí falarmos, necessariamente, em direitos fundamentais positivados.

Além disso, têm no princípio da dignidade humana sua pedra fundamental, do que decorre que esses direitos devem contribuir materialmente para que todos seus titulares tenham condições de viver com dignidade, que tenham acesso aos bens da vida de forma plena e consigam superar as limitações impostas pelas crescentes desigualdades socioeconômicas que têm colocado a efetividade dos direitos fundamentais à prova.

Também têm a função de evidenciar a concepção de mundo e de Estado subjacentes, sobretudo porque exigem a passagem de garantias formais à concretização de garantias materiais a todos, o que também define seu caráter de direitos públicos. Por fim, caracterizam-se também como direitos subjetivos, o que nos remete à necessidade de discutirmos a respeito da titularidade dos direitos fundamentais.

4. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Definir os direitos fundamentais, de alguma forma, é também – e principalmente – pensar nos espaços que eles ocupam no ordenamento jurídico, discussão que se fortalece, sobretudo em uma época de fortes movimentos nacionalistas, que têm sinalizado para o fechamento de vários Estados em si mesmos, o que poderia nos conduzir à outra discussão a respeito da existência e efetividade dos direitos fundamentais em um cenário de incertezas como o atual.

Especificamente em relação ao Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais traduz expressamente a vontade do Poder Constituinte Originário em posicionar essa categoria de direitos como normas de eficácia imediata, é dessa maneira que no artigo 5º, § 1º, temos que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Desse posicionamento decorre a relevância e a posição de prevalência desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, porque ao defini-los como normas de aplicação imediata, afasta-se, necessariamente, a necessidade de outras normas que os regulamentem ou que lhes conceda eficácia e, conseqüentemente, afastam-se também interesses ou intervenções que, em certa medida, poderiam limitar o exercício desses direitos pelos seus titulares.

O título II da Constituição Federal de 1988, destinado aos direitos e garantias fundamentais, compõe-se de cinco capítulos que tratam, respectivamente, dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos. Como dissemos acima, essa característica de positivação dos direitos fundamentais, se por um lado mostra-se como elemento limitador à ação do Estado, por outro, configura-se como expressa garantia à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais aos seus titulares, ao possibilitar que sejam reclamados titularizados imediatamente e independentemente de regulações futuras.

De fato, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido a necessidade e a importância de extensiva positivação dos direitos fundamentais, suas definições configuram rol

meramente exemplificativo – sem retirar o mérito da classificação – o que se deve no fato de a própria Constituição também ter reconhecido, no § 2º, que esses direitos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesses mesmo sentido, temos que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 acrescentou o parágrafo 3º e dispôs 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”.

Por essa razão, das disposições constitucionais é possível depreendermos que os direitos e garantias fundamentais expressos, bem como aqueles que, na forma da Constituição Federal, equiparam-se a eles, como os tratados e convenções internacionais que forem aprovados na forma da Constituição são normas que amplamente destinam-se a resguardar a vida do homem de todas as ações que tentem interferir em sua dignidade ou diminuí-la.

Dessa forma, esse grupo de direitos configura-se como garantias, espécies de instrumentos ou ferramentas das quais seus titulares de valem para exercer cada um daqueles direitos, daquelas prerrogativas que ao elegerem o homem como titular, elegeu também o princípio da dignidade humana como ponto norteador da Constituição Federal, mas também, como ponto balizador das relações que se estabelecem entre o Estado e seus cidadãos.

5. Conclusão

A pesquisa realizada permitiu identificar o Constitucionalismo como um momento histórico que encontra em movimentos sociais suas raízes, notadamente, esses movimentos contribuíram para que o homem pudesse ser reconhecido como titular de direitos, o que acontece posteriormente por meio da positivação dos direitos fundamentais.

Além disso, esse movimento denominado Constitucionalismo também é reconhecido pela consolidação de direitos na construção de um Estado Democrático e, dessa maneira, como um limitador às próprias ações do Estado.

Tornou-se possível verificar que a limitação do poder estatal e o estabelecimento de direitos ao homem são marcas características desse movimento, ainda que sem diante de um texto constitucional propriamente dito, mas sempre como uma garantia ao homem em face do Estado.

Dessa maneira, na segunda parte deste trabalho realizou-se uma abordagem a respeito dos direitos fundamentais enquanto direitos titularizados aos homens e assegurados em textos

constitucionais e, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, abordou-se inicialmente a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, esclarecendo que enquanto aqueles são geralmente compreendidos como direitos que extrapolam os limites e as fronteiras de um determinado Estado-nação, estes são direitos assegurados no âmbito específico de cada Estado e, ainda que tenham sua aplicabilidade também estendida aos estrangeiros, como é o caso da Constituição Federal do Brasil, destinam-se aos cidadãos de determinado Estado.

Além dessa distinção, observou-se que tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais elegem o homem como seu titular. Nesse sentido, a pesquisa evidenciou que comumente são tomados os termos como direitos humanos, direitos fundamentais ou direitos do homem como sinônimos. No entanto, esclareceu-se que a definição semântica pode constituir-se de relevância à medida que determinada escolha lexical pode ser um ampliador ou um restritivo do exercício de um grupo de direitos.

A partir da análise realizada, reconheceu-se que os direitos fundamentais são abordados como uma categoria de direitos que, ao impor limites à atuação do próprio Estado, demandam, necessariamente, força normativa para sua efetivação. Essa característica de positivação de direitos é um dos seus elementos caracterizadores dos direitos fundamentais, haja vista a dificuldade semântica e doutrinária em admitir a existência de direitos fundamentais que não estejam positivados.

Referências

ALVES, Fernando de Brito; DINIZ, Lucas Thainan Mendes; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Direitos Fundamentais: uma abordagem histórica, conceitual e problematizadora. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº15, mai.-ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo Saraiva, 2015.

BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES. Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR. Recurso Extraordinário 477.554. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16.08.2011/ Publicado no DJe-164 em 26.08.2011).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do processo. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. (org.). Manual de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma constituição. eBooksLibres: São Paulo, 2006.

LAZARI, Rafael de. Hermenêutica Constitucional: desafios para uma interpretação efetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOEWEINSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*. Barcelona: Edicione Ariel, 1996.

MASSAU, Guilherme Camargo. Prelúdio de uma teoria da memória constitucional em prol dos direitos fundamentais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 183-200,

ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/443>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Curso de Direito Constitucional. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 82, p. 15-69, 1996.

SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SILVA. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.