

MARIA TEREZA COELHO BRANDÃO

**TEORIA GERAL DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS
DESENVOLVIMENTO TEÓRICO E DOUTRINÁRIO**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AMAPARENSE – UNIFIA
Especialização em Direito Público**

**São Paulo
Abril de 2009**

MARIA TEREZA COELHO BRANDÃO

**TEORIA GERAL DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS
DESENVOLVIMENTO TEÓRICO E DOUTRINÁRIO**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AMAPARENSE – UNIFIA
Especialização em Direito Público**

**São Paulo
2009**

**TEORIA GERAL DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS
DESENVOLVIMENTO TEÓRICO E DOUTRINÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Público, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Público pelo CENTRO INVERSITÁRIO AMAPRENSE – UNIFIA.

São Paulo
Abril de 2009

DEDICATÓRIA

Senhor,
Fazei de mim um instrumento de vossa paz!
Onde houver ódio, que eu leve o amor;
Onde houver ofensa, que eu leve o perdão;
Onde houver discórdia, que eu leve a união;
Onde houver dúvidas, que eu leve a fé.
Onde houver erro, que eu leve a verdade;
Onde houver desespero, que eu leve a
esperança.
Onde houver tristeza, que eu leve a alegria;
Onde houver trevas, que eu leve a luz.
Ó Mestre,
Fazei com que eu procure mais consolar que
ser consolado,
Compreender que ser compreendido,
Amar que ser amado.
Pois é dando que se recebe, perdoando que
se é perdoado,
é morrendo que se vive para a vida eterna!

Oração de São Francisco de Assis

AGRADECIMENTOS

Em memória dos meus queridos pais Fernando e Waldelice, pelo exemplo, Sacrifício, dedicação e orientação.

Aos meus amados filhos Mariana e Rodrigo Pelo incentivo, compreensão e carinho, por tudo.

Aos Professores Mestres e Doutores da Federal Concursos pelos ensinamentos que tanto me enriqueceram no campo do direito Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS INDIVIDUAIS	
1.1. Conceito de Direito Individual	10
1.2. A Teoria das Gerações de Direitos	11
1.3. Os Direitos de Primeira Geração	12
1.4. Os Direitos de Segunda Geração	12
1.5. Os Direitos de Terceira Geração.....	13
1.6. Os Direitos de Quarta Geração	15
1.7. As Críticas à Teoria das Gerações de Direitos	16
1. 8. A Teoria das Dimensões de Direitos.....	17
CAPÍTULO 2 - DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	
2.1. Distinção entre Direito Individual e Direito Fundamental... ..	21
2.2. Os Direitos Individuais são Fundamentais?.....	24
2.3. Origem Histórica e Evolução dos Direitos Fundamentais	24
2.4. Distinção entre Direito Fundamental e Garantia Fundamenta.....	28
2.5. Direitos Fundamentais e Princípios	29
2.6. Princípios Fundamentais e Princípios Constitucionais	32
2.7. Direitos Fundamentais e Postulados	34
CAPÍTULO 3 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
3.1. Características dos Direitos Fundamentais.....	37
3.2. Aplicabilidade e Eficácia dos Direitos Fundamentais	39
3.3. Função dos Direitos Fundamentais	41
3.4. Destinatários dos Direitos Fundamentais	42
3.5. Imutabilidade dos Direitos Fundamentais	45
3.6. A Questão da Interpretação dos Direitos Fundamentais	47
3.7. Interpretação Tópica dos Direitos Fundamentais	51
3.8. Interpretação Sistemática dos Direitos Fundamentais	51
3.9. Interpretação Constitucional dos Direitos Fundamentais	54

CAPÍTULO 4 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO COMPARADO

4.1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Norte Americana	66
4.2. Os Direitos Fundamentais na Constituição Italiana	68
4.3. Os Direitos Fundamentais na Constituição Alemã.....	70
4.4. Os Direitos Fundamentais na Constituição Francesa	73
4.5. Os Direitos Fundamentais na Constituição Espanhola	75
4.6. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa	77
4.7. Os Direitos Fundamentais em outras Constituições	78
CONCLUSÃO	82
BIBLIOGRAFIA.....	85

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva mostrar um panorama acerca dos aspectos mais importantes dos Direitos Fundamentais por meio da visão doutrinária e da sua teoria geral.

Assim, apesar da amplitude do tema, buscou-se condensar o estudo em assuntos relevantes como a sua história, evolução, algumas formas de interpretação, direito comparado, aplicação e outras características inerentes aos Direitos Fundamentais.

O texto constitucional brasileiro traz os Direitos Fundamentais em seu Título II, em especial, no extenso rol do artigo 5º que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos. Contudo, não será abordado neste estudo nenhum direito específico, mas sim suas peculiaridades como um todo.

Os Direitos Fundamentais constituem o corolário da evolução jurídica de proteção da figura humana cuja concepção é produto da fusão de várias fontes, como por exemplo, as tradições das antigas civilizações, a evolução do pensamento jurídico filosófico e o próprio desenvolvimento do direito natural.

Os valores principais dos Direitos Fundamentais estão voltados para o bem estar do homem como indivíduo detentor de direitos, seja dentro da coletividade e realidade social que habita, seja nas relações internacionais e na própria relação homem-planeta.

Em virtude da globalização da economia, da política, das relações jurídicas e das relações diplomáticas, os Direitos Fundamentais atravessaram as fronteiras da soberania de cada nação tomando-se internacionalmente reconhecidos.

Outro aspecto relevante é a íntima relação entre os Direitos Fundamentais com os Direitos Humanos, muitas vezes, inclusive, utilizados como expressões sinônimas. Atualmente, são figuras indissociáveis para o estudo do tema.

Com relação aos dispositivos constitucionais acerca dos Direitos Fundamentais, frisa-se a importância de uma boa interpretação no tocante à sua extensão, eficácia e aplicabilidade para o melhor aproveitamento da norma, que segundo a doutrina, possui caráter absoluto e supra-legal com relação aos demais direitos devido a sua peculiar natureza jurídica.

A doutrina possui preferência pela forma sistemática e harmônica, sempre buscando o equilíbrio entre os dispositivos colocados em contraposição, seja dentro do próprio texto da Constituição pátria, seja com relação às normas internacionais. O intuito final, contudo, é sempre preservar e prestigiar o maior alcance e efetividade possível do Direito Fundamental.

Com relação à apresentação deste estudo, em breve síntese, passa-se a dedicar algumas linhas a respeito de cada capítulo.

O capítulo primeiro se inicia com a abordagem do direito individual, partindo-se de seu conceito. No desenvolver deste capítulo, passa-se pela teoria das gerações de direitos até se chegar na questão do direito fundamental.

No capítulo segundo, faz-se um estudo introdutório acerca dos direitos fundamentais, suscitando-se a questão das discussões doutrinárias a respeito de sua diferenciação com relação aos direitos individuais, a sua origem histórica, a sua evolução e os seus princípios formadores.

No capítulo terceiro, buscou-se tratar de aspectos específicos dos direitos fundamentais tais como: suas peculiaridades e características, suas funções dentro

da estrutura normativa, seus destinatários, sua aplicabilidade, sua eficácia, o seu caráter imutável e algumas formas de sua interpretação.

No capítulo quarto, a título de curiosidade e para enriquecimento do trabalho, traz-se o direito comparado. Demonstra-se a previsão legal dos direitos fundamentais nas Constituições Norte Americana, Italiana, Alemã, Francesa, Espanhola, Portuguesa e outras cartas constitucionais estrangeiras.

CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

1.1. Conceito de Direito Individual

Num primeiro momento, basta o conceito genérico do Direito como a ciência que disciplina as relações do homem em sociedade. Neste sentido, Plácido e Silva (2004:461) dá a seguinte conceituação sobre o Direito:

“Entende-se por Direito o complexo orgânico, de que derivam todas as normas e obrigações, para serem cumpridas pelos homens, compondo o conjunto de deveres, aos quais não podem fugir, sem que sintam a ação coercitiva da força social organizada. Em seu sentido objetivo, propriamente derivado do *directum* latino, o Direito, constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do home, vivendo em sociedade. Em seu sentido didático, é compreendido como a ciência que estuda as regras obrigatórias, que presidem as relações dos homens em sociedade, encaradas não somente sob seu ponto de vista legal, como sob o seu ponto de vista doutrinário. Em tal acepção, é o Direito subordinado a titulações várias, consoante a natureza da soma de fenômenos jurídicos compendiados em cada disciplina.”

A definição de Direito, em si mesma, é extremamente ampla, por isso deve-se buscar sempre o seu conceito como ciência. Contudo, torna-se cada vez mais fácil se encontrar uma definição mais precisa na medida em que os conceitos vão sendo restringidos. Assim, do conceito geral de Direito, extrai-se, por conseqüência, uma definição para o Direito individual. De acordo, ainda, com Plácido e Silva (2004:471), o Direito Individual, objeto de presente estudo, é aquele “referente ao indivíduo e assegurado nos aspectos dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade e aos meios necessários a preservá-los.”

José Afonso da Silva (2007:191) concebe o seu entendimento da seguinte maneira:

“Então, concebêmo-los como direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa,especialmente) costuma englobá-los na concepção de liberdade-autonomia.”

1.2. A Teoria das Gerações de Direitos

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 preocupou-se fundamentalmente com quatro ordens de direitos individuais, conforme assevera Celso Ribeiro Bastos (1998:174/175):

“Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.”

Do mesmo modo, o pensador italiano Norberto Bobbio (1992:34) diz que:

“A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século xx: É a síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”.

Complementando o seu pensamento, Bobbio ainda explica que sem o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem não há democracia e sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Também tece considerações no tocante às transformações e ampliações dos direitos, visto que, segundo ele, basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver o quanto se ampliou a lista dos direitos. Por fim, Bobbio (1992:32) cita Hobbes dizendo que este reconhecia apenas o direito à vida, e complementa:

“Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais, concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia, tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de

novas exigências, podemos mesmo dizer de novos valores, como os de bem-estar e da liberdade através ou por meio do Estado. "

No entanto, a doutrina atual já fala em direitos de quarta geração, referentes aos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como por exemplo, o direito à autodeterminação, o direito à preservação do patrimônio comum e histórico da humanidade, o direito a um meio ambiente equilibrado e saudável para as futuras gerações, o direito à paz e ao desenvolvimento, dentre outros.

Os direitos individuais, pela sua transcendência, já extrapolaram os limites de cada Estado para se tomar uma questão de interesse internacional, e a via escolhida tem sido a da proclamação de direitos de âmbito transnacional. Analise-se, a partir de agora, cada geração de direito em seus aspectos principais.

1.3. Os Direitos de Primeira Geração

A primeira geração de direitos dominou o século XIX e traduz-se principalmente nos direitos ligados às liberdades individuais: são os Direitos Cíveis e Políticos. São oponíveis ao Estado constituindo-se como faculdades ou atributos da pessoa humana, tendo como titular o próprio indivíduo cuja ostentação e subjetividade são seus traços marcantes. Os aspectos preponderantes dos direitos de primeira geração são: o caráter de oponibilidade e resistência face ao Estado funcionando como um limitador do poder estatal e a titularidade do indivíduo.

1.4. Os Direitos de Segunda Geração

A segunda geração de direitos foi inicialmente objeto de formulação especulativa no campo político e filosófico, visto que, possuía grande cunho ideológico.

Tais direitos dominaram o século XX, assim como os de primeira geração dominaram o século XIX. Tiveram como nascedouro as reflexões ideológicas e o pensamento antiliberal desse século.

Proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também na Constituição Alemã de Weimar, os direitos de segunda geração

exerceram papel preponderante nas formulações constitucionais após a segunda guerra mundial.

Buscando como base e fonte de inspiração o princípio da igualdade, os direitos de segunda geração são, em si mesmos, os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos. Pode-se dizer que, num primeiro momento, foram inseridos nas Constituições dos Estados socialistas.

Quando os direitos sociais foram declarados, houve a exigência dos Estados adeptos a se submeterem a determinadas prestações consideradas impossíveis de concretização naquele momento histórico. Desse modo, a juridicidade dos direitos de segunda geração foi questionada, gerando assim, diretrizes ou o que a doutrina chamou de normas programáticas.

Quanto aos direitos de segunda geração, salienta Paulo Bonavides (2005:564/565)

"... atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. "

1.5. Os Direitos de Terceira Geração

A maioria da doutrina contemporânea divide o mundo atual em três blocos distintos. No primeiro bloco estariam localizados os países considerados desenvolvidos. No segundo bloco, a doutrina se refere aos países em busca do desenvolvimento, ou seja, aqueles países que estão em ascensão política e econômica perante o contexto mundial, como o caso do Brasil. Por fim, no terceiro bloco estariam os países subdesenvolvidos.

Apesar de ser considerado um critério extremamente subjetivo, pois, muitas vezes, não se sabe certamente qual os parâmetros utilizados para tal classificação, foi o que tomou mais fácil a percepção da desigualdade existente entre as nações.

As grandes guerras mundiais tiveram causas catastróficas para a humanidade e seus reflexos deixaram resquícios até os dias atuais. Milhares de pessoas morreram, houve gastos vultosos com armamento bélico, houve fome e doença por várias partes do mundo. Até hoje nascem crianças deformadas, portadoras dos efeitos nucleares devastadores, reflexo da irradiação, e, acima de tudo, fruto da intolerância e egoísmo de alguns líderes políticos responsáveis por tais eventos. Contudo, apesar de toda a evolução tecnológica, do desarmamento gradativo das "superpotências", da constante realização de tratados de paz e de Direitos humanos, do surgimento de organismos internacionais como a ONU, ainda assim, pode-se ver países com doenças há tempos erradicada, pobreza, fome e condições de miserabilidade humana. Cita-se como exemplo alguns países do continente africano e asiático. Nesse contexto todo, os países desenvolvidos, muitas vezes, com suas tecnologias de ponta, ameaçam até mesmo a existência da própria humanidade.

Então, diante deste quadro, o homem finalmente resolveu colocar a mão na consciência e desenvolver idéias para combater tais situações. Eis que surgem os direitos de terceira geração: a fraternidade, a solidariedade e a auto ajuda entre os povos. Identificam-se com o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Com relação a terceira geração de direitos, Norberto Bobbio tece comentários, citando inclusive Celso Lafer, no sentido de que são, sobretudo, direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim, grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade.

Paulo Bonavides (2005:570), cita a lição de Etienne Mbaya que reconhece os direitos de terceira geração da solidariedade e fraternidade como gênero. Ainda respalda tal entendimento no sentido de que os direitos de terceira geração se desenvolvem e se expressam por meio das seguintes maneiras:

"1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); 2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive co-auxílio técnico aos

países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits); 3. Uma coordenação sistemática de política econômica."

1.6. Os Direitos de Quarta Geração

Como pressuposta da construção doutrinária dos direitos de quarta geração foi levado em consideração temas como a democracia e a globalização (não só na esfera política e econômica, como também na esfera jurídica). Assim, o entendimento dominante acentua-se na idéia de que os direitos de quarta geração correspondem à fase de institucionalização do Estado social, ou seja; consistem no direito à democracia, direito à informação e ó direito ao pluralismo. Também se fala em direitos difusos e coletivos, aos quais o interesse é geral.

Enquanto prevalecer o entendimento de que a democracia também contribui como fruto dos direitos de quarta geração, deve-se ter em mente a seguinte idéia: uma democracia mais madura somente é possível em virtude dos avanços tecnológicos como o rápido acesso às informações (telecomunicações e internet). Assim ela deve ser sustentada legitimamente pela informação correta causando a abertura do sistema jurídico-político mundial. Oportuno também lembrar de que esta democracia deve ser isenta, livre das contaminações, vícios e perversões corriqueiramente geradas por manipulações dos modernos meios de comunicação.

Com relação aos direito de quarta geração, Paulo Bonavides (2005:572) tece as seguintes considerações:

"Os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem - sem, todavia, remove-la - a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. "

Assim, os direitos de segunda, terceira e quarta geração se completam e interagem entre si, concretizando todo um sistema de tutela dos mais diversos direitos, sejam eles individuais ou coletivos, ocasionando uma "globalização político-jurídica" cuja força alavanca os valores mais relevantes da humanidade.

A criação da teoria da geração dos direitos demonstra não só o avanço da doutrina mundial, mas também um amadurecimento jurídico com relação aos problemas que assombram o mundo contemporâneo.

1.7. As Críticas à Teoria das Gerações de Direitos

Devido à complexidade da doutrina na construção jurídica das gerações de direitos, há discussões acirradas quanto à sua classificação e terminologia. Há estudiosos que entendem como equivocado o uso da expressão "geração de direitos".

Os direitos individuais, sejam fundamentais ou não, são estudados e concebidos das mais diferentes formas. Dentre essas formas, há quem os estude dividindo-os em dimensões como Robert Alexy, Konrad Hesse e Willis Santiago Guerra Filho, ou, sob a forma de gerações como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e outros doutrinadores.

Segundo a doutrina de Willis Santiago Guerra Filho, a melhor forma de estudar e classificar os direitos fundamentais é por meio de dimensões. Assim, este autor sustenta que (2005:46/47):

"Falar em dimensões é melhor do que gerações de direitos fundamentais, neste contexto não se justificam apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados numa geração quando aparecerem em 1ª ordem jurídica ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior. Por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental."

Apesar das assertivas, ora trazidas pela doutrina, pode-se concluir que independentemente da classificação adotada, há uma interação entre esses direitos sendo todos igualmente importantes.

1.8. A teoria das Dimensões de Direitos

Historicamente sempre houve discussões a respeito de qual seria a melhor classificação para os direitos. Do mesmo modo, surgiu paralelamente uma classificação conforme a dimensão ocupada pelos direitos no ordenamento jurídico.

Originariamente se tinha uma visão empírica dos direitos, pois a doutrina da época buscava as aptidões de tais direitos na produção dos seus efeitos no plano jurídico. Desta forma, situavam os direitos de cunho fundamental numa dimensão supra-positiva, ou seja, diversa daquela em que se situavam as demais normas jurídicas, especialmente com relação ao direito interno.

Segundo a visão de Hans Kelsen (2006:77/78), a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pela moral. Deste modo, a validade das normas jurídicas não corresponde à ordem moral, pois, não existe a obrigatoriedade de o direito se enquadrar dentro dos ditames impostos por esta (moral). A ciência do direito não tem a função de promover a legitimação do ordenamento jurídico pelas normas morais existentes, devendo assim, unicamente conhecê-lo e descrevê-lo de forma genérica, hipotética e abstrata.

Na visão de Miguel Reale (1994:119), o direito sob a ótica da teoria da tridimensionalidade, se concebe como uma ciência cultural, aspirando à realização de fins especificamente humanos. Portanto, tem como objeto um bem cultural sobre o qual haverá, necessariamente, uma análise valorativa.

Para Miguel Reale, deve-se extrair dos diversos sentidos da terminologia "direito" o seu verdadeiro aspecto normativo, ou seja: o direito como ordenamento e sua respectiva ciência; o seu aspecto fático; o seu aspecto axiológico (o direito como valor de justiça). Isto se aplica ao direito como um todo, inclusive, aos direitos fundamentais como será estudado a seguir. Tais aspectos, estudados sob este prisma, constituem a chamada *Teoria Tridimensional do Direito*, objeto de profundo estudo e apreciação pelo citado autor.

Para Reale, todo direito possui uma dimensão típica composta de alguns elementos. Assim, quando ocorre algum fenômeno jurídico consistente em um fato qualquer (seja humano ou da natureza; e sendo humano, seja ele econômico,

político ou social), a este fato é atribuído um valor, conferindo-lhe um significado próprio e determinado conforme a ação humana adotada. Há ainda, o elemento denominado norma que está intimamente ligado à valoração das condutas e se relaciona com os demais fatores do direito. A partir desses três elementos: fato, valor e norma, se tem o tríplice sustentáculo da *Teoria Tridimensional do Direito*.

Segundo Reale, tal teoria é de grande valia para todo direito, inclusive os fundamentais. Assim, os direitos individuais (fundamentais ou não) podem ser estudados com projeções multidimensionais. O modelo tridimensional pode ser visto como uma tentativa de conciliar três das principais correntes do pensamento jurídico: o positivismo normativista, o positivismo sociológico e o jusnaturalismo.

Além da teoria tridimensional, há outras teorias tentando buscar uma maior relevância para dos direitos fundamentais a fim de os tornarem cada vez mais importantes no ordenamento jurídico.

Para os positivistas adeptos da primeira corrente (positivismo normativista), os direitos fundamentais são faculdades outorgadas pela lei e por ela reguladas. Para os positivistas da segunda corrente (positivismo sociólogo), também chamados de realistas, os direitos fundamentais são normas e princípios abstratos que refletem a realidade vivida, ou seja, é fruto e resultado das lutas sociais e políticas para conquista de tais direitos. Por fim, para os jusnaturalistas, os direitos fundamentais são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à própria vontade do Estado.

Com relação as dimensões dos direitos fundamentais, a doutrina faz a seguinte classificação : a) dimensão analítica; b) dimensão empírica; c) dimensão normativa.

A primeira a ser analisada é a dimensão analítica na qual se tem um aperfeiçoamento conceitual utilizado na investigação e no trabalho de diferenciação entre as várias figuras e institutos jurídicos localizados em nossa estrutura normativa.

A dimensão denominada empírica toma como instrumento de estudo amostras palpáveis do direito, como determinadas manifestações concretas

(aplicação do direito ao caso concreto). Assim, tal dimensão se refere as leis e normas adotadas nos julgados e na própria jurisprudência.

A dimensão normativa, segundo a doutrina de Willis Santiago Guerra Filho (2005:42) é aquela:

"... em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada".

Com relação ao tema, Gilmar Ferreira Mendes (2002:152) ainda fala em dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais que, segundo ele:

"A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que é a que mais se afeiçoa às suas origens históricas e às suas finalidades mais próximas. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a' competências - em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhes as posições jurídicas."

Com relação a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o mesmo autor (2002:153) pondera que:

"A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais,

assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático."

CAPÍTULO 2 – DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Distinção entre Direito Individual e Direito Fundamental

Deixando de lado a discussão acerca da classificação dos direitos em gerações ou dimensões, e, tratando dos direitos fundamentais, assevera J.J. Gomes Canotilho (1998:359) que:

"As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídicos e institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal, os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta."

Conforme a própria lição do jurista português, emerge a idéia de que "os direitos do homem" tem caráter universal, enquanto os direitos individuais propriamente ditos são institucionalizados e podem ou não ser considerados fundamentais dependendo de sua natureza. Como se pode perceber, tal distinção gera confusão inclusive na doutrina.

Completando o seu pensamento anterior, Canotilho (1998:371) assevera ainda que:

"Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por exemplo o direito de cidadania, os direitos sobre a própria pessoa - direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade, os direitos distintivos da personalidade - direito à identidade pessoal, direito à informática e muitos dos direitos de liberdade - liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa".

No tocante ao tema, há ainda, doutrinadores que classificam os direitos fundamentais em: a) direitos fundamentais formalmente constitucionais; b) direitos fundamentais sem assento constitucional. Aliás, o próprio Canotilho (1998:372) possui entendimento nesse sentido ao afirma que:

"Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais."

Também cumpre lembrar que tais direitos, devido a sua importância, geram o que Canotilho chama de "funções dos direitos fundamentais", que segundo ele, seriam as funções de defesa e de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

Em face desta concepção dos direitos fundamentais, difundidos mundialmente, também se incorporaram às nossas Constituições. Dessa forma, dentro do Direito Constitucional Positivo, a Carta Magna pátria traz elencados em seu bojo os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

A primeira Constituição brasileira, conforme a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008:293), a adotar em seu texto essa inspiração, foi a de 1934 e as Cartas Políticas posteriores. As anteriores, de 1824 e 1891, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais. A declaração contida na Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores, visto que, além de consagrar os "direitos e deveres individuais e coletivos", ainda criou um capítulo para definir os Direitos Sociais.

A exemplo das anteriores, excetuando-se as já mencionadas Constituições de 1824 e 1891, a atual Carta Maior da República Federativa do Brasil não pretende enumerar taxativamente os direitos fundamentais, mas sim explicitá-los e reconhecê-los admitindo a possibilidade de expandir o seu rol. Assim, a Constituição em vigência reconhece e assegura os Direitos Fundamentais (dentre os quais os individuais) no seu art. 5º. Dentre esses direitos, os principais previstos no caput do dispositivo supramencionado são: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Pode-se dizer que dentro destes direitos considerados principais há outros que deles decorrem. Por exemplo, do direito à liberdade, que é imediato e genérico, decorrem outros direitos mediatos, quais sejam: liberdade de locomoção;

liberdade de pensamento; liberdade de reunião e de associação; liberdade de escolha da profissão; liberdade sindical; etc. Direitos cujo objeto imediato é a segurança: em matéria penal (presunção de inocência); segurança do domicílio (inviolabilidade domiciliar); etc. Direitos cujo objeto imediato é a propriedade: propriedade em geral; propriedade artística, propriedade literária e científica; propriedade hereditária; etc.

Observa-se, então, que os direitos fundamentais (sejam os "direitos do homem" de cunho universal ou os simplesmente taxados de "individuais") constituem uma variável ao longo da história dos últimos séculos cujo elenco se modificou e continua se modificando conforme os interesses e necessidades da humanidade, traduzidos através da ordem jurídica nacional e internacional.

Conforme o entendimento do movimento denominado "Constitucionalismo", os direitos fundamentais encontram-se inseridos dentro dos princípios constitucionais fundamentais que são aqueles que regem e tutelam os valores primordiais da ordem jurídica. Os constitucionalistas ainda completam tal entendimento no sentido de que, sem tais princípios, os direitos previstos numa Constituição expressariam somente um aglomerado de normas, tendo em comum apenas o fato de estarem compilados num mesmo texto legal. Assim, a Constituição que não for regida por princípios constitucionais fundamentais, tecnicamente, não possui direitos fundamentais. É importante ressaltar, ainda, que os direitos fundamentais encontram-se no mais alto degrau das fontes dos direitos, ou seja, são considerados normas constitucionais.

Nesse sentido, o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrado é concebido como um complexo normativo hierárquico, ou seja, dentro do conjunto do sistema jurídico em geral. Entretanto, a problemática atual desse complexo normativo que rege os direitos do homem, consiste não apenas em discipliná-los, mas sim em protegê-los. O problema talvez não seja jurídico nem filosófico, mas sim, político.

Nesse sentido, Bobbio afirma que o problema acima relacionado aos direitos fundamentais teve a sua solução com a "Declaração Universal dos Direitos do Homem" aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de

dezembro de 1948. Pode-se concluir, assim, que a convenção da ONU que gerou a mencionada Declaração teve cunho preponderantemente político, ainda que na esfera internacional.

Conveniente também observar que alguns direitos fundamentais estão sendo deslocados do plano jurídico-constitucional para as chamadas teorias da justiça, teorias sociais e teorias econômicas do direito. Tal fato, talvez tem se dado por conta da discussão dogmática dos direitos fundamentais em face da chamada "estabilidade pura constitucional", preconizada por alguns modelos de Constituição de outros nações, onde apesar de tudo, os direitos fundamentais são reconhecidos, consagrados e garantidos pelo Estado, independente de serem individuais ou não.

Atualmente, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem é mundial, ou seja, existe em praticamente todas as Constituições democráticas modernas. Portanto, a questão da distinção entre direito individual e fundamental não tem muita relevância prática por ser de cunho teórico meramente acadêmico e filosófico.

2.2. Os Direitos Individuais são Fundamentais?

Apesar das discussões jurídico-filosóficas da doutrina acerca do tema, por uma leitura mais atenta de nossa Carta Magna pode-se responder afirmativamente à esta indagação, ou seja, os direitos individuais são fundamentais. Aliás, conclui-se tal assertiva pelo simples fato de o texto constitucional trazer os direitos individuais e coletivos (rol do art. 5º) dentro do Título II que trata justamente "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" (que engloba todo o capítulo referente a tais direitos). Portanto, segundo a nossa própria Constituição, pode-se qualificar os direitos individuais como fundamentais. No entanto, esclarece-se que tais denominações, algumas vezes, gera certa confusão dentro da própria doutrina constitucionalista.

2.3. Origem Histórica e Evolução dos Direitos Fundamentais

Em breve apanhado histórico acerca dos direitos fundamentais (aqui se pode incluir também os direitos individuais), se tem como origem as primeiras declarações de direitos registrados nos "forais" e nas "cartas de franquia" da Idade Média que, desde aquela época, já continham uma enorme enumeração de direitos.

Entretanto, há quem estabeleça como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta Inglesa de 1215 do Rei João sem Terra. Alguns estudiosos a consideram como propulsora dos direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados modernos ocidentais, consolidando assim, um rumo trilhado pelas vertentes do Direito. Nesse sentido, pode-se trazer a lição de Carl Schmitt (1996:67), sobre a Magna Charta de 1215, in verbis:

"La Magna Carta inglesa de 15 de Julio de 1215 suele designar-se como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesia inglesa) y su representación (la Cámara de los .lordes y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno ... "

Mas o próprio Carl Schmitt, apesar de tal entendimento, admite que a verdadeira Constituição liberal (onde realmente foram positivados os direitos fundamentais) surgiu com a declaração dos Estados americanos.

Para J. J. Gomes Canotillo (1998:350), foi um passo importante em direção ao campo da positivação ou constitucionalização dos direitos fundamentais mas que se consolidou de fato a partir do Virginia Bill of Rights (1776) e a Déclaration dês Droits de l'Homme et du Citoyen (1789).

A história dos direitos fundamentais teve seu definitivo nascedouro, conforme leciona Carl Schmitt '(1996:164) nas declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, iniciadas pela declaração do Estado da Virgínia em 12 de junho de 1776:

"La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo -según una frase de Ranke - de la Era democrática - más exacto: liberal - y del moderno Estado de Derecho libera/.;burgués, si bien aqueUas declaraciones americanas estaban, como 'Bill of Rights', en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jelline/r, 'La declaración de derechos del hombre y del ciudadano 'fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776 ... "

Mais tarde, com a Revolução Francesa de 1789, as declarações de direitos ganharam traços do Constitucionalismo. Nesse sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995:248) observa que: .

"A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas, a primeira foi a do Estado da Virgínia votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos 'Direitos do Homem e do Cidadão', editada em 1789 pela Revolução Francesa."

Também atuou como causa do reconhecimento dos direitos naturais e intangíveis em favor do indivíduo, mais tarde considerados fundamentais, as ordens filosóficas e religiosas. Assim, o próprio movimento do cristianismo, em ascensão desde o início da Idade Média, cuja idéia de que o ser humano era criada à imagem e semelhança de Deus, contribuiu para o surgimento da igualdade fraterna e fundamental entre os homens.

Das decorrências de ordem religiosa e dos próprios dogmas cristãos, vários pensadores e filósofos da época se inspiraram na idéia do direito como fonte de igualdade e justiça entre os homens. Pode-se citar, inclusive, como fruto de tais influências a lição de São Tomás de Aquino acerca do Direito Natural. A respeito, J. J. Gomes Canotilho (1998:351) disserta que:

"As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural, ao distinguir entre *lex divina*, *lei natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar a congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*."

Aproveitando-se da situação da época, ocorreram várias conquistas do Poder Monárquico. Os reis da Idade Média pactuavam com o seu povo acordos mediante trocas, ou seja, enquanto os súditos reconheciam o poder monárquico, o rei fazia algumas concessões por meio das chamadas "Letters of the King" (cartas do rei). Dando continuidade a essa idéia, Celso Ribeiro Bastos (1998: 166) diz que:

"A mais célebre destas Cartas, denominada em latim Magna Carta Libertatum, foi extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra em 1215, quando este se apresentava enfraquecido pelas derrotas militares que sofrera".

Ainda com relação aos direitos fundamentais, é importante ressaltar que no século XVII foram feitas conquistas substanciais e definitivas, entretanto, o surgimento das liberdades públicas tem como ponto de referência duas fontes

primordiais: o pensamento iluminista da França no século XVIII e a Independência Americana. Certamente tais liberdades públicas têm hoje uma configuração muito mais complexa do que no fim do século XVIII. Celso Ribeiro Bastos (1998: 166/171), acerca dessas noções históricas, explica que:

"Esse quadro inicial, contudo, sofreu forte evolução cujas causas dizem respeito à necessidade de enfrentar novas ameaças e novos desafios postos pelos séculos XIX e XX. Os direitos clássicos não desapareceram. Perderam, tão somente, o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa surgida da imperiosidade de compatibilizar o direito com outros princípios constitucionais."

Como já dito outrora, a positivação dos direitos fundamentais concretizou-se definitivamente com a revolução francesa de 1789, onde foram consagradas de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais em geral.

Assim, a revolução francesa ganhou caráter universal e conforme bem caráter universal e conforme bem salienta o professor Dalmo de Abreu Dallari (2007:209):

"Não restam dúvidas que a influência dessa revolução na vida constitucional dos povos (tanto no ocidente como no oriente) representou um considerável progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana."

No entanto, o mesmo Dallari pondera que, sendo tal declaração um produto do século XVIII, por evidente que seja, seu cunho é nitidamente individualista, subordinando a vida social do indivíduo às leis e arrogando ao Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais fundamentais.

Por outro lado, contra esse individualismo exacerbado da época, foi se reconhecendo alguns direitos em favor da coletividade, o que não se fez nas primeiras declarações. Passou-se, então, paralelamente a reconhecer ao indivíduo o direito de associação, inclusive como garantia da própria liberdade individual. As manifestações dessa nova concepção ocorreram nas primeiras constituições republicanas, como a alemã de Weimar de 1919 e a espanhola de 1931, bem como, também na Constituição mexicana de 1917, ainda que com menor repercussão.

Eis, portanto, um breve histórico da origem e evolução dos direitos fundamentais que se tem registro na doutrina.

2.4. Distinção entre Direito Fundamental e Garantia Fundamental

Direito distingue-se de garantia. O direito é declaratório enquanto a garantia é assecuratória. A distinção mais conhecida é a de Ruy Barbosa cuja clássica concepção separa os direitos como sendo disposições meramente declaratórias que constata a sua real e legal existência, enquanto as garantias são as disposições assecuratórias que visam defender esses direitos limitando o poder estatal. Em síntese, o direito declara, proclama e institui a existência e positividade da própria norma enquanto as garantias constituem-se nos instrumentos e meios para a sua tutela.

Canotilho aplaude a clássica distinção de Rui Barbosa e a reforça salientando que, além de possuir o carácter assecuratório, a garantia também possui um carácter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se no direito dos cidadãos exigirem do poder público a proteção dos seus direitos quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do “nullum crimen sine lege” e nulla poena sine crimen”, direito de habeas-corpus, principio de “non bis in idem”)¹.

Ainda com relação a esta distinção, Alexandre de Moraes (2006:29) citando Jorge Miranda em sua obra diz que:

"A mesma diferenciação faz Jorge Miranda afirmando que 'clássica e bem actual é a contra posição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado: Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente; por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se' ".²

¹ Canotilho. J.J. Gomes. Direito Op. Cit. P. 520

² Miranda. Jorge Manuel de. Direito Constitucional. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 88-89

Dentro do assunto ora tratado, não se poderia deixar de citar José Afonso da Silva (2007:412):

"Os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens. "

José Cretella Jr. (1997:93), em breve comentário sobre o tema, diz que:

"O direito, enquanto constante da norma jurídica, envolve uma fase estática, ao passo que seu exercício, ou entrada em ação, envolve a fase dinâmica. O importante é o exercício dos direitos e, nesse caso, o Estado democrático faculta a todo cidadão o direito (garantia) de ir ajuízo e pleitear tudo aquilo que a Constituição e as leis ordinárias lhe asseguram."

2.5. Direitos Fundamentais e Princípios Fundamentais

Como já mencionado, os direitos fundamentais dependem dos princípios fundamentais para a sua existência. Os princípios têm um alcance maior, visto que, abrangem os direitos e exprimem a noção de sua estrutura e mandamento, atuando, assim, como verdadeiro núcleo do sistema jurídico. Os direitos são normas que, por sua vez, equivalem a preceitos que tutelam situações, vinculando um indivíduo a certo interesse.

José Afonso da Silva (2007:91) traça o conceito de norma (direito) e a sua distinção com relação ao princípio nos seguintes dizeres:

"As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoa ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional."

Segundo J.J. Gomes Canotilho (1998: 177), os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: a) princípios político-constitucionais; b) princípios jurídico-constitucionais. Conforme explica este autor, a primeira categoria

se constitui de decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, ou seja, são normas-princípio que regulam imediatamente as relações da vida social e as concepções que constituem a existência política de uma nação. Quanto aos princípios jurídico-constitucionais, segundo a sua definição, são os princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Contudo, apesar desta classificação e da explicação de cada princípio, Canotilho não rotula nem define em qual dessas espécies se enquadra os direitos fundamentais.

A par desta classificação, há muitas outras, conforme leciona José Afonso da Silva (2007:93) ao dizer que:

"Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil, pois, fixar-lhes um conceito em um enunciado sintético. Recorremos, no entanto, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Relevam a sua importância capital no contexto da Constituição e observam que os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzida".

Completando seu raciocínio, José Afonso da Silva (2007:94) ainda traz outra classificação levando em consideração a estrutura sistemática contida no texto da Constituição de 1988, dividindo, assim, os princípios fundamentais em:

"a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º); b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação dos poderes (art. 1º e 2º); c) princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I); d) princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º parágrafo único); e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV); f) princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da auto-determinação dos povos, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina (art. 4º)."

Apesar da existência de muitas outras classificações doutrinárias sobre o tema, os direitos fundamentais dependem dos princípios fundamentais para a sua existência. Além de atuarem como núcleo estrutural do ordenamento jurídico, os princípios fundamentais ainda possuem uma função ordenadora, ou seja, organizam a estrutura normativa, a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Os princípios fundamentais também possuem função relevante, conforme acentua Jorge Miranda, pois atuam como critério de interpretação e integração dando coerência ao sistema jurídico.

Os Direitos Fundamentais estão inseridos dentro daquilo que o Constitucionalismo denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores maiores da ordem jurídica. Sem eles a Constituição nada mais seria do que um aglomerado de normas tendo em comum o simples fato de estarem inseridas num mesmo texto legal. Deste modo, onde não existir uma Constituição estruturada em princípios fundamentais não haverá, em tese, direitos fundamentais.

Conclui-se, assim, que os direitos fundamentais devem ser estudados como direitos jurídico-positivos, porque vigem em uma determinada ordem constitucional de cunho princípio lógico. Ressalta-se, uma vez mais, que a natureza dos direitos fundamentais depende dos princípios informadores da sua ordem jurídica, motivo pelo qual são colocados no mais alto degrau das fontes dos direitos, ou seja, são normas constitucionais.

Portanto, os direitos fundamentais adquirem força em sua existência e aplicabilidade na medida em que encontram o respaldo nos princípios fundamentais, e, conseqüentemente o reconhecimento nas instituições do Estado Democrático de Direito.

A estrutura dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrado, é concebido como um complexo normativo subordinado aos princípios fundamentais na formação do sistema jurídico em geral.

2.6. Princípios Fundamentais e Princípios Constitucionais

Na clássica doutrina de Hans Kelsen, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema hierárquico de normas. Assim, a partir desse entendimento, o sistema é escalonado com normas de diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos. Continuando a sua lição, Kelsen (2006:217) completa que:

"Uma norma para ser válida é preciso que busque o seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de forma que todas as normas cuja validade podem ser reconduzidas a uma mesma norma fundamental formando um sistema de normas, ou seja, uma ordem normativa".

É a denominada "Teoria da Construção Escalonada das Normas Jurídicas". No tocante ao assunto, Ruy Samuel Espínola (1995: 165) cita Geraldo Ataliba que diz:

"O sistema jurídico se estabelece mediante uma hierarquia, segundo a qual, algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras...".

Porém, levando-se em consideração que os princípios jurídicos como um todo são normas, e que as normas são hierarquicamente escalonadas, como se pode distinguir, dentro da própria Carta Magna, um princípio fundamental de outro princípio qualquer se ambos são Constitucionais? Toma-se difícil de admitir que há hierarquia entre os mencionados princípios em conflito, visto que, estão no mesmo patamar e status jurídico.

Na verdade não se deve falar em hierarquia, mas sim em mera distinção doutrinária. Kelsen lembra o caráter e a natureza da norma jurídica quando se trata de princípio de direito e que, segundo ele, a dogmática jurídica vem entendendo que as normas jurídicas (em geral) e as normas constitucionais (em particular) podem ser 'enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou

simplesmente princípio, têm normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Com relação às normas estritamente constitucionais, Carlos Ayres Britto (1999: 155) distingue o que chama de princípios fundamentais e princípios "proto fundamentais" (mais fundamentais que os demais) para concluir que existem princípios fundamentais eternos e estáveis. Os princípios profundamentais são eternos, portanto, não são submissos à disposição reformadora do legislador constituído (caráter absoluto e supra-legal do princípio profundamental).

Apesar da aparente lógica com relação aos princípios exclusivamente constitucionais, a questão da hierarquia entre eles não é tão simples como demonstra a doutrina. Aliás, também não é tão simples quando se fala em posição hierárquica dos princípios constitucionais fundamentais entre si.

Contudo, é fácil se identificar a questão da hierarquia quando se leva em consideração um confronto entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais. Nesse ponto, a unanimidade da doutrina entende que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais. Cita-se como exemplo ilustrativo o princípio da identidade física do juiz do art. 132 do Código de Processo Civil cujo fundamento de validade embasa-se no princípio constitucional do juiz natural disposto no artigo 5º, inciso LIII da atual Constituição.

No tocante à questão acima, a doutrina é pacífica. Contudo, os estudiosos nem sempre são claros o suficiente quando o conflito adotado envolve somente princípios constitucionais. Por exemplo, o princípio da isonomia é hierarquicamente superior ao princípio da liberdade de reunião, sendo ambos consagrados no texto constitucional?

No estudo realizado por George Marmelstein Lima (¹), a resposta para esta questão varia conforme o critério a ser adotado para se estabelecer a hierarquia. Assim o citado autor diz que:

"De fato, se nos pautarmos no critério axiológico, valorativo, parece indubitável que há hierarquia entre tais princípios. Afinal, quem ousa dizer que o princípio da dignidade da pessoa

¹ Texto extraído da Internet - site "Jus Navigandi" cujo título do estudo é "A Hierarquia entre princípios e a colisão de normas Constitucionais."

humana "vale /l menos do que o princípio da proteção à propriedade? Aliás, todos os princípios e regras decorrem, ainda que indireta e mediatamente, do princípio-mor da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, seria correto dizer que o princípio do devido processo legal estaria situado no topo dos princípios constitucionais processuais. Nesse sentido, Geraldo Ataliba afirma que mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema. Nesse aspecto, portanto, parece inarredável que nossa Carta Magna realmente "hierarquizou" princípios, "elegendo" os mais importantes para compor o núcleo essencial, ou, na expressão de Lowenstein para ser a "dimensão política fundamental". Tanto é verdade que alguns princípios são "irreformáveis", ou seja, estão imantados pela cláusula da inabolibilidade (não podem ser abolidos), ao passo que outros podem ser, na forma do processo constitucional legislativo, suprimidos pelo poder constituinte derivado. "

Na verdade, o que George Marmelstein Lime pretende explicar é que:

"... há princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si. Ora, se a Constituição é um sistema de normas, um lúcido ardo, como era sempre advertido por Rui Barbosa, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico, disciplinando unitária e congruentemente as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir que não há hierarquia entre estas normas constitucionais. Não existe nem mesmo hierarquia (jurídica) entre os princípios e as regras constitucionais, o que se afasta, de logo, a ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais. Dessume-se, pois, que não há, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios. "

Diante do estudo sobre o assunto, se conclui que não há hierarquia entre os princípios fundamentais e demais princípios constitucionais. O que há, de fato, é uma série de classificações e interpretações dadas pela doutrina.

2.7. Direitos Fundamentais e postulados Constitucionais

Ainda com relação ao tema, faz-se interessante trazer alguns princípios constitucionais que são de extrema importância. Para Celso Ribeiro Bastos (1998:153/154):

"Fica assentado apenas que os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo o conjunto de regras sobre as quais incidirão. Os princípios constitucionais demonstram sua transcendência ao encampar valores,

impedindo que a Constituição se torne um corpo sem alma, uma vez que nos fornecem a ótica pela qual a Constituição será manuseada de forma segura."

O mesmo autor fala ainda nos postulados constitucionais que são os seguintes:

a) da unidade da Constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;

b) do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

c) da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;

d) da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

e) da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

f) da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Complementando estes postulados constitucionais, José Afonso da Silva (2007:184/5) fala da função integradora ou de integração dos direitos fundamentais, dizendo que:

"A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segunda a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as

categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente."

Ainda com relação ao assunto, Vital Moreira (1997:39) suscita a necessidade de se delimitar o âmbito de cada norma constitucional, vislumbrando-se a razão de sua existência, finalidade e extensão. Deste modo, qualquer contradição entre os princípios interpretativos deve ser superada, seja por meio do alcance integral de cada norma, seja pelo alcance parcial e combinação de várias normas entre si e, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios em relação a outros. Assim, deve-se fixar premissas, levando-se em consideração como premissa maior o fato de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento jurídico, principalmente as relativas aos direitos fundamentais, vedando-se qualquer interpretação que suprima ou diminua à neutralidade a finalidade de cada uma. Por fim, os preceitos constitucionais devem ser interpretados independente do método ou - princípio interpretativo utilizado. O único intuito deverá ser sempre a busca do verdadeiro significado da norma.

CAPÍTULO 3 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Características dos Direitos Fundamentais

Quando o assunto abordado envolve as características dos direitos fundamentais, a doutrina traz diferentes classificações surgindo, inclusive, algumas divergências a respeito. José Afonso da Silva (2007:181) entende que a idéia se desenvolveu devido às influências do jusnaturalismo acerca dos direitos do homem e esclarece que:

"Esse tema desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis."

Assim, o citado autor entende que as características dos direitos fundamentais são as seguintes:

a) historicidade: significa dizer que os direitos fundamentais do homem surgem, se modificam e desaparecem conforme a história da própria humanidade e o período vivenciado. Assim, o autor cita como marco de seu surgimento histórico a revolução burguesa cuja ampliação se deu com o passar do tempo.

b) inalienabilidade: por sua própria natureza, os direitos fundamentais são indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis porque não possuem conteúdo econômico e patrimonial.

c) imprescritibilidade: como a própria nomenclatura diz, os direitos fundamentais não estão sujeitos à prescrição, ou seja, tem como característica não se sujeitarem a qualquer tipo de ocorrência temporal pelo falta de seu exercício.

d) irrenunciabilidade: os direitos fundamentais são irrenunciáveis. O seu titular pode até deixar de exercê-las, contudo, não se admite a sua renúncia de qualquer modo ou em qualquer hipótese.

Além destas características a doutrina ainda discute se os direitos fundamentais são absolutos, ou seja, possuem caráter imutável e predominante

sobre qualquer outro direito. Nesse sentido, mais uma vez, José Afonso da Silva (2007:181) pondera que:

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

No mesmo escol, com relação as característica dos direitos fundamentais como sendo universais e absolutos, Gilmar Ferreira Mendes (2002:119/120) aborda a questão da seguinte maneira:

"O traço da universalidade deve ser compreendido em termos. Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais são específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais há direitos de todos os homens - como direito à vida - mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns - aos trabalhadores, por exemplo. De outro lado, não é exato falar sempre em universalidade, quanto ao pólo passivo das relações jurídicas em torno de um direito fundamental. Há casos em que se discute o delicado problema de saber se os direitos fundamentais têm por obrigados não só os Poderes Públicos como também os particulares; em outros casos, há direitos que, por sua natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado (e.g., o direito de petição aos órgãos públicos). Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal idéia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum

objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles, que teriam prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo."

Quanto as demais características dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes também cita a historicidade e a inalienabilidade, falando ainda em constitucionalização e vinculação dos Poderes Públicos com relação a estes direitos.

No tocante à constitucionalização, a explicação dada é o fato de que os direitos fundamentais são peculiares, tendo em vista a sua recepção por algum preceito do direito positivo. Assim, no direito pátrio os direitos fundamentais são definidos como constitucionais em relação ao contexto internacional. Tal característica é de evidente relevo porque dá abrigo e respaldo aos direitos fundamentais diante de todos poderes constituídos, inclusive diante do Poder Constitucional Reformador. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2002:119/120) explica que:

"O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos - Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. "

3.2. Aplicabilidade e Eficácia dos Direitos Fundamentais

No tocante ao assunto, José Afonso da Silva (2007:180) faz a seguinte abordagem:

"A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as 'normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e

adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais."

Clara é a explanação do citado autor, visto que reitera o próprio artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988, que dispõe: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O texto se refere aos direitos fundamentais em geral e não se restringe apenas aos direitos individuais.

Com referência ao citado artigo constitucional, Gilmar Ferreira Mendes (2002:134/135) leciona da seguinte forma:

"O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei - com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e, não, o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF, autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daquelas. "

Assim, nem todas as normas relativas aos direitos fundamentais são auto-aplicáveis, pois, alguns enunciados trazem à baila a exigência de dispositivo infraconstitucional. Em tais casos, evidentemente, há a necessidade da cooperação e interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. Cita-se como exemplo as normas de direitos fundamentais de natureza social como os relativos à educação e lazer.

O art. 205 da Constituição, apesar de não se encontrar no rol do art. 5º, está intimamente ligado com o disposto no art. 6º (todos do mesmo diploma constitucional) e, por conseqüência, é considerado um direito fundamental. O art. 205 diz que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade", cujo inciso VI dispõe que far-se-á "a gestão democrática do ensino público, **na forma da lei**". Assim, é um caso típico da mencionada não auto-aplicabilidade.

Quanto ao assunto, Alexandre de Moraes (2006:27) afirma que os direitos fundamentais:

"São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade depende muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular). "

3.3. Função dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais exercem função de relevância dentro do ordenamento jurídico, visto que são verdadeiro parâmetro de aferição do grau de democracia e sustentação do Estado de Direito. Atualmente os conceitos de democracia e de direito fundamental são indissociáveis porque exercem os atributos básicos para o gozo e exercício do direito à vida, à liberdade, à segurança e demais direitos sociais e individuais. Do mesmo modo, os direitos fundamentais estão intimamente ligados aos direitos humanitários, também conhecidos como Direitos Humanos sendo a sua mola propulsora para a internacionalização de tais normas.

Gilmar Ferreira Mendes (2002:138), ao se referir sobre a função dos direitos fundamentais destaca que:

"Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Assim os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica, de modo que, o homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e estar na sociedade."

Com relação à finalidade e função dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes (2006:25) expressa o seu entendimento do seguinte modo:

"Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolúvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários,

decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos."

Por fim, se faz necessário lembrar que os direitos fundamentais cumprem o que Canotilho (1998:386) chama de "função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação."

3.4. Destinatários dos Direitos Fundamentais

A doutrina discute se os direitos fundamentais são destinados exclusivamente às pessoas físicas (o ser humano em geral), ou se também são aplicados às pessoas jurídicas. Com relação a controvérsia, Gilmar Ferreira Mendes (2002:165) diz que:

"Um primeiro aspecto com relação aos problemas a serem enfrentados sobre a titularidade dos direitos fundamentais diz com saber se apenas os seres humanos podem ser titulares desses direitos - se deles estão excluídas as pessoas jurídicas, em especial as de direito público. Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas físicas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Há mesmo casos de direitos dirigidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o direito de não interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º XIX). Garantias, porém, que dizem respeito à prisão (e.g. art. 5º, LXI, têm as pessoas físicas como destinatárias exclusivas. Da mesma forma, não há estender, por óbvio, a pessoas jurídicas direitos políticos, como o de votar e o de ser eleito para cargo político, ou direitos sociais, como o de assistência social."

José Afonso da Silva (2007:191/192), no tocante à matéria, possui entendimento no seguinte sentido:

"O princípio é o de que os direitos e garantias assegurados nos incisos do art. 5º se dirigem às pessoas físicas, ao indivíduo, e não às pessoas jurídicas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

já em face da Constituição vigente, admitira que beneficiam também pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras que atuem no Brasil. Pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade de domicílio, a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos (logo tipos, fantasias, p. ex.). Mas as empresas de capital estrangeiro, incluindo as multinacionais, não se beneficiam desses direitos e garantias constitucionais individuais, salvo, no que tange a marcas, nomes e signos, proteção de direito internacional."

No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes (2007:29), que inclusive ressalta o direito à imagem das pessoas jurídicas perante o mercado nacional e internacional contra a difamação de seus produtos e marcas.

Outro aspecto interessante acerca do assunto abordado diz respeito ao alcance dos direitos fundamentais aos estrangeiros. Há discussão se os direitos fundamentais previstos no rol do art. 5º da Constituição Federal se destinam somente aos nacionais. Com relação ao entendimento de que alcançam também os estrangeiros, se faz necessário definir que tipo de estrangeiro a norma deve ser aplicada, ou seja, se aplica somente ao estrangeiro que reside no território nacional?

A discussão ora suscitada, se apóia justamente no texto do caput do art. 5º da Carta Magna brasileira que dispõe:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..." (grifou-se).

Repare que o dispositivo constitucional acima transcrito somente menciona os brasileiros (nacionais) e os estrangeiros residentes no país. Neste caso, como fica a situação dos estrangeiros em trânsito no Brasil? Aplicam-se a eles os direitos e garantias fundamentais previstas no art. 5º?

Com relação a problemática levantada, a maioria da doutrina entende que o caput do art. 5º deve ser interpretado extensivamente de modo a não excluir nem mesmo o estrangeiro em trânsito no país, pois, a natureza dos direitos fundamentais é absoluta e por isso ampara todos os indivíduos, independentemente de seu

estado político. Assim, a interpretação extensiva só serve para ampliar os direitos e o rol de seus destinatários, mas nunca para restringi-lo. Com relação a este entendimento, os apátridas também são destinatários dos direitos e garantias fundamentais.

Quanto à questão, Alexandre de Moraes (2007:29), entende que:

"O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Observe-se, porém, que a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais."

José Afonso da Silva (2007:192), contudo, tem uma visão um pouco diferenciada a respeito do assunto:

"O estrangeiro não tem só os direitos arrolados no art. 5º, apesar de somente ali aparecer como destinatário de direitos constitucionais. Cabem-lhe os direitos sociais, especialmente os trabalhistas. Ao outorgar direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, por certo que aí a Constituição alberga também o trabalhador estrangeiro residente no País, e assim se há de entender em relação aos outros direitos sociais; seria contrário aos direitos fundamentais do homem negá-los aos estrangeiros residentes aqui. A posição do estrangeiro não residente em face dos direitos e garantias assegurados no art. 5º não é fácil de delinear, tendo em vista que aí só se mencionam os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Houve, no seio Constituinte, tentativa para definir, com clareza, a condição jurídica do estrangeiro, mas o douto Relator Bernardo Cabral não foi sensível ao tema. Se se entender o texto do art. 5º, caput, ao pé da letra, o estrangeiro não residente não gozará de nenhum dos direitos e garantias nele enunciados."

O mesmo autor (2007:193), ainda explica que as características das declarações de direitos que consta no rol do art. 5º do texto constitucional se consubstanciam na sua positivação e subjetivação. Significa dizer que a positivação demonstra o direito em si e a subjetivação as pessoas a quem estes direitos se destinam.

Assim, por meio de uma leitura atenta do texto do caput do art. 5º, aplicando-se o critério da subjetivação com relação aos sujeitos destinatários dos direitos fundamentais, se constata que os estrangeiros em trânsito no Brasil não são

seus destinatários. Contudo, José Afonso da Silva esclarece que isso não significa dizer que tais pessoas estão "desprovidas de tais direitos, senão, sofreriam facilmente o arbítrio das autoridades nacionais. Portanto, para protegê-los existem outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, cujas disposições o Brasil deve respeitar e observar. Uma destas normas se trata de legislação especial que disciplina os direitos e a condição jurídica dos estrangeiros não residentes no Brasil. Além de tais indagações, o autor, por fim, conclui que os direitos fundamentais alcançam qualquer ser humano devido ao seu caráter supra-estatal e absoluto.

3.5. Imutabilidade dos Direitos Fundamentais

Uma outra característica diferenciadora dos direitos fundamentais com relação aos demais direitos é a sua imutabilidade, ou seja, tais direitos não podem ser alterados ou suprimidos pelo poder Constituinte reformador.

Para uma melhor abordagem do assunto, primeiramente, se faz um rápido estudo da classificação das Constituições que leva em consideração a sua estabilidade. Assim, quanto ao critério de estabilidade e mutabilidade, uma Constituição pode ser classificada em: a) flexível; b) semi-rígida; c) rígida.

Alexandre de Moraes (2006:5) traz mais uma espécie dentro desta classificação, qual seja, a das Constituições imutáveis. Assim, as Constituições imutáveis são aquelas onde são vedados quaisquer tipos de alterações em seu texto. Tal espécie não existe mais, por tal motivo se constituem em verdadeiras relíquias históricas. Portanto, nesta espécie, o texto constitucional é imutável possibilitando a sua alteração, em tese, somente por meio de outra Constituição elaborado por um poder constituinte originário.

Quanto as demais espécies, a primeira é a Constituição flexível cujo conceito se baseia no fato de que a alteração de seu texto se dá por meio de processo legislativo ordinário. Nesta espécie há grande facilidade por parte do legislador em realizar alterações no corpo da Constituição.

A segunda espécie, que é a Constituição semi-rígida, apresenta-se como um meio termo entre a flexível e a rígida. Possui regras que podem ser alteradas

pelo processo legislativo ordinário e outras que exigem um procedimento mais formal para possibilitar as alterações em seu texto.

A terceira espécie, por fim, é a Constituição rígida que é aquela que somente pode ser alterada mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferente, portanto, do processo legislativo adotado para as leis ordinárias e demais normas infraconstitucionais. Nas Constituições rígidas o processo de alteração do texto é mais rigoroso impondo maiores dificuldades ao poder legislativo reformador. É o caso da Constituição Federal atual, cujo artigo 60 disciplina o procedimento das Emendas Constitucionais. Para qualquer espécie de alteração em seu texto há a exigência de quorum qualificado de 3/5 (três quintos) dentre outras formalidades. Há inclusive autores que classificam a nossa Constituição como "super rígida" pelo fato de existirem algumas matérias imutáveis, como no caso dos direitos fundamentais.

Esta previsão de imutabilidade encontra-se no artigo 60, § 4º da Carta Magna pátria cujo texto dispõe que:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos poderes;

IV - os direitos e garantias fundamentais. (grifou-se)

A doutrina denomina essa forma de imutabilidade de cláusula pétrea cujo significado vem do latim "petreu". Assim, pétrea significa petrificada e deriva da palavra original pedra dando a idéia de dureza, de imutabilidade em sua forma. Deste modo, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas e se constituem em "verdadeiro núcleo constitucional intangível".

"Portanto, conforme a própria disposição do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição da República, os direitos fundamentais não podem ser suprimidos nem

mesmo através de emenda constitucional. Contudo, indaga-se: tal previsão é absoluta?

Alguns autores entendem que a alteração com relação aos direitos fundamentais é possível, desde que seja para aumentar o rol destes direitos e nunca para suprimi-los. Como já dito, são direitos "petrificadas" (consolidadas em si mesmos), portanto, inabaláveis e imutáveis mesmo que por meio de emenda constitucional. Porém, também há o entendimento de que, em tese, é possível a alteração das matérias constantes do art. 60, § 4º, (inclusive os direitos fundamentais), desde que viesse de uma nova ordem constitucional, ou seja, uma outra Constituição oriunda do Poder Constituinte Originário. No entanto, contra esse argumento, apesar de ser hipotético, os defensores dos direitos humanos sustentam a tese de que os direitos fundamentais são absolutos e supra-legais, inclusive na órbita internacional, por isso, jamais poderiam ser suprimidos, mesmo por um poder Constituinte Originário.

3.6. A Questão da Interpretação dos Direitos Fundamentais

A interpretação é o meio utilizado pelos aplicadores do Direito para se chegar ao real significado e profundidade de uma determinada norma. Assim, o uso da boa interpretação é crucial para a aplicação mais adequada do Direito ao caso concreto.

De Plácido e Silva (2004:763) traz o seguinte conceito de interpretação:

"Do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a tradução do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato. Neste conceito, a interpretação vem, em realidade, sondando a intenção ali contida, fixar a inteligência verdadeira do que se interpreta para que assim se possa cumprir o pensamento do elaborador."

A interpretação possui vários métodos, além de uma importância muito grande para o ordenamento jurídico. Frisa-se que não há um método totalmente infalível para a interpretação ou um desvendamento completo da lei, visto que, a norma envolve a vontade do legislador no momento de sua confecção, de acordo com o contexto político, econômico e social em que se encontra a sociedade. Para

uma real percepção e interpretação da lei o intérprete se utiliza, além de alguns valores, outros inúmeros caminhos para a busca do verdadeiro sentido da norma.

Com relação ao assunto, Celso Ribeiro Bastos (1999:52), manifesta-se no seguinte sentido:

"Pode-se falar, inclusive, de subteorias, dentro da hermenêutica constitucional, por exemplo, quando se trata da interpretação dos direitos fundamentais, que emprega regras, em determinadas ocasiões, distintas ou particularizadas em relação às demais regras utilizadas para interpretar o restante da Constituição."

Hoje em dia, deve-se atentar para o impacto da "mundialização" do Direito, ou seja, as constantes mudanças e revoluções tecnológicas da informação podem exercer influências no intérprete, principalmente das normas internacionais. Nesse sentido, se esclarece que alguns direitos individuais (taxados de fundamentais ou não) já são considerados de caráter internacional, principalmente os diretamente ligados ao homem como os direitos humanos.

Nessa realidade de mudanças, para a compreensão do Direito não basta apenas a consulta à letra dos Códigos, mas também das Constituições e o próprio ordenamento jurídico com um todo.

Antigamente o Direito era somente codificado, ou seja, compilado apenas por meio dos Códigos (cita-se como exemplo o antigo Código de Hamurabi). Contudo, os Códigos já não reúnem todas as leis e princípios. Para se atualizar a ordem jurídica, houve uma evolução da estrutura normativa com conseqüente inflamento e aprimoramento da estrutura normativa. Assim, com a evolução do Direito, os Códigos perderam o centro referência normativa que passou a ser a Constituição.

Os Códigos sempre foram tratados como uma espécie de manual de direito, reunindo normas e princípios, constituindo o centro de gravidade da vida jurídica. Assim, a interpretação era limitada a um processo lógico-dedutivo, baseado em axiomas, e a ciência jurídica tratada como uma ciência meramente demonstrativa. Cita-se, a título de exemplo, o Código Civil napoleônico de 1804 que foi recebido como o estatuto do cidadão comum, consubstanciado no princípio da igualdade.

Atualmente, para se interpretar os direitos individuais, faz-se necessário uma análise minuciosa da relação jurídica envolvida, ou seja, o intérprete dá a cada indivíduo uma qualificação diversa levando em consideração a sua situação jurídica. O simples conceito de "indivíduo detentor de direitos e obrigações" restou fragmentado, ou seja, passou-se a usar as definições de cidadão consumidor, trabalhador, contribuinte, usuário, dentre outras, não sendo regidas essas situações jurídicas específicas apenas por Códigos, mas também por outros estatutos jurídicos distintos.

Assim, em meio à velocidade das transformações sociais, acabou-se construindo um universo de normas extravagantes que superam em muito as disposições codificadas do Direito, além do ordenamento constitucional.

No Brasil, há milhares de leis além dos Códigos e, é claro, a Constituição que é a norma matriz do ordenamento jurídico pátrio. Apesar do que dispõe o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", toma-se praticamente impossível o conhecimento de todos os regramentos produzidos pelo Poder Legislativo.

Para a interpretação das leis, principalmente dos direitos fundamentais, cuja sociedade sofre constantes mudanças devido ao pluralismo das fontes jurídicas, faz-se necessário a utilização de um processo interpretativo complexo, ou seja, que leve em consideração essa nova realidade cultural do mundo moderno. Deve-se, do mesmo modo, evitar o uso excessivo de antinomias, antagonismos, conhecimentos fragmentários e temporários, pois o Estado já não monopoliza mais a vida política como em outras épocas. Em todo esse contexto, o papel do intérprete ganha um destaque especial porque passa a ser o principal protagonista na aplicação do Direito.

Com relação à interpretação dos direitos fundamentais, os movimentos sócio-culturais de cunho libertário passaram a defender os direitos humanos, direitos ambientais, direitos de minorias dentre outros. O processo de produção e revelação do Direito exige agora, mais do que nunca, um discurso aberto que leve em conta todas as diferenças e divergências que alimenta a verdadeira democracia, a fim de buscar o prevailecimento dos direitos do indivíduo.

Como já mencionado, a efervescência cultural (multiculturalismo), a mundialização decorrente da abertura de mercados globalizados e o pluralismo das fontes normativas, exige a atuação mais atenta dos intérpretes'.

Em matéria constitucional é muito difícil estabelecer critérios absolutos de interpretação.

A relevância dos modernos métodos interpretativos cresceu sem dúvida em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico desde o advento de princípios de natureza declaradamente social..

As relações que a norma constitucional costuma disciplinar são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável e essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental.

A interpretação constitucional se move, pois no plano delicado da dicotomia, de um lado o jurídico, doutro o político, ambos decisivamente importantes, demandando a única solução possível: o equilíbrio desses 2 pratos da balança constitucional.

A interpretação da Constituição como se vê, não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do Juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito Clássico, para se converter em Estado de Justiça, único, onde é fácil a união do jurídico com o social, principalmente por ocorrer o holocausto do 1º com o 2º, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição.

3.7. Interpretação Tópica dos Direitos Fundamentais

O método tópico de interpretação constitucional deve-se a Theodor Viehweg com a publicação do livro de “Tópica e Jurisprudência” em 1953.

“Pensar o problema, constitui o âmago da tópica” ou ainda segundo a acepção clássica, são pontos retóricos de partida para a argumentação do problema.

A tópica clássica concebida como simples técnica de argumentação é um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via de debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação (relevantes e persuasivas) que contribuem para solucioná-lo satisfatoriamente .

O método tópico problemático, no âmbito do direito constitucional parte das seguintes premissas:

1) a interpretação constitucional deve ter um caráter prático buscando resolver problemas concretos.

2) as normas constituem caráter fragmentário (não abrangem todas as situações passíveis de ocorrer na realidade social, mas só as mais relevantes) e indeterminado (possuem elevado grau de abstração e generalidade).

3) as normas constitucionais são abertas, por isso, não podem ser aplicadas mediante simples operações de subsunção (enquadramento direto de casos concretos nas hipóteses nela descritas) o que implica deve ser dada à discussão do problema.

Em síntese, procura-se solucionar o problema “encaixando” em uma norma constitucional, ou conjunto de normas a solução que se pretende adotar.

3.8. Interpretação Sistemática dos Direitos Fundamentais

Em primeiro lugar, se frisa que há o entendimento de que a Constituição é um sistema de princípios e regras. Assim, numa visão geral, o sistema jurídico caracteriza-se pela hierarquia das normas constituídas de forma escalonada (estrutura escalonada). Além disso, há uma unidade sistemática, ou seja, um critério

epistemológico adotado que confere certa ordem ao conjunto de normas que o compõe.

Nesse sentido é a lição de Norberto Bobbio (1994:80):

"O ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não devem coexistir normas incompatíveis, ou seja, tem a coerência como pressuposto epistemológico."

Por seu turno, Maria Garcia (2000:89/90) expõe que:

"Daí, a Constituição como norma fundamental, a primeira das normas do ordenamento inteiro, *lex superior*. Por várias razões. Primeiro porque a Constituição define o sistema de fontes formais do direito (...); neste sentido, é a primeira das 'normas de produção', a norma *normarum*, a fonte das fontes. Segundo, porque na medida em que a Constituição é a expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema inteiro, nela fundamentado, tem uma pretensão de permanência (...). Mas a idéia levará também ao reconhecimento de uma 'supralegalidade material' que assegura à Constituição uma preeminência hierárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, produto dos poderes constituídos pela Constituição mesma, obra do superior poder constituinte. Essas demais normas somente serão válidas se não contradizem, não já é apenas o sistema formal de produção das mesmas que a Constituição estabelece senão, e sobretudo, o quadro de valores e de limitações do poder que na Constituição se expressa. "

Significa dizer que apesar do ordenamento legal se constituir em um sistema aberto de regras, normas e princípios, a Constituição está no topo dessa estrutura. Os direitos fundamentais, por sua vez, pelo fato de estarem dentro do texto da Carta Magna, por dedução lógica, se entende que também estão no topo da hierarquia normativa. Assim funciona a interpretação sistemática ou sistêmica. Toda vez que se vai analisar qualquer norma, é preciso interpretá-la dentro de um contexto, ou seja, dentro do sistema normativo em que ela se encontra. A grosso modo, não é diferente da interpretação que se deva fazer com relação aos direitos fundamentais.

Neste contexto, ressalta-se a importância de uma Constituição democrática que tenha como pilares de sustentação princípios que permitam uma constante evolução e ampla possibilidade de interpretação. Do mesmo modo se faz crucial a existência de mecanismos eficazes de controle da constitucionalidade, haja vista tais mecanismos são responsáveis pela supremacia da Constituição.

A interpretação sistemática permite a leitura do texto constitucional de forma harmônica e integradora, consagrando-se, portanto, a indivisibilidade dos direitos fundamentais. Assim, há uma hierarquização dos princípios aplicáveis conforme a situação concreta, permitindo-se uma visão mais ampla da cidadania e da democracia, que no fundo, são pilstras dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico como um todo.

A correta interpretação do texto de 1988 adotando-se o método sistemático, possibilita o confronto entre as várias normas de direitos fundamentais com a realidade política, social e econômica. Como exemplo desta espécie interpretativa, cita-se a garantia constitucional da propriedade privada e suas restrições diante da questão do cumprimento da sua função social. O que vem a ser o cumprimento da função social da propriedade? A resposta para tal questão depende justamente da interpretação da expressão "função social" no contexto em que ela se encontra. Assim, a função social da propriedade urbana prevista no art. 182 da Constituição Federal significa o adequado aproveitamento da propriedade para fins de moradia do indivíduo e de sua família. Nesse conceito está implícita a idéia de que o uso nocivo da propriedade também importa em descumprimento da sua função social, ou seja, a garantia do direito da propriedade particular não pode se confrontar com os demais objetivos constitucionais deste direito. Caso contrário, haveria desarmonia social se todos extrapolassem o seu direito de propriedade utilizando-a como bem entendesse, inclusive para fins nocivos e ilegais à coletividade. Tome-se o exemplo do art. 243 da Carta Magna que prevê forma de confisco da propriedade nos casos de utilização de glebas para cultura e plantio ilegal de plantas psicotrópicas. O simples fato de um indivíduo possuir uma plantação de cocaína ou maconha em sua propriedade gera o conflito entre o direito fundamental à propriedade contra o direito fundamental de cunho coletivo da preservação da segurança e saúde pública. Neste caso, por meio da interpretação sistemática acolhe-se a regra da afronta à função social como restrição ao direito de propriedade prevalecendo, assim, o interesse público e coletivo. Dentro deste contexto, a regra de interpretação sistemática intitula que o direito coletivo é "maior" que o próprio direito individual fundamental à propriedade privada.

Com relação à propriedade rural (art. 186 da Constituição Federal), a expressão função social do contexto significa o aproveitamento adequado e racional

da terra para plantio agrícola (produtividade da propriedade), a utilização dos recursos naturais disponíveis com a devida preservação ambiental, etc. Enfim, é a boa utilização da terra, tomando-a produtiva sem ofensa ao meio ambiente.

Sob outro enfoque, há quem entenda que a interpretação sistemática destrói a idéia da propriedade privada como direito inatingível, levando-se em conta outros princípios de cunho econômico e social.

Em semelhante sentido também há o entendimento de que a interpretação sistêmica ou sistemática pode levar à construção de uma interpretação complementar ao texto constitucional, ou seja, ao se ressaltar alguns aspectos essenciais democráticos do contexto constitucional cria-se uma visão da Constituição como um processo que legitima mudanças pretendidas pela sociedade.

Enfim, tudo depende do contexto e do enfoque utilizado pelo intérprete para a melhor utilização e aproveitamento da técnica interpretativa sistemática dos direitos fundamentais.

3.9. Interpretação Constitucional dos Direitos Fundamentais

Toda norma necessita de interpretação. Deste modo, o processo de hermenêutica tem, sem dúvida, relevância ao próprio processo de elaboração legislativa. É justamente por meio da interpretação da lei que esta é aplicada e inserida num contexto fático e específico se adequando a uma realidade histórica e valorativa dentro do contexto analisado.

Muitas vezes, a simplificação na feitura ou aplicação da lei à realidade social implica em práticas autoritárias e arbitrarias. Assim, a vontade do governante ou do legislador chega até a ultrapassar a própria vontade constitucional. A fim de se evitar tais anomalias, alguns doutrinadores preferem a aplicação da interpretação Constitucional ou conforme a Constituição.

O processo de interpretação conforme a Constituição, como a própria denominação diz, requer do intérprete o conhecimento de todo o sistema constitucional. A análise de qualquer norma deve ser posta diante do texto hierarquicamente superior, ou seja, a Constituição.

E se a norma a ser analisada já faz parte da Constituição como no caso dos direitos fundamentais? Neste caso, a interpretação deve ser feita através de uma leitura sistemática dentro do contexto do ordenamento constitucional, sempre buscando a maior aplicabilidade e adequação harmônica da norma analisada com a norma em conflito.

Para a interpretação dos direitos fundamentais, primeiro se faz necessário a descoberta de seu verdadeiro status jurídico. Assim, designa-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos que assegurem, direta ou indiretamente, um status jurídico-material aos cidadãos. Os direitos fundamentais se encontram dentro daquilo que a teoria geral do direito constitucional (Constitucionalismo) denomina de "princípios constitucionais de cunho fundamental" porque contem os valores precípuos da ordem jurídica maior, ou seja, a Constituição. Deste modo, sem tais princípios, a Carta Magna não passaria de um mero aglomerado de normas com a simples semelhança de se encontrarem inseridas dentro do mesmo texto legal. Portanto os direitos fundamentais, por seu próprio status jurídico, possuem supremacia absoluta dentro do sistema de regras, normas e princípios da Constituição.

José Afonso da Silva (2007:184), fez estudo e classificou os direitos fundamentais da mesma forma consagrada na Constituição onde se tem divididos tais direitos em: a) direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); b) direitos sociais (arts. 6º e 193 e 55.); c) direitos de nacionalidade (art. 12); d) direitos políticos (art. 14 a 17); e) dos direitos solidários (arts. 3º e 225). Não houve a preocupação do citado autor em classificá-los em dimensões ou gerações de direitos, mas, o cuidado em estudá-los e classificá-los individualmente, abordando um a um, de acordo com as disposições de nossa Lei Maior. Assim, José Afonso dá o maior exemplo de interpretação dos direitos fundamentais conforme a Constituição.

Não obstante as classificações existentes, Carl Schmitt (1996: 164) estuda os direitos fundamentais estabelecendo dois critérios: um critério formal e um critério material de caracterização. Pelo critério formal, podem ser indicados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias explicitados e alcunhados na

Constituição recebendo dela um grau mais elevado de proteção e segurança ou, pelo menos, de alteração dificultada. Do ponto de vista material, Carl Schmitt (1996: 179/180) entende que os direitos fundamentais variam de Estado para Estado, dependendo de sua ideologia, de sua forma, ou seja, cada Estado com sua especificidade de direitos e assim pondera:

"El auténtico derecho fundamental Del individuo es siempre absoluto, y corresponde al principio de distribución del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y la facultad del Estado, limitada en principio. De estas condiciones de absoluto y de ilimitado en principio no se sigue la imposibilidad absoluta de injerencias y limitaciones. Pero éstas aparecen como excepción, y ciertamente como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido. Por eso, no pueden tener lugar sino a base de leyes, entendiéndose Ley, en el concepto propio del Estado de Derecho, como una norma general, y no como cualquier acto particular del Rey o del Cuerpo legislativo, realizado en forma de ley. El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley. "

Após essa breve elucidação da natureza jurídica dos direitos fundamentais, pode-se dizer que a interpretação conforme a constituição é importante, mas predominantemente utilizada quando houver conflito entre uma norma de direito fundamental e uma norma infraconstitucional.

Assim, os preceitos de direitos fundamentais têm que ser de conhecimento do intérprete, bem como a correta relação entre estas normas, especialmente no que se refere à hierarquia e aos mecanismos de superação dos possíveis antagonismos.

Partindo das normas infraconstitucionais, toma-se fácil estabelecer uma hierarquia entre elas. Assim, todo ato normativo do administrador e do legislador deve ser confrontado com a Constituição. Numa federação, a hierarquia entre as normas elaboradas pelos diferentes entes federados, só existirá quando se tratar de competência legislativa concorrente, ou seja, cada ente federado pode legislar sobre a mesma matéria. Nos outros casos, não há que se falar nesse tipo de hierarquia, pois, estaremos diante de competências exclusivas ou privativas, onde cada ente federado tem suas competências preestabelecidas na Constituição, não podendo um ente federado interferir na competência dos outros. Tal regra deve ser observada na interpretação das normas infraconstitucionais, pois, há a necessidade de se adequar a leitura destas normas aos princípios, regras e ideologia

constitucionalmente adotada sob pena de se inverter a hierarquia das leis, ou seja, uma norma hierarquicamente inferior, em tese, pode conseguir eficácia que a Constituição não concede.

O objetivo da interpretação conforme a constituição se baseia na criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais e, principalmente, sempre na ideologia constitucionalmente adotada.

Com relação ao tema da hierarquia das normas constitucionais, há a seguinte discussão: é possível se falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário?

A resposta é controvertida, visto que, depende da visão de cada doutrinador em tomo do assunto. Há quem entenda que é perfeitamente possível a inconstitucionalidade de norma constitucional oriunda do poder constituinte originário. Também há corrente no sentido de que a existência de norma constitucional inconstitucional só é possível se for proveniente do poder constituinte derivado ou decorrente. Por fim, ainda há uma terceira corrente doutrinária que não concorda com as teses anteriores, primeiro porque os princípios constitucionais podem facilmente superar possíveis inconstitucionalidades de regras em sentido estrito, e, segundo porque a ideologia constitucionalmente adotada juntamente com o princípio da supremacia constitucional supera qualquer antagonismo deste tipo dentro do texto da Constituição. Dentre estas correntes divergentes, a maioria, contudo, entende que é perfeitamente cabível o controle de constitucionalidade concentrado contra norma constitucional oriunda do poder constituinte reformador.

Na tarefa de interpretação conforme o texto constitucional, seja na aplicação da lei para sua adequação à realidade social, seja para a adequação à realidade econômica e política do país, o intérprete deve trabalhar com a questão da hierarquia sempre subordinando a validade jurídica da norma perante a Constituição.

A interpretação tópica ou topoi é aplicável em diversas instâncias, com validade geral, lançados na ponderação de pós e contras das opiniões e podem inferir na final solução da controvérsia.

A interpretação tópica não se limita ao emprego das chamadas cláusulas a priori, geralmente vinculadas à interpretação por analogia, que em muito, se assemelha ao método sistemático. Nesse sentido, ensina o constitucionalista espanhol Pérez Luno (1995:262) sobre a questão:

"Respecto a los principios de la interpretación constitucional debe advertirse que no reducen a los modos o topoi clásicos de la argumentación analógica, ad absurdum, a contrario, a pari, a fortiori, a maiore ad minus, a minore ad maius ... , sino que se presentan como criterios relevantes para orientar y dirigir el proceso de selección de los puntos de vista que permiten la solución del problema. Tales principios poseen una significación autónoma para la interpretación constitucional y, entre ellos, se alude a los de: unidad, concordância práctica, efectividad, funcionalidad, fuerza integradora y fuerza normativa de la Constitución,' así como el principio in dubio pro libertate en orden a la interpretación de los derechos fundamentales. "

Desse entendimento pode-se notar o valor do princípio in dubio pro libertate, no que tange à interpretação de direitos fundamentais, sendo o referido princípio um verdadeiro topoi.

O emprego deste método na defesa de direitos e garantias fundamentais pode ser constatado em alguns casos concretos no direito brasileiro. Cita-se como exemplo o emprego do topoi no caso da aplicação do "in dubio pro libertate" ao se tratar do problema do cabimento ou não da prisão civil do devedor inadimplente oriundo de contrato de alienação fiduciária em garantia.

A mais alta Corte Constitucional do País, o STF, em sessão do Plenário, estendeu a proibição de prisão por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal (CF) à hipótese de infidelidade, no depósito de bens e por analogia, também à alienação fiduciária. Assim a Jurisprudência da Corte, evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Vejamos:

HC92817 /RS – RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(A): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Publicação: DJ DATA – 13/02/2009 EMENTA VOL – 02348-03 PP-00433

Julgamento: 16/12/2008 – Primeira Turma

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM. I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 03 de dezembro do corrente ano, ao julgar os reS 349.703 E 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. II-Ordem concedida.

HC 94013-SP-São Paulo

HABEAS CORPUS

Relator(A): Min. Carlos Brito

Publicação: DJ DATA – 13/03/2009 EMENT VOL – 2352-02 PP-00267

Julgamento: 10/02/2009 – Primeira Turma

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO.

PRISÃO CIVIL.

DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR.

IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal firmou a orientação de que só é

possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 50 da CF/88). Precedentes: HC 87.585 e 92.566 da relatoria do Ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 50 da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil-Decreto 678 de 06 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. da CF/88, prevalece como norma supra-legal em nossa ordem jurídica interna e, assim proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º--, mas a sua hierarquia intermediária de norma supra-legal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. Ordem concedida.

HC96118/SP

HABEAS CORPUS

Relator(A): Min. CARMEN LÚCIA

Publicação: DJ DATA – 06/03/2009 EMENTA VOL – 02351-04 PP – 00803

Julgamento: 03/02/2009 – Segunda Turma

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PRISÃO CIVIL. ORDEM DE PRISÃO QUE TEM COMO FUNDAMENTO A CONDIÇÃO DE SER O PACIENTE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL:

IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO PELNÁRIO DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1 - A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inviabilidade da prisão civil do depositário judicial infiel(HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio). 2. Habeas Corpus concedido.

HC96234/MS

HABEAS CORPUS

Relator(A): Min. MENEZES DIREITO

Publicação: DJ DATA – 13/03/2009 EMENTA VOL – 02352-04 PP – 00659

Julgamento: 10/02/2009 – Primeira Turma

EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Prisão Civil. Depositário infiel. Inadmissibilidade reconhecida pelo Plenário da Corte. Impetração contra decisão indeferitória de liminar por Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de ilegalidade flagrante. Incidência da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. 1. Não se vislumbra, na espécie, flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da referida súmula. 2.Habeas corpus não conhecido. 3. Entendimento consolidado no julgamento do HC nº 87.585/TO no sentido de admitir a prisão apenas para a hipótese de

inadimplemento de pensão alimentícia, do que trata o caso dos autos. Revogação da Súmula nº 619/STF. 4. Ordem concedida de ofício.

RE-AgR404276/MG

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(A): Min. CEZAR PÉLUSO

Publicação: DJ DATA – 17/04/2009 EMENTA VOL – 2356-06 PP- 01109

Julgamento: 10/03/2009 – Segunda Turma

EMENTA:

RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário Infiel. Possibilidade. Alegações Rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supra-legal do Pacto São José da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia de depositário infiel.

Assim, nesse contexto, de grande valia é o método tópico, visto que, objetiva adaptar a norma constitucional ao caso concreto. Nessa linha de raciocínio, J. J. Gomes Canotilho (2000:1137) refere-se aos topoi dizendo que:

"Aos aplicadores do direito, de um modo geral, se servem destes para dar o desfecho à situação concreta que é posta. O fim da interpretação acaba por desprestigiar o sistema constitucional em detrimento de primar pelo amplo processo de argumentação, fruto, obviamente, de sua natureza fragmentária."

Diferentemente, não pensa o professor Inocêncio Mártires Coelho (1997:89/90):

"O caráter prático da interpretação constitucional, assim como a estrutura normativo - material aberta, fragmentária ou indeterminada da Constituição, impõem se dê preferência à

discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o sistema, o que afinal, transformaria a interpretação constitucional num processo aberto de argumentação. "

A tópica provocou também fortes reações críticas e doutrinárias. As mais contundentes procedem de jurista preocupados com a metodologia do direito, sobretudo aqueles inclinados a uma visão sistemática da ciência jurídica.

Nesse sentido pondera o jurista português Gomes Canotilho (2000:1137) vem de encontro a tais doutrinadores ao dizer que:

"A concretização constitucional a partir dos topoi merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma atividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema".

Em igual sentido é o comentário de Eros Roberto Grau (1997:176/177).

"Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela - da norma até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum."

O caráter anti-sistema da tópica, apartado pela crítica, não desfez o prestígio da nova técnica, que prospera como base de reformulação a muitas correntes devotadas ao problema metodológico e principalmente ao trabalho interpretativo na ciência do direito.

O método tópico foi de grande valia na interpretação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles o Constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário em última instância, de todas as regras do poder.

No que concerne ainda à figura abstrata do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica

constitucional e de seu conceito de concretização; e que sói fazer na cabeça do magistrado a “ratio” das decisões judiciais com mais sensibilidade para o direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos.

Os Direitos Fundamentais Constitucionais representam, pois o campo ideal de intervenção e aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica, uma estrutura aberta.

A tópica como método de hermenêutica contemporânea estaria adequada metodologicamente a resolver dificuldades inerentes à Constituição nos seus fundamentos.

Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de “pontos de vista ou topoi”. Os “pontos de vista ou topoi” são instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema, podia empregar ou deixar de fazê-lo.

A interpretação é aberta. Diante do caso concreto cabe ao intérprete valer-se dos pontos de vista ou das considerações que concorram.

A invasão da Constituição formal pelos “topoi” e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre interpretação do intérprete tornam a interpretação aberta.

O intérprete segundo a nova escola pode se utilizar de todos os meios interpretativos, desde que convenham ao esclarecimento e à solução do problema.

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se de necessidade a uma teoria dos direitos fundamentais, esta por sua vez a uma teoria da Constituição.

Há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica que introduziu o conceito novo de concretização, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional.

Na Velha Hermenêutica regida por um positivismo lógico formal há subsunção, em a Nova Hermenêutica inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização.

Ali a norma legal, aqui a norma constitucional, uma interpretada, outra concretizada.

O conceito de “concretização” é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direitos fundamentais e por indicar com nitidez o traço que separa as duas hermenêuticas.

Na Velha Hermenêutica, interpreta-se a lei e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual nada acrescentava ao conteúdo da norma.

Em a Nova Hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, o que significa que concretizar é algo mais que interpretar, é interpretar com acréscimo, com criatividade. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios que são as categorias por excelência do sistema constitucional.

Introduz-se ainda aqui, o conceito do Juiz social que incorpora em seu Juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e do seu conceito de concretização.

Entre a interpretação da constituição e a interpretação dos direitos fundamentais há apertados vínculos, servindo os princípios que regem a Constituição ao esclarecimento do significado das normas pertinentes a esses direitos.

CAPÍTULO 4 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO COMPARADO

4.1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Norte Americana

Antes de se analisar as Cartas Políticas Fundamentais de cada nação, se faz necessário trazer uma noção geral acerca do Direito comparado. No tocante ao tema, Jorge Bacelar Gouveia (1995:25) traz um conceito nos seguintes dizeres:

"O Direito Constitucional Comparado tem por missão o estudo das semelhanças e diferenças existentes entre Direitos Constitucionais Positivos diversamente situados no espaço e no tempo, com incidência tanto no sistema constitucional geral como em realidades particulares, e segue um método, quadro ou grelha comparativa, que consiste no conjunto de critérios ou aspectos sobre que se funda a observação a fazer em cada um deles."

Frisa-se, entretanto, que o intuito do presente capítulo não é comparar os demais sistemas de direitos fundamentais das Constituições estrangeiras com a Constituição brasileira. Assim, os direitos fundamentais, ora trazidos de outros ordenamentos jurídicos constitucionais, tem caráter meramente ilustrativo, ou seja, a título de curiosidade e conhecimento.

A Constituição americana é composta de 7 artigos e 27 emendas. É um documento extremamente enxuto se comparado com a nossa Carta Política que possui 250 artigos em seu corpo. A doutrina classifica a Constituição Americana como sintética pelo fato de não prever nenhuma espécie de direito social.

A Constituição dos Estados Unidos da América tem a particularidade de ser o primeiro documento constitucional a positivizar os direitos fundamentais. Na verdade, tais positivações não surgiram exatamente na primeira carta constitucional de 1787, mas sim em 1791, quando houve os dez primeiros aditamentos que foram denominados à época como "Declarações de Direitos dos Cidadãos Americanos".

Tais direitos fundamentais se disseminaram principalmente com a atuação de juízes conservadores da Suprema Corte Americana, baseados em casos famosos envolvendo direitos individuais. Pode-se citar como exemplo o caso "Brown against Education Institute" cuja decisão da Corte Suprema pôs fim à segregação racial nas escolas americanas.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia (1995: 175/176), referindo-se ao histórico dos direitos fundamentais na Constituição Norte Americana, esclarece que:

"A tipologia de direitos fundamentais que aí se apresenta contém apenas direitos negativos, pertencentes à teoria liberal, e com alguma complexidade de formulação, na medida em que muitas vezes os aditamentos consagram vários deles. São os seguintes: a proibição do estabelecimento de uma religião de Estado e a liberdade de culto, a liberdade de palavra e de imprensa, a liberdade de reunião e o direito de petição, o direito ao uso e porte de armas, a proibição do aboletamento de soldados em tempos de paz sem o consentimento do proprietário, o direito à inviolabilidade de domicílio, várias garantias do processo criminal, a imposição de limites às penas criminais, a proibição da escravatura, a proibição de os Estados de fazer ou executar leis que restrinjam as prerrogativas e garantias dos cidadãos, privar alguma pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem observância dos trâmites legais ou recusar a qualquer pessoa a igualdade perante a lei, o direito de voto independente da raça, da cor ou da anterior condição de escravo, o direito de voto independentemente do sexo, o direito de voto independentemente do pagamento de qualquer taxa ou imposto e o direito de voto com idade superior a 18 anos."

É interessante notar que alguns direitos acima elencados não são verdadeiramente fundamentais, mas sim, atípicos como denomina Jorge Bacelar Gouveia.

Do mesmo modo, a título de curiosidade, se esclarece que cada um desses direitos fundamentais surgiu por meio de um aditamento à Carta Constitucional Americana proveniente de julgados concretizados na história da nação americana. Assim, por exemplo, o direito à liberdade de reunião e o direito de petição surgiram com o aditamento n° I à Constituição. Norte Americana; o direito ao uso e porte de armas concretizou-se com o aditamento n° II; a proibição do aboletamento de soldados em tempos de paz sem o consentimento do proprietário se deu com o aditamento n° III; o direito à inviolabilidade ao domicílio - aditamento n° IV; garantias no processo criminal- aditamentos n° V, VI e VII; imposição de limites às penas criminais - aditamento n° VIII; proibição da escravatura - aditamento n° XIII; o direito de um processo justo perante o Estado sempre que for se privar alguma pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem observância dos trâmites legais ou recusar a qualquer pessoa a igualdade perante a lei - aditamento n° XIV (talvez um dos aditamentos mais importantes por ser o precursor do devido processo legal - "due process of law "); o direito de voto independente da raça, da cor ou da anterior condição de escravo - aditamento n° XV; o direito de voto independentemente do

sexo - aditamento n° XIX; o direito de voto independente do pagamento de qualquer taxa ou imposto - aditamento n° XXIV; e, finalmente, o direito de voto com idade superior a 18 anos - aditamento n° XXVI à Constituição Norte Americana.

Com relação a história do surgimento dos direitos fundamentais na Constituição do Estados Unidos da América, mais uma vez, Jorge Bacelar Gouveia esclarece que:

"A Constituição Norte Americana, obras fundamentalmente dos conservadores liderados por JAMES WILSON e MADISON baseada na Constituição da Filadélfia, continha inicialmente apenas a estrutura dos órgãos da União e os respectivos poderes, não havendo qualquer enunciação dos direitos fundamentais. Duas razões estiveram na base dessa omissão: a sua desnecessidade em face das Constituições dos Estados Federados e a idéia de que os poderes estaduais eram apenas delegados. A proposta da inclusão de uma declaração de direitos viria mesmo, num primeiro momento, as ser rejeitada pelos constituintes, tendo sido julgada supérflua. Posteriormente, porém, o tema seria retomado e transformado inclusivamente no pomo da discórdia entre federalistas e antifederalistas. Os primeiros, cujo expoente máximo fora ALEXANDER HAMILTON, defendiam a não inserção de qualquer declaração de direitos, avançando cinco principais argumentos nesse sentido: 1) que os direitos essenciais já estariam protegidos por outros direitos especificados no articulado da Constituição; 2) que o Governo Federal apenas poderia dispor dos poderes enumerados; 3) que a positivação de uma declaração de direitos essenciais poderia não ter a latitude suficiente; 4) que o escrúpulo dos Estados contra a limitação dos seus poderes seria uma garantia bastante; 5) que os ensinamentos de experiência teriam provado a ineficiência das declarações de direitos. O grupo de antifederalistas, liderado por THOMAS JEFFERSON, ao invés, argumentava com a utilidade dessa declaração para limitar o poder federal e apresentou assim um conjunto de aditamentos de consagração dos direitos individuais à vida, à liberdade e à propriedade. Seria esta a posição vencedora e acabariam por ser aprovados, conseqüentemente, os dez primeiros aditamentos à Constituição Norte Americana..."

4.2. Os Direitos Fundamentais na Constituição Italiana

A Carta Magna italiana inclui em seu bojo uma tipologia de direitos fundamentais, ou seja, tipificou os direitos fundamentais classificando-os conforme a esfera da relação jurídica a que pertencem. A sua maioria está concentrada na parte introdutória que trata dos "Princípios Fundamentais". O texto é dividido em partes cujo conteúdo possui tanto direitos fundamentais negativos como positivos.

Os direitos fundamentais da Constituição da Itália são em sua maioria pertencentes à esfera das relações cívicas (direitos civis) conforme assevera Jorge

Bacelar Gouveia (1995:192), constituindo-se nos seguintes direitos: a liberdade pessoal (art. 13); a liberdade do domicílio (art. 14), a liberdade e o segredo da correspondência (art. 15); a liberdade de circulação e de residência (art. 16); a liberdade de reunião (art. 17); a liberdade de associação (art. 18); a liberdade de religião (art. 19); a liberdade de pensamento e de comunicação (art. 21); o direito à capacidade jurídica, à cidadania e ao nome independentemente de motivos políticos (art. 22); a reserva de lei na imposição de prestações pessoais ou patrimoniais (art. 23); o direito à tutela jurisdicional (art. 24); garantias no processo criminal (art. 25); garantias na extradição (art. 26); a pessoalidade da responsabilidade penal, a presunção de inocência do arguido, a proibição do tratamento desumano das penas e a necessidade de estas visarem a reeducação do condenado e a proibição da pena de morte, a não ser nos casos previstos pelas leis militares (art. 27).

Além dos direitos acima elencados que pertencem à esfera civil, a Constituição Italiana ainda prevê outros direitos fundamentais classificados conforme a sua esfera predominante, ou seja, de acordo com a natureza jurídica dominante a qual o direito pertence. Assim, tem-se também os direitos fundamentais que se situam na esfera das relações ético-sociais, que são: os direitos da família, da maternidade, da infância e da juventude (arts. 30 e 31); o direito à proteção da saúde (art. 32); o direito à liberdade artística, científica e de ensino (arts. 33 e 34).

Há, ainda, os direitos pertencentes à esfera das relações econômicas: os direitos dos trabalhadores (arts. 36 e 37); direito à segurança social (art. 38); direito à liberdade sindical (art. 39); direito de greve (art. 40); liberdade econômica (art. 41); direito de garantia à propriedade privada (arts. 42, 43 e 44).

E, por fim, há os direitos inerentes à esfera das relações políticas como o direito de voto (art. 48); o direito à liberdade de associação em partidos (art. 49); o direito de petição (art. 50); o direito de liberdade de acesso às funções públicas (art. 51).

Toda Constituição possui uma norma de conteúdo princípio lógico no tocante aos direitos fundamentais. No caso da Constituição Italiana, essa norma seria o seu artigo 2º que trata dos "Princípios Fundamentais" e tem a seguinte redação:

“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili del 'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, econômica e sociale.”

No vernáculo pátrio, traduz-se o artigo 2º da Constituição Italiana supracitada:

"A República reconhece e assegura os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer dentro dos agrupamentos sociais em que projeta a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social."

Com referência ao artigo 2º da Constituição Italiana, Jorge Bacelar Gouveia (1995:195) diz que:

"Parte da doutrina tem defendido para esse artigo uma função meramente regimental ao nível dos limites materiais de revisão constitucional e tem rejeitado atribuir-lhe a função de abertura do elenco constitucional dos direitos fundamentais. Orientação que conta com mais adeptos é, porém, a que qualifica o art. 2º da Constituição Italiana como uma norma indicadora do 'numerus apertus' de direitos fundamentais, pela qual se aceitam outros direitos não especificados no texto constitucional."

4.3. Os Direitos Fundamentais na Constituição Alemã

A Carta Constitucional alemã conhecida como Lei Fundamental consagrou a previsão dos direitos fundamentais de forma tipológica e com estrutura essencialmente negativa, conforme assevera Jorge Bacelar Gouveia (1995:206).

No título I da Constituição alemã intitulado "Direitos Fundamentais", pode-se encontrar os seguintes direitos: direito à vida, à integridade física e à liberdade pessoal (todos previstos no art. 2º da Lei Fundamental alemã); o direito à igualdade (art. 3º); a liberdade de religião e de consciência (art. 4º); a liberdade de pensamento e de imprensa (art. 5º, nº 1); a liberdade artística e científica (art. 5º, nº 3); a proteção do casamento e da família (art. 6º); a proteção do ensino (art. 7º); a liberdade de reunião (art. 8º); a liberdade de associação (art. 9º); a inviolabilidade de correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (art. 10º); a liberdade de escolha de residência (art. 11); a liberdade de escolha de profissão (art.12); a inviolabilidade do domicílio (art. 13); o direito de propriedade (arts. 14 e

15); os direitos à cidadania, à não extradição e ao asilo (art. 16); o direito de petição (art. 17); o direito à proteção jurisdicional (art. 19, n° 4) e o direito de resistência (art. 20, n° 4).

Fora do Título I da Constituição alemã, ainda podem ser encontrados outros direitos fundamentais como: os direitos políticos e o direito de acesso à função pública (art. 33, n° 1 e 2); o direito à capacidade eleitoral ativa e passiva (art. 38); a garantia do juiz legal (art. 101) e os direitos referentes ao processo criminal (art. 103).

Historicamente, com relação aos direitos fundamentais, a Constituição Alemã mais importante foi a de Weimar que previa na Parte II os direitos e deveres fundamentais dos alemães. A sua estruturação trazia os direitos e garantias individuais tradicionais na Seção I, enquanto a Seção II trazia os direitos relacionados à vida social, a Seção III os direitos relacionados à religião, a Seção IV os direitos inerentes à educação e ensino e, por fim, a Seção V trazia os direitos referentes à vida econômica.

Quem expõe a estruturação da Constituição de Weimar de forma bem explícita é Alexandre de Moraes (2002:30/31), e o faz do seguinte modo:

"Em relação à Seção I podemos destacar, além da consagração dos direitos tradicionais, as previsões do art. 177 (são invioláveis o segredo da correspondência, dos, correios, do telégrafo e do telefone. Só a lei pode estabelecer exceções a esta regra) e do art. 118 (Todo cidadão tem o direito, nos limites das leis gerais, de exprimir livremente o seu pensamento pela palavra, por escrito, pela impressão, pela imagem ou por qualquer outro meio. Nenhuma relação do trabalho ou emprego pode sofrer prejuízo por sua causa). No tocante à Seção II logo no art. 119 previa-se o casamento como fundamento da vida da família e da conservação e desenvolvimento da nação e proclamava a igualdade de direitos dos dois sexos, além de proteger a maternidade e afirmar incumbir ao Estado a pureza, a saúde e o desenvolvimento social da família. Inovou também em termos de direitos e garantias específicas à juventude, proclamando a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, a proteção contra a exploração, o abandono moral, intelectual e físico (arts.120 a 122). A liberdade de crença e culto foi consagrada pela Constituição de Weimar na Seção 111, em seu art. 135, que expressamente afirmava: Todos os habitantes do Império gozam de plena liberdade de crença e consciência. O livre exercício da religião é garantido pela Constituição e está sob proteção do Estado. A Seção IV dava grande importância às artes, às ciências e ao seu ensino, consagrando plena liberdade e incumbindo o Estado de protegê-las. Em relação à educação, o Estado deveria assegurar o princípio da escolaridade obrigatória e gratuita (arts. 145 e 146). Por fim, a Seção V, além de

consagrar direitos tradicionais como propriedade, sucessão e liberdade contratual, deu grande ênfase aos direitos sócio-econômicos, prevendo a proteção especial do Império em relação ao trabalho (art. 157), a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida (art. 159), a obrigatoriedade de existência de tempo livre para os empregados e operários poderem exercer seus direitos cívicos e funções públicas gratuitas (art. 160), sistema de seguridade social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art. 161). Além desses direitos sociais expressamente previstos, a Constituição de Weimar demonstrava forte espírito de defesa dos direitos sociais, ao proclamar que o império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais e que os operários e empregados seriam chamados a colaborar, em pé de igualdade, com os patrões na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas."

Ainda com relação à história dos direitos fundamentais na Alemanha, antes da promulgação da Lei Fundamental germânica e do seu próprio Código Civil, Vicente Raó (1999:126/127) descreve as fases que a antecederam:

"As seguintes fases, na Alemanha, antecederam à elaboração e à promulgação do Código Civil e sua própria lei fundamental:

a) a da autonomia, ou fase do direito costumeiro, não escrito que se substituiu às leis bárbaras; b) a do direito costumeiro escrito, reunido em coletânea, dentre as quais se destacam o Sachsenspiegel e o Schwabenspiegel (as quais, a par do direito costumeiro, também compreendiam certas disposições de direito romano e de direito canônico). Nelas se inspiram as compilações de outras regiões germânicas, tais as denominadas Deutschenspiegel, Rechtbuch de Luiz da Bavária (1346), Breslauer Landrecht (1356) e outras mais; c) a do direito romano, introduzido, como direito escrito, pelos imperadores. Documenta-se esta fase pelos Landrecht de Wurtemberg e da Bavária e, também, pelas Organizações Imperiais de caráter geral; d) a da reação e volta aos costumes germânicos, segundo revelam os Landrecht da Nuremberg (1555), da Bavária (1616), da Prússia (1592) e as Constituições do Eleitor de Saxe (1592); e) a da total unificação política, a partir da criação, em 1871, do Império da Alemanha."

Por fim, com relação às características dos direitos fundamentais, tanto na Carta Magna pátria, como na Lei Fundamental Alemã, Gilmar Ferreira Mendes (2002:199), cujo doutorado foi concluído naquele país e com base no direito comparado alemão, destaca que:

"Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (Abwehrrechte), destinado a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-

intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (Leistungsrechte), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (faktische positive Handlungen), quanto a prestações normativas de índole positiva (normative Handlungen). "

4.4. Os Direitos Fundamentais na Constituição Francesa

No contexto histórico, talvez a Constituição Francesa seja uma das mais importantes no tocante aos direitos fundamentais. A maior efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos ocorreu durante o Constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como marco a Declaração Francesa de Direitos de 04 de novembro de 1789. Antes deste período, já havia movimentos favoráveis a uma normatização mais concreta dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2002:28) disserta que:

"A Constituição francesa de 3-9-1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, porém coube à Constituição francesa de 24-6-1793 uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, cujo preâmbulo assim se manifestava: 'O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania, a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto de sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão. Dentre outras previsões, foram consagrados os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos".

A Constituição Francesa de 1946 que instaurou a fase da V República da França optou por não tipificar diretamente os direitos fundamentais, mas sim, trazê-los fazendo referências a outros textos como a Declaração de Direitos do Homem.

Coincidentemente, o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, assim como a citada Declaração, faziam alusão a princípios políticos, econômicos e sociais.

Nesse sentido são os dizeres de Jorge Bacelar Gouveia (1995:219/220):

"Na Constituição Francesa, que instaurou a V República, não se encontra qualquer rol de direitos fundamentais. Não quer isso dizer, todavia, que o legislador constitucional os não tivesse consagrado, mas que optou por uma técnica não codificada, pela qual essa proteção se faz por referência a outros textos tipificados de direitos fundamentais: a Declaração de Direitos do Homem e o preâmbulo da CF 1946, este pela alusão aos chamados princípios políticos, econômicos e sociais necessários ao nosso tempo."

O mesmo autor (1995:220), falando ainda sobre o tema, elenca os direitos fundamentais. Assim, a Declaração dos Direitos do Homem (DDH) abrange os seguintes direitos relativos aos princípios gerais: a igualdade (arts. 2º, 6º e 13 da DDH); a liberdade (arts. 4º e 5º da DDH); garantias no processo criminal e humanização das penas (arts. 7º, 8º e 9º da DDH); a liberdade de expressão (art. 10 da DDH); a liberdade de comunicação (art. 11 da DDH) e o direito de propriedade (arts. 2º e 17 da DDH). Com relação aos princípios políticos, econômicos e sociais, estão presentes os seguintes direitos fundamentais: a igualdade da mulher relativamente ao homem em direitos (cf. parágrafo 2º, alínea 1ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); o direito de asilo (cf. parágrafo 2º, alínea 2ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); a liberdade de emprego (cf. parágrafo 2º, alínea 3ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); a liberdade sindical (cf. parágrafo 2º, alínea 4ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); o direito de greve (cf. parágrafo 2º, alínea 5ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); o direito à participação na contratação coletiva e na gestão das empresas (cf. parágrafo 2º, alínea 6ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); a garantia de condições de desenvolvimento ao indivíduo e à família (cf. parágrafo 2º, alínea 8ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946); a proteção de todos, em especial da criança, da mãe e dos trabalhadores idosos, na saúde, na segurança material, no repouso e nos lazeres (cf. parágrafo 2º, alínea 9ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946) e o acesso da criança e do adulto à instrução, à formação profissional e à cultura (cf. parágrafo 2º, alínea 11ª do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946).

A título de curiosidade, se esclarece que, mesmo após algumas revisões sofridas pela Constituição Francesa de 1946, o texto do preâmbulo da atual Carta Constitucional da França ainda possui reflexos da citada Carta de 1946:

"Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède dès droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les de la République. "

Traduzindo para o vernáculo pátrio, o preâmbulo da Constituição Francesa supracitada diz o seguinte:

"Alcançada a vitória dos povos livres sobre os regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama de novo que todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião ou de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados. Reafirma, por isso, solenemente os direitos e as liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de Direitos de 1789 e os princípios reconhecidos pelas leis da República. "

4.5. Os Direitos Fundamentais na Constituição Espanhola

A Constituição espanhola de 1812 possui os traços mais marcantes em relação à luta para maior positivação dos direitos fundamentais justamente por ter vigorado durante o movimento constitucionalista liberal do século XIX. Tal documento fazia previsão no seu Capítulo III do princípio da legalidade. Por outro lado, o art. 172 impunha restrições aos poderes do monarca e consagrava alguns direitos fundamentais como: o princípio do juiz natural, vedação de impor tributos arbitrários, direito de propriedade, desapropriação mediante justa indenização e direito à liberdade. Apesar da previsão de tais direitos, não havia na época a liberdade religiosa. A imposição do Estado ao povo sobre a religião que deveria ser adotada (católica) demonstrava, ainda, certa imaturidade de alguns direitos fundamentais em evolução. A título de curiosidade, o art. 12 da citada Constituição estabelecia que "A religião da Nação Espanhola é e será perpetuamente a Católica Apostólica Romana, única verdadeira. A Nação protege-a com leis sábias e justas e proíbe o exercício de qualquer outra."

Após esse período, a atual Constituição da Espanha possui praticamente os mesmos moldes da Carta de 1978, cujo Título I trata "Dos Direitos e Deveres Fundamentais", que por sua vez, é dividido em três capítulos. O Capítulo I apresenta um regime geral de direitos destinado aos espanhóis (nacionais). No Capítulo II, traz um rol de garantias e liberdades que consistem nos seguintes direitos fundamentais:

o direito à igualdade (art. 14); o direito à vida e à integridade física e moral (art. 15); a liberdade ideológica, religiosa e de culto (art. 16); o direito à liberdade e segurança (art. 17); o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem (art. 18, nº 1); a inviolabilidade de domicílio (art. 18, nº 2); a inviolabilidade das comunicações (art. 18, nº 3); a liberdade de circulação e de imigração (art. 19); a liberdade de expressão (art. 20, nº 1, al. a); a liberdade artística, literária, científica e técnica (art. 20, nº 1, al. b); a liberdade de cátedra (art. 20, nº 1, al. c); a liberdade de informação (art. 20, nº 1, al. d); o direito de reunião (art. 21, nº 1); o direito de associação (art. 22, nº 2); o direito de participação na vida política e de acesso a cargos públicos (art. 23); o direito à tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos (art. 24, nº 2); as garantias no processo criminal (arts. 25 e 26); o direito à educação (art. 27); a liberdade sindical (art. 28); o direito de petição (art. 29); o direito de contrair matrimônio em igualdade (art. 32, nº 1); o direito à propriedade privada e à herança (art. 33); o direito de fundação (art. 34, nº 1); os direitos dos trabalhadores (arts. 35 e 36); o direito à negociação coletiva (art. 37) e a liberdade econômica (art. 38).

O Capítulo III da Constituição Espanhola trata "Dos Princípios da Política Social e Econômica", abrangendo os seguintes direitos fundamentais: o direito de proteção à família (art. 39); a garantia da segurança social (art. 41); o direito à proteção da saúde (art. 43); o direito à cultura (art. 44); o direito ao ambiente (art. 45); o direito à habitação (art. 47); o direito dos deficientes (art. 49); os direitos da terceira idade (art. 50) e os direitos inerentes ao consumidor (art. 51).

O preceito geral considerado de maior expressão com relação aos direitos fundamentais se encontra inserido no art. 10, nº 1 da Constituição Espanhola:

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. "

Assim, para o português traduz-se nos seguintes termos:

"A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito da lei e pelos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social."

4.6. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa

Como em quase todas as demais Constituições, a Carta Fundamental portuguesa possui uma estrutura muito parecida, dividindo-se em capítulos e títulos articulados. A Carta Magna de Portugal também possui uma norma introdutória, ou seja, o preâmbulo, que segundo o entendimento de Jorge Bacelar Gouveia (1995:316):

"A frase do preâmbulo é meramente introdutória e tem por missão fazer a apresentação do texto constitucional. Estando situada fora do seu articulado, não possui força normativa capaz de abrir o elenco dos direitos fundamentais, mesmo concedendo-lhe algum significado jurídico - e não só lhe reconhecendo um sentido político, histórico ou literário, conquanto indireto e meramente interpretativo."

A maioria dos direitos fundamentais estão enumerados nos Títulos I e II da Parte I da Constituição portuguesa e compreendem: o direito à vida (art. 24); o direito à integridade pessoal (art. 25); o direito à identidade pessoal (art. 26, n.º 1, P parte); o direito à capacidade civil (art. 26, n.º 1, 2ª parte); o direito à cidadania (art. 26, n.º 1, 3ª parte); o direito ao bom nome e à reputação (art. 26, n.º 1, 4ª parte); o direito à imagem (art. 26, n.º 1, 5ª parte); o direito à palavra (art. 26, n.º 1, 6ª parte); o direito à reserva da vida privada e familiar (art. 26, n.º 1, 7ª parte); o direito à liberdade e segurança (art. 27, n.º 1,); a garantia da proibição da retroatividade da lei penal incriminadora (art. 29, n.º 1); a garantia da proibição da retroatividade de penas criminais (art. 29, n.º 3); a garantia da aplicação retroativa das leis penais mais favoráveis (art. 29, n.º 4); a garantia do non bis in idem (art. 29, n.º 5); o direito dos injustamente condenados à revisão de sentença e à indenização pelos danos sofridos (art. 29, n.º 6); a garantia da não perpetuidade ou indeterminação temporal das penas e medidas de segurança (art. 30, n.º 1); a garantia da não transmissibilidade das penas além da pessoa do condenado (art. 30, n.º 3); a garantia da não perda dos direitos civis, profissionais e políticos como consequência da aplicação de penas criminais (art. 30, n.º 4); a previsão do habeas corpus (art. 31, n.º 1); a garantia da presunção de inocência do arguido (art. 32, n.º 2); o direito do arguido à escolha e assistência de defensor (art. 32, n.º 3); a garantia da instrução a cargo de um juiz (art. 32, n.º 4); a garantia da estrutura acusatória do processo criminal e da aplicação do princípio do contraditório (art. 32, n.º 5); a garantia da nulidade das provas obtidas com violação de direitos fundamentais (art. 32, n.º 6); a

garantia do juiz legal (art. 32, n° 7); os direitos de audiência e de defesa nos processos de contra ordenação (art. 32, n° 8); a garantia da proibição da extradição e expulsão de cidadãos portugueses do território nacional (art. 33, n° 1); a garantia da proibição da extradição por motivos políticos (art. 33, n° 2); a garantia da proibição de extradição por crimes que possuem pena capital no outro país (art. 33, n° 3); a garantia da extradição ser decidida exclusivamente por autoridade judicial (art. 33, n° 4); a garantia da expulsão ser decidida por autoridade judicial para quem permaneça ou entre regularmente no território português (art. 33, n° 5); o direito de asilo (art. 33, n° 6); a garantia da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das telecomunicações (art. 34, n° 1); o direito ao controle dos dados pessoais informatizados (art. 35, n° 1); o direito à não difusão dos dados pessoais informatizados (art. 35, n° 2); a garantia da proibição de tratamento informatizado de dados pessoalíssimos (art. 35, n° 3); a garantia da proibição de atribuição de um número nacional único (art. 35, n° 5); o direito à constituição de família e ao casamento (art. 36, n° 1); a garantia da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos (art. 36, n° 3); o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (art. 36, n° 5); a liberdade de expressão (art. 37, n° 1, 1ª parte); a liberdade de informação (art. 37, n° 1, 2ª parte); a liberdade de imprensa (art. 38); a liberdade de consciência e o direito à objeção de consciência (art. 41, n° 1 e 6); a liberdade de religião e culto (art. 41, n° 2); a liberdade de circulação (art. 44, n° 2); a liberdade de reunião e de manifestação (art. 45); a liberdade de associação (art. 46); a liberdade profissional (art. 47, n° 1); a liberdade sindical (art. 155); o direito a greve (art. 57, n° 1); o direito dos consumidores (art. 60, n° 1); o direito de propriedade privada e à indenização por requisição ou expropriação por utilidade pública (art. 62, n° 1); o direito à proteção da saúde (art. 64, n° 1); o direito à habitação (art. 65, n° 1), dentre outros direitos fundamentais.

4.7. Os Direitos Fundamentais em outras Constituições

Alexandre de Moraes (2002:29), ao retratar os direitos fundamentais na Constituição da Bélgica, explana que:

"A Constituição belga de 7-2-1831 também reservou um título autônomo para a consagração dos direitos fundamentais dos belgas (Título II, arts 4° a 24) que, além da consagração dos já tradicionais direitos individuais previstos, estabelecia a liberdade de culto religioso."

A Constituição da Rússia, antiga União Soviética, apesar de adotar o socialismo, também faz previsão de direitos fundamentais em sua Carta Política.

Historicamente, o primeiro documento constitucional deste país surgiu com a "Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado" de 17-1-1918. Após a edição de tal documento, foi formalizada a Lei Fundamental Soviética em 10-7-1918 com a previsão de vários direitos fundamentais além dos direitos sociais já previstos.

Com relação à Constituição Soviética, Alexandre de Moraes (2002:31) esclarece que:

"A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, pelas próprias circunstâncias que idealizavam a revolução de 1917, visava, como previsto em seu Capítulo II, suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos países. "

Com relação à Declaração Soviética acima citada, José Afonso da Silva (2007:161) diz que:

"Outro sentido, contudo, há de reconhecer-se à Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em janeiro de 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes. Fundada nas teses socialistas de Marx, Engels, Lênin e conseqüente da Revolução 'Soviética de outubro de 1917, não se limitara a reconhecer direitos econômicos e sociais, dentro do regime capitalista, mas a realizar uma nova concepção da sociedade e do Estado e, também uma nova idéia de direito, que buscasse libertar o homem, de uma vez por todas, de qualquer forma de opressão. Daí começar por constituir a 'República dos Soviéticos Obreiros, Soldados e Camponeses', fundada sobre o princípio da livre união de nações livres, propondo suprimir toda exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos países. Essa declaração não reconhece as garantias dos direitos individuais, sendo certo que, em si, não tivera a repercussão e influência universal que se esperava. Isso, talvez, se explique no fato de que logo viera a Constituição Soviética de 10.7.1918, que exprime nela ter-se inspirado, e especialmente no surgimento do estalinismo que dera rumo despótico ao regime estabelecido e, ainda, na circunstância de a Constituição Soviética de 1936 tê-la

superado com nova formulação dos direitos fundamentais do homem segundo a concepção socialista soviética. Aliás, dentro de uma visão marxista é plenamente justificada a superação daquela declaração, pois, admitir sua eficácia permanente seria pôr-se em posição antimarxista, já que tal postura significaria uma imutabilidade estática e o domínio formalista relativamente a uma realidade dinâmica que não pode conter-se em formas de tal natureza."

A Constituição Inglesa baseia-se no direito consuetudinário (costumes e sua evolução histórica) e, desta forma, os estatutos assecuratórios dos direitos fundamentais surgiram desde as suas primeiras Cartas Políticas como a Magna Charta Libertatum de 1215, a Petition of Rights de 1628, o Habeas Corpus Amendment Act de 1679 e o Bill of Rights de 1688.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2007:151/152) esclarece que:

"Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos fundamentais. Realmente a estabilidade e o sempre firme desenvolvimento das instituições inglesas bastaram para tornar ociosa uma lista maior das liberdades públicas. A constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, formando a 'common law', fora suficiente, com aqueles documentos históricos, para assentar o mais firme respeito pelos direitos fundamentais do homem. "

A Constituição Mexicana também prevê capítulo próprio para os direitos fundamentais. A atual Magna Carta do México tem suas raízes na influência histórica, cujo marco maior foi a sua Constituição de 1917 que passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, como por exemplo, os direitos trabalhistas.

A Constituição Venezuelana também possui previsão dos direitos fundamentais. Jorge Bacelar Gouveia (1995:237) traz a Carta de 1961 como exemplo e diz:

"A Constituição da Venezuela tipifica os direitos fundamentais no seu título III intitulado 'Dos deveres, direito e garantias', dividido por vários capítulos em relação a "algumas das suas categorias, sendo esses direitos todos enumerados. No capítulo III encontramos os direitos individuais: o direito à vida, o direito à proteção contra prejuízos à honra, reputação e vida privada, o direito à liberdade e à segurança, e o direito à igualdade. O capítulo IV contém direitos sociais: o apoio do Estado ao associativismo e cooperativismo, a proteção da família, a proteção da maternidade, a proteção da infância e da juventude, o direito à proteção da saúde, o apoio à vida rural, o direito à educação, a liberdade científica, artística e educativa, o apoio à cultura e à proteção

do patrimônio, o direito ao trabalho e os direitos dos trabalhadores, a liberdade sindical e de associação patronal, o direito de greve e o direito à segurança social, Mencionam-se no capítulo V os direitos econômicos: a liberdade de desenvolver atividades lucrativas, o direito de iniciativa privada e o direito de propriedade privada e suas limitações. No capítulo VI incluem-se os direitos políticos: o direito de participar, a título consultivo, nas decisões que interessam à comunidade, o direito de voto, o direito de associação em partidos políticos e o direito de asilo.”

CONCLUSÃO

Após a realização do presente estudo acerca dos principais aspectos e características dos Direitos Fundamentais se deduz que:

Dada a peculiar natureza dos Direitos Fundamentais, conclui-se que eles são extremamente relevantes e importantes no contexto jurídico nacional e internacional, apresentando como características principais: a supra-legalidade, o caráter absoluto e intocável.

Com relação ao enfoque dado ao processo de positivação dos Direitos Fundamentais, conclui-se também que a sua constitucionalização corresponde a um longo período de lutas e conquistas na história da humanidade. Contudo, essas lutas não cessaram, visto que, há, ainda, muito a ser concretizado. É inerente à natureza do homem a incansável necessidade de conquistas por novos direitos.

A evolução dos Direitos Fundamentais já se encontra num quarto degrau evolutivo, que apesar de discutível, a doutrina denomina-os de direitos de quarta geração.

Não importa as classificações dadas, não importa a forma em que são estudados, o que importa sim, é preservá-los. Lutar para não deixar escapar os que já foram conquistados.

A humanidade não pode permitir que essas conquistas se tornem em vão. É preciso ter sempre em mente a necessidade incessante do homem de buscar seus direitos básicos a uma existência digna.

Com relação à exposição do tema no campo do Direito Internacional, é possível concluir que houve o surgimento de três novas características nessa nova ordem em constante construção e transformação:

A primeira decorre do surgimento de novas relações entre os Estados soberanos e os organismos internacionais criados para aplicar e fiscalizar o cumprimento das normas de Direitos Fundamentais. Pode-se dizer que há, inclusive,

uma intersecção das esferas do direito público e do direito privado, tanto no âmbito nacional como no internacional.

A segunda característica é o crescente surgimento e utilização de documentos legais cogentes sob a forma de declarações de direitos ou por meio da formalização de instrumentos de vontades (tratados). A comunidade internacional, indiretamente, através da opinião pública mundial, passou a julgar a ação política dos Estados que se "comportam mal" no cumprimento das normas inerentes aos Direitos Fundamentais.

A terceira característica abarca a idéia de uma sociedade internacional ainda pouco centralizada. A tendência, contudo, com o fenômeno da globalização, é tornar esta nova ordem cada vez mais centralizada e efetiva. Além disso, ressalta-se que, ainda não há nesse novo sistema, uma autoridade suprema internacional. O que se tem, na verdade, são organismos mundiais de composição multinacional (como a ONU) que procura fiscalizar e aplicar sanções aos países que descumprem os Tratados de Direitos Fundamentais por eles ratificados. Assim, nesse contexto, todos países sofrem pressões difusas e um "controle externo" do Direito Internacional no tocante às questões dos Direitos Humanos.

Conclui-se, ainda, que o Direito Internacional nunca foi tão solicitado no mundo e tão ampliado a questões diversas. Nesse sentido, os primeiros passos dos Tribunais Internacionais é a retomada do ideal de uma "Justiça Internacional" com o monitoramento mundial do respeito aos Direitos Humanos.

Do estudo do impacto dos Tratados no ordenamento doméstico, conclui-se que há uma maior integração do direito nacional com o direito internacional à medida que os textos internacionais exigem uma harmonização com a legislação interna.

Assim, constata-se que os instrumentos internacionais ratificados pelos governos de cada Estado prevalecem sobre as legislações nacionais ou, pelo menos, a elas se equivalem em igualdade hierárquica.

Constata-se, por fim, que o processo cunhado de "globalização" tem surtido efeitos impressionantes na esfera jurídica, haja vista a necessidade de

regulação internacional mais consentânea com as demandas atuais da comunidade supranacional.

De tudo que foi exposto conclui-se que se pode, assim partir para a asserção de que os Direitos da segunda, da terceira e da quarta geração não se interpretam , concretizam-se. E é na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu principio de legitimidade, a força encorpadora de seus valores de libertação.

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo & Paulo Vicente. *Curso de Direito Constitucional Descomplicado*. 4ª Ed, São Paulo: Método Editora, 2009

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed., São Paulo:Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2 ed., São Paulo:Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. Reformulada de acordo com a Constituição de 1988, São Paulo: Saraiva, 1998.

Hermenêutica e Interpretação Constitucional. São Paulo:Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro:Campus, 1992.

Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Unb, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed., São Paulo:Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo:Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra:Almedina, 1999.

Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 14 ed., Coimbra:Almedina, 2000.

Direito Constitucional. 6 ed., Coimbra:Almedina, 1993.

CARVALHO, Márcia. *Hermenêutica Constitucional – Métodos e Princípios Específicos de Interpretação*. Florianópolis:Obra Jurídica Editora Ltda, 1997.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 4 ed., Belo Horizonte:Del Rey, 1997.

Curso de Direito Constitucional. São Paulo:Malheiros, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre:Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3 ed., vol. II, Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo:Saraiva, 2007.

Elementos de Teoria Geral do Estado. 19 ed. atualizada, São Paulo:Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 3 ed., São Paulo:Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Saraiva, 2008.

Estado de Direito e Constituição. 2 ed. revista e ampliada, São Paulo:Saraiva, 1999.

O Poder Constituinte. São Paulo:Saraiva, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 3 ed., Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1999.

GARCIA, Maria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Ano 8 – n. 33, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2000.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os Direitos Fundamentais Atípicos*. Lisboa:Aequitas Editorial Notícias, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3 ed., São Paulo:Malheiros, 1997.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*, 1 ed., Rio de Janeiro:Lumen Juris Editora, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed., São Paulo:RCS Ed, 2005.

Direitos Fundamentais, Processos e Princípios da Proporcionalidade. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1997.

Teoria Processual da Constituição. São Paulo:Celso Bastos Editor, 2000.

Introdução ao Direito Processual Constitucional. Porto Alegre:Síntese, 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional Alemão*. Porto Alegre:Síntese, 1988.

A Força Normativa da Constituição – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed., São Paulo:Martins Fontes, 2006.

LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 – com anotações e Jurisprudência dos Tribunais*. São Paulo:LTR, 1999.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5 ed., Madri:Editorial Tecnos S/A, 1995.

MAGALHÃES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – Uma análise crítica*. Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2000.

MELLO, Celso de Albuquerque e outros autores. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro:Renovar, 2 ed., 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo:Celso Bastos Editor, 2007.

Gilmar Ferreira e outros autores. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Instituto Brasiliense de Direito Público – IBDP, Brasília:Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I e II, Coimbra:Coimbra, 1997.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo:Atlas, 2007.

Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo:Atlas, 2002.

RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5 ed. anotada e atualizada por Olívio Barros Sandoval, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21 ed., São Paulo:Saraiva, 1994.

Teoria Tridimensional do Direito. 4 ed. São Paulo:Saraiva, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Madri:Alianza Universidad, 1996.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 14 ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. revista, São Paulo:Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo:Malheiros, 1999.