

PREPARAÇÃO  ILIMITADA

ADVOCACIA PÚBLICA

DIREITO CONSTITUCIONAL

PDFULL



revisaopge.com.br

AVISO DE DIREITOS AUTORAIS

Prezado aluno, antes de iniciarmos nossos estudos de hoje, precisamos ter uma conversa séria. Trata-se do respeito aos nossos esforços na produção deste curso, a que temos dedicado todas nossas energias nos últimos meses.

Saiba que nosso objetivo é sempre oferecer o melhor produto possível e que realmente faça a diferença na sua caminhada rumo à aprovação. Mas, para que nós consigamos atingir essa meta, sua ajuda é imprescindível.

Então, sempre que algum amigo ou conhecido falar “será que você passa para mim aquele material do RevisãoPGE que você tem?”, lembre desta nossa conversa. Mais: lembre que o nosso Novo Extensivo (assim como todos os nossos produtos) é tutelado pela legislação civil (como a Lei 9.610/98 e o Código Civil) e pela legislação penal (especialmente pelo art. 184 do Código Penal).

Para que não reste dúvida: este curso se destina ao uso exclusivo do aluno que o adquirir em nosso *site*, e sua aquisição não autoriza sua reprodução. Ok?

Sabemos que falar isso parece pouco amigável, mas só estamos tendo este “papo reto” porque queremos de você justamente um ato de amizade: não participar, de forma alguma, da pirataria deste curso. Se isso acontecer, o fornecimento das aulas a você será interrompido e nenhum valor pago será restituído, sem prejuízo, evidentemente, de toda a responsabilização cabível nos âmbitos civil e penal.

Bem, o recado era esse. Agora podemos voltar às boas e meter a cara nos livros! Ops... nos PDFs!

Bons estudos!

DIREITO CONSTITUCIONAL – AULA 08

TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
TERMINOLOGIA	5
EVOLUÇÃO HISTÓRICA	8
CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
<i>Historicidade</i>	<i>13</i>
<i>Inalienabilidade (ou indisponibilidade)</i>	<i>14</i>
<i>Personalidade.....</i>	<i>15</i>
<i>Imprescritibilidade</i>	<i>15</i>
<i>Irrenunciabilidade</i>	<i>16</i>
<i>Constitucionalização</i>	<i>17</i>
<i>Inviolabilidade</i>	<i>20</i>
<i>Vinculação dos poderes públicos.....</i>	<i>20</i>
<i>Aplicação imediata dos direitos fundamentais</i>	<i>21</i>
<i>Limitabilidade (ou relatividade)</i>	<i>22</i>
<i>Indivisibilidade e interdependência</i>	<i>23</i>
<i>Não taxatividade</i>	<i>23</i>
<i>Proibição de retrocesso social</i>	<i>24</i>
<i>Concorrência</i>	<i>24</i>
<i>Universalidade</i>	<i>25</i>
PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
<i>Perspectiva (ou dimensão) subjetiva</i>	<i>29</i>
<i>Perspectiva (ou dimensão) objetiva.....</i>	<i>30</i>
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
<i>Eficácia vertical</i>	<i>31</i>
<i>Eficácia horizontal</i>	<i>31</i>
APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS	33
EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
TEORIA DOS QUATRO “STATUS” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36

“Status” passivo	36
“Status” ativo	38
“Status” negativo	38
“Status” positivo	39
FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
<i>Funções de defesa</i>	<i>40</i>
<i>Funções de prestação</i>	<i>41</i>
<i>Funções de proteção perante terceiros</i>	<i>41</i>
<i>Funções de não-discriminação</i>	<i>43</i>
CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
<i>Classificação quanto ao conteúdo</i>	<i>44</i>
<i>Classificação formal dada pela CF/88</i>	<i>44</i>
<i>Classificação de acordo com as Gerações de Direitos Fundamentais</i>	<i>45</i>
DEVERES FUNDAMENTAIS	49
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	50
LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	51

TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

TERMINOLOGIA

Qual é a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais?

Quando se fala em direitos humanos, trata-se de direitos reconhecidos no plano internacional, como, por exemplo, em declarações, tratados e convênios, dentre outros documentos. Lembre-se que, nos termos da CF/88, um dos nossos princípios nas relações internacionais é a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88):

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

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

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

Por outro lado, direitos fundamentais são direitos positivados no plano interno de cada Estado, especialmente no texto constitucional. No Brasil, o núcleo dos direitos fundamentais está notadamente consagrado no art. 5º da CF/88, mas a verdade é que há direitos fundamentais espalhados por toda a Constituição, como se verifica no art. 6º, no art. 7º e em outros dispositivos. Enfim, em qualquer lugar da Constituição pode haver direitos fundamentais (que – repita-se – são direitos positivados no plano interno).

Em outras palavras, os direitos humanos (consagrados no plano internacional), ao serem positivados no plano interno, transformam-se em direitos fundamentais.

No entanto, do ponto de vista material (isto é, com relação à substância), não há diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, prestando-se ambas as categorias a tutelar e promover a dignidade da pessoa humana.

Resumindo: do ponto de vista material, não há diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais (ambos gravitam em torno da dignidade da pessoa humana e se prestam a protegê-la e promovê-la). No entanto, sob o viés formal, essas categorias se diferenciam, mais precisamente quanto ao plano de consagração, pois os direitos humanos estão previstos no plano internacional, enquanto os direitos fundamentais estão positivados no ordenamento jurídico interno, mais precisamente, na Constituição.

José Afonso da Silva utiliza a expressão (muito cobrada em provas) “**direitos fundamentais do homem**”, definindo-os como sendo “as prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Sugerimos que essa definição de José Afonso da Silva seja memorizada para provas, porque ela traz em si muitas características dos direitos fundamentais. Vejamos:

- 1) Conforme vimos, os direitos fundamentais são direitos positivados no âmbito de determinado Estado, são direitos positivados principalmente no plano constitucional.

- 2) Além disso, os direitos fundamentais não devem ser apenas formalmente previstos (positivados), devendo também ser concretizados no dia a dia das pessoas, pois são garantias vinculadas à dignidade da pessoa humana, figurando, dentre essas garantias, a liberdade e a igualdade entre todos como sendo dois dos direitos fundamentais mais importantes.

Essa definição de José Afonso da Silva, além de ser útil em provas preliminares, pode servir como ponto de partida para elaborar respostas em provas discursivas e orais.

Há três elementos muito importantes na expressão utilizada por José Afonso da Silva trazida acima. Vejamos:

- 1) O autor menciona **DIREITOS**. Isso é importante, porque são direitos subjetivos; os direitos fundamentais revelam uma relação jurídica obrigacional, sendo direitos, e não meras aspirações. Por trás de um direito, há uma relação jurídica vinculada a uma obrigação, relação jurídica essa que, em termos clássicos, envolve um credor, um devedor e um objeto. Esse credor, em termos clássicos, é o ser humano, que é o segundo elemento do conceito aqui analisado.
- 2) Aparece como credor dessa relação jurídica obrigacional o **HOMEM**, isto é, o ser humano (pois são direitos do homem).
- 3) O terceiro elemento é a palavra **FUNDAMENTAL**. Cuida-se de direito fundamental, o que evidencia não se tratar de um direito qualquer, mas sim de um direito ligado à dignidade da pessoa humana. Cuida-se de uma prestação positiva ou negativa (isto é, de um fazer ou de um não fazer) ligada à dignidade da pessoa humana.

Existem diversos critérios para estabelecer a fundamentalidade ou não de um direito, isto é, para dizer qual direito é ou não fundamental. O critério mais utilizado na doutrina e nas bancas de concurso é o da **fundamentalidade à luz da sua vinculação à dignidade da pessoa humana**, segundo o qual um direito é fundamental quando ele tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, isto é, quando ele está em uma

situação na qual, se for suprimido do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana será afetada negativamente.

E quem é o **devedor** dessa relação jurídica obrigacional mencionada acima? Como visto, o credor é o ser humano e o objeto é uma prestação positiva ou negativa ligada à dignidade da pessoa humana. O devedor nessa relação jurídica, sob a ótica clássica, por sua vez, é **o Estado**, que é o grande devedor de direitos fundamentais.

Portanto, direitos fundamentais trazem consigo uma relação jurídica obrigacional que tem como credor o ser humano; como objeto uma prestação positiva ou negativa ligada à dignidade da pessoa humana; e como devedor o Estado.

Por fim, é importante registrar que existe, ainda, a categoria chamada **direitos do homem**, que também são direitos que se prestam a proteger e promover a dignidade humana (tal quais os direitos humanos e os direitos fundamentais), porém, com a peculiaridade de não estarem previstos em nenhum documento interno ou internacional. Os direitos do homem têm viés jusnaturalista, portanto.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como se chegou no estágio atual dos direitos fundamentais? Qual foi a evolução histórica que levou ao momento presente dos direitos fundamentais?

Embora se possa falar em antecedentes históricos dos direitos humanos desde a antiguidade clássica, em concursos o mais importante não são os antecedentes remotos, mas sim os chamados **antecedentes próximos**.

Os antecedentes próximos são o conjunto de documentos do constitucionalismo (especialmente do constitucionalismo inglês, do constitucionalismo norte-americano e do constitucionalismo francês) e de documentos oriundos das Nações Unidas. Esses documentos escritos consubstanciam os antecedentes próximos, ao lado do pensamento doutrinário de vários autores e filósofos, como Kant, Hobbes, Rousseau etc.

Os principais documentos componentes dessa evolução histórica que são citados em provas de concursos são os seguintes:

- a) *Magna Carta Libertatum* (1215);
- b) *Petition of Rights* (1628);
- c) *Habeas Corpus Amendment Act* (1679);
- d) Corpo de Liberdades de Massachusetts (1641);
- e) Forma de Governo da Pensilvânia (1682);
- f) *Bill of Rights* (1689);
- g) Declaração de direitos do bom povo da Virgínia (12/06/1776);
- h) Declaração de Independência dos Estados Unidos (04/07/1776);
- i) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Assembleia Constituinte Francesa, 26/08/1789);
- j) Carta das Nações Unidas (26/06/1945); e
- k) Declaração Universal dos Direitos do Homem (10/12/48).

Esses documentos estão ligados também ao constitucionalismo, pois, como se sabe, há uma íntima relação entre o constitucionalismo e os direitos humanos/fundamentais, já que um dos aspectos/escopos do constitucionalismo é a limitação do poder e a garantia de direitos (é por isso que há uma similitude entre a evolução histórica do constitucionalismo e a evolução histórica dos direitos humanos/fundamentais).

Cabe, dentre todos, destacar a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Assembleia Constituinte Francesa**, declaração essa que foi proposta por Lafayette tendo como inspiração a doutrina de Thomas Jefferson, que redigiu a Declaração da Virgínia e a Declaração de Independência dos EUA (Thomas Jefferson, aliás, era embaixador dos EUA na França na época da Revolução Francesa e na época da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo ele influenciado o documento francês, sendo esse o motivo de a declaração francesa ser muito similar à Declaração da Virgínia e à Declaração de Independência dos EUA).

A declaração francesa tem um papel fundamental na expressão “direitos do homem” e também na afirmação da universalidade dos direitos humanos. Aliás, é possível ver o caráter universal da declaração francesa, por exemplo, no seu art. 2º (que, ao se referir a toda associação política, quer se referir a todo Estado, a todo Governo).

“Artigo 2º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Nesse dispositivo, há direitos naturais imprescritíveis do homem como sendo o fundamento e a finalidade de todo Governo e de todo Estado. Esses direitos básicos são os seguintes: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão.

A universalidade também está presente no art. 16, que se refere não apenas à sociedade francesa, mas a toda e qualquer sociedade. Esse dispositivo se alinha com o conceito ideal de constituição (segundo o qual a constituição é o documento escrito que prevê separação de poderes e garantia de direitos fundamentais, sendo estes, no caso, os direitos fundamentais civis e políticos clássicos). Lembre-se que esse dispositivo é universal, ele se dirige a todo o mundo, e não apenas à França.

“Artigo 16, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes, não tem constituição.”

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi incorporada à Constituição Francesa de 1791 como seu preâmbulo e também à Constituição Francesa de 1793. Além disso, **essa declaração é um marco da chamada primeira geração de direitos humanos**, que é caracterizada pela prevalência de **direitos universais ligados a uma abstenção do Estado**, a um não fazer, tendo foco na liberdade e na igualdade formal.

Essa primeira geração de direitos fundamentais é uma geração que pretende tornar o indivíduo livre do abuso do Estado, que era absolutista. Nesse contexto (o surgimento da ideia de direitos humanos universais), esses direitos querem, principalmente, fazer com que o Estado não possa interferir na esfera privada dos indivíduos; e é por isso que, aí, o Estado deve, essencialmente, não fazer (deve não retirar a liberdade, não retirar a propriedade, não impedir a manifestação do pensamento etc.). Esses direitos, então, **são os direitos civis clássicos e os direitos políticos ou de participação**. Esses direitos estão vinculados a uma igualdade FORMAL.

Enfim, a primeira geração de direitos fundamentais surge com a declaração francesa feita no bojo da Revolução Francesa e também com o movimento revolucionário norte-americano. **Esses dois movimentos consagraram a primeira geração de direitos fundamentais**.

A **segunda geração de direitos fundamentais** surge no início do século XX com as constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar), que trouxeram direitos caracterizados por consubstanciarem **obrigações de fazer**, sendo, portanto, direitos prestacionais, direitos positivos, e não mais direitos negativos (como são os de primeira geração).

Os direitos de segunda geração são focados na **igualdade material**: o Estado deve providenciar prestações positivas para promover uma igualdade material entre as pessoas. São os **direitos sociais, econômicos e culturais**. Exemplos são o direito à educação e o direito à saúde.

A **terceira geração de direitos humanos/fundamentais** também surge no século XX, mas ela **está ligada a uma titularidade coletiva ou difusa**, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na terceira geração, portanto, não se refere ao homem individualmente considerado, mas sim ao ser humano considerado como coletividade.

Todo esse desenvolvimento de direitos fundamentais universais sofre um retrocesso muito grande com a Segunda Guerra Mundial, quando, por trás da filosofia nazifascista, houve uma negação à universalidade dos direitos fundamentais. Sustentou-

se, assim, inexistirem direitos universais (isto é, direitos de todos), porque os seres humanos, segundo essa filosofia, seriam divididos em raças, havendo uma raça superior e raças inferiores, reconhecendo-se direitos apenas à raça superior e sendo eles negados às raças inferiores, que eram simplesmente exterminadas.

Quando a ideologia nazifascista cai, tem-se um novo momento de reafirmação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e a **construção de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, sistema esse apoiado na ideia da dignidade da pessoa humana**, a qual tem como fundamento filosófico mais importante as ideias de Kant, que faz a seguinte distinção entre pessoas em coisas:

- **PESSOA** é um fim em si mesmo; possui dignidade; deve ser dotada de autonomia; é insubstituível.
- **COISA** é um meio; é um instrumento para realizar a dignidade humana; não tem dignidade, mas sim preço (que pode ser um preço econômico ou um preço afetivo).

Segundo Kant, portanto, coisas são instrumentos, enquanto pessoas são um fim em si mesmo; as coisas servem para concretizar a dignidade das pessoas (por esses motivos, o maior crime que pode ocorrer é transformar pessoas em coisas, é coisificar o ser humano, é tratar o ser humano como se fosse um instrumento ou uma coisa, e foi exatamente isso o que fez o nazifascismo, o qual exterminou milhões de pessoas, tratando-as como coisas, e não como seres dotados de dignidade).

CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina traz muitas abordagens diferentes sobre as características dos direitos fundamentais. As características mais cobradas em provas são as seguintes:

- a) Historicidade;
- b) Inalienabilidade (ou indisponibilidade);
- c) Personalidade;
- d) Imprescritibilidade;

- e) Irrenunciabilidade;
- f) Constitucionalização;
- g) Inviolabilidade;
- h) Vinculação dos poderes públicos;
- i) Aplicação imediata;
- j) Limitabilidade (ou relatividade);
- k) Indivisibilidade e interdependência;
- l) Não taxatividade;
- m) Proibição de retrocesso;
- n) Concorrência; e
- o) Universalidade.

Vamos analisar cada uma dessas características a seguir.

Historicidade

Que significa dizer que os direitos fundamentais são históricos?

Walter Claudius Rothenburg diz que há duas visões sobre a historicidade que devem ser mencionadas, a saber:

1ª visão: existem direitos que são comuns à história de diversas sociedades. Assim, os direitos fundamentais são históricos por estarem presentes na história de muitas sociedades.

2ª visão: cuida-se de uma concepção que Walter Claudius Rothenburg chama de otimista ou romântica. Ela é de cunho evolucionista e diz que, no curso da história, os direitos fundamentais clássicos são aperfeiçoados e novos direitos fundamentais surgem, à medida em que vão mudando os interesses da sociedade. São, portanto, novos direitos ligados a novos interesses necessários para a concretização da dignidade da pessoa humana. Essa segunda visão, portanto, significa que direitos fundamentais

são reconhecidos, modificados e podem até mesmo desaparecer com o passar do tempo, em alguns contextos históricos e sociais. Nessa visão, os direitos fundamentais são históricos porque são resultado de um processo histórico de luta pela sua afirmação, não sendo um dado da natureza, mas construídos pela luta do homem por sua afirmação. Dessa forma, eles são históricos porque há uma afirmação gradual deles no decorrer da história, tendo eles uma índole evolutiva (conforme surgem novas necessidades ou novas ameaças à dignidade humana, esses novos direitos vão surgindo como novos direitos fundamentais indispensáveis à promoção/proteção da dignidade da pessoa humana).

Inalienabilidade (ou indisponibilidade)

A inalienabilidade significa que os direitos fundamentais são intransferíveis, indisponíveis, inegociáveis, inalienáveis. São, em suma, coisas fora do comércio, não podendo ser objeto de negócio jurídico. Eles são desprovidos de conteúdo econômico patrimonial.

Assim, o titular não pode tornar impossível física ou juridicamente (por meio de um contrato, por exemplo) o exercício por si mesmo dos seus direitos fundamentais. Ou seja, ninguém pode negociar, por exemplo, a sua liberdade, a sua capacidade de ser igual às outras pessoas etc. O fundamento da indisponibilidade é a dignidade da pessoa humana: ninguém pode se despir de sua própria dignidade (ao menos juridicamente falando). Por isso, o consentimento do titular de um direito fundamental não é suficiente para tornar legítimo e constitucional qualquer negócio jurídico que possa afetar tal direito. Por exemplo, uma pessoa não pode se tornar escrava de outra vendendo a ela sua liberdade; não é possível que alguém venda ou comercialize partes do corpo humano (**ATENÇÃO!** O art. 199, § 4º, da CF/88 diz justamente que é vedado todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, cuidando-se de um dispositivo constitucional na linha da inalienabilidade dos direitos fundamentais).

Porém, veja-se o seguinte: direitos fundamentais não são absolutos, podendo seu exercício sofrer restrições. Assim como os direitos fundamentais não são absolutos,

a sua indisponibilidade também não é absoluta, o que significa que a inalienabilidade dos direitos fundamentais deve ser aferida caso a caso, à luz da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento dos direitos humanos. Isso porque vários negócios jurídicos válidos afetam, ainda que indiretamente (ou ao menos tangenciam) direitos fundamentais, sem que isso caracterize qualquer problema, como é o caso do contrato de utilização da imagem (uma pessoa pode permitir que alguém utilize comercialmente sua imagem para fins econômicos, sem problema algum). No entanto, há um limite: o que não se pode fazer é transferir o direito fundamental (como o direito de imagem) para outra pessoa, abrindo mão da titularidade desse direito. O que é possível é relativizar temporariamente o direito fundamental, mas não se pode dele dispor de forma integral e permanente.

Além disso, é preciso notar que não se pode confundir a indisponibilidade de um direito com a disponibilidade do bem sobre o qual recai esse direito. Como assim? Note-se que o direito de propriedade é indisponível, de modo que não é possível a celebração de um negócio jurídico em que a pessoa abra mão do seu direito de ser titular do direito de propriedade abstratamente considerado, mas a pessoa pode abrir mão da propriedade de um determinado objeto (a coisa sobre a qual recai o direito de propriedade é comercializável; o que não é comercializável é a capacidade de ser proprietário).

Personalidade

Os direitos fundamentais são personalíssimos. Assim, eles se extinguem com a morte de seu titular. Note-se, assim, que terceiros podem herdar bens (materiais ou imateriais) sobre os quais incide o direito de propriedade do falecido (e, a partir da morte do titular, passarão a sofrer a incidência do direito de propriedade dos herdeiros), mas não podem herdar direitos fundamentais do instituidor da herança.

Imprescritibilidade

Direitos fundamentais não prescrevem, isto é, eles não se perdem pelo decurso do tempo, ainda que nesse período não sejam exercidos. Eles são sempre exigíveis.

José Afonso da Silva faz a seguinte observação (já cobrada em provas): a prescrição atinge a exigibilidade de direitos patrimoniais comuns, não a exigibilidade de direitos fundamentais (que são personalíssimos).

Irrenunciabilidade

Não é possível renunciar a um direito fundamental. Os direitos fundamentais são irrenunciáveis. O que pode ocorrer é que alguém não exerça um direito fundamental, por força de uma autolimitação voluntária do seu titular, autolimitação essa que é revogável a qualquer tempo. Por exemplo, quando alguém passa por uma situação desagradável e decide não mais sair de casa, isso não significa que essa pessoa renunciou à sua liberdade de ir e vir, que é imprescritível e irrenunciável (essa limitação no exercício do direito fundamental de ir e vir foi feita voluntariamente pelo seu titular e é revogável a qualquer tempo).

E quanto aos contratos envolvendo *reality shows*? Nesses casos, a porta do imóvel em que as pessoas estão confinadas deve ser mantida aberta, não sendo permitido que tranquem a porta e impeçam que as pessoas ali confinadas deixem o local. Essas pessoas se colocam em confinamento voluntariamente, mas têm de ter o direito de sair de lá quando desejarem, não podendo ficar presas.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS?

(CESPE – PGM/BH – 2017) Acerca dos direitos e garantias fundamentais, assinale a opção correta.

- a) Após a condenação criminal transitada em julgado, os direitos políticos do infrator ficarão suspensos enquanto durarem os efeitos da referida condenação.
- b) Nas situações em que se fizer necessário, o cidadão poderá impetrar *habeas data* para obter vistas dos autos de processo administrativo de seu interesse.

c) O *habeas corpus* é o instrumento adequado para impedir o prosseguimento de processo administrativo.

d) Os direitos fundamentais são personalíssimos, razão por que somente o seu titular tem o direito de renunciá-los.

COMENTÁRIOS:

a) Essa é a exata previsão do art. 15, III, da CF/88 (“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”).

b) O *habeas data* é cabível quando se tratar de informações relativas ao próprio requerente. Por outro lado, para ter acesso a um processo administrativo, o remédio cabível é o mandado de segurança.

c) Não é cabível *habeas corpus* nesse caso, pois de processo administrativo não pode resultar cerceamento do direito de locomoção.

d) Conforme visto neste material, os direitos fundamentais são irrenunciáveis.

GABARITO: A

Constitucionalização

Conforme visto, o que diferencia direitos humanos de direitos fundamentais é o fato de que os direitos humanos são previstos na ordem internacional, enquanto os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico interno, preferencialmente na Constituição (isso é a constitucionalização: os direitos fundamentais devem ser positivados no ordenamento jurídico interno no plano constitucional formal, isto é, eles devem estar previstos no texto constitucional formal).

Note-se que a fundamentalização (que é a consideração de um direito como sendo fundamental) e a constitucionalização (que é a previsão de um direito na constituição formal), embora estejam relacionadas, não são expressões sinônimas. Uma coisa é dizer que um direito é fundamental (o que significa dizer que ele está ligado à dignidade da pessoa humana) e outra coisa é dizer que um direito é constitucionalizado (o que significa dizer que ele está previsto na Constituição escrita). Perceba-se que o direito positivado na Constituição formal pode ser ou não um direito fundamental

material, isto é, um direito escrito na Constituição, ainda que com o rótulo de direito fundamental, pode ter ou não vinculação com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, um direito será materialmente fundamental (isto é, terá característica de direito fundamental) se tiver vinculação com a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, um direito escrito na Constituição pode ser um direito fundamental apenas sob o ponto de vista formal, sem ter qualquer vinculação com a dignidade da pessoa humana, como é o caso do inciso do art. 5º da CF/88 que insere no rol de direitos fundamentais a propriedade dos nomes e signos distintivos das empresas (pessoas jurídicas), o que é direito fundamental apenas formalmente, mas não do ponto de vista material, haja vista não ter relação com a dignidade da pessoa humana.

O ideal é que todos os direitos materialmente fundamentais estejam previstos na Constituição formal. De qualquer forma, o que a Constituição traz é sempre um rol ABERTO de direitos fundamentais, não esgotando o tema.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS?

Por razões didáticas, diferentemente do modelo normalmente adotado neste material, desta vez, comentarei cada uma das assertivas de imediato (e não em seção destinada especificamente aos comentários), pois, assim, conseguiremos aprofundar o tema de forma mais organizada. Vamos lá.

(MP/GO – Promotor – 2014) A 9ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América diz textualmente: “A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo”. Segundo a visão de alguns autores, e citada Emenda encerra “norma com fattispecie aberta”, segundo a qual certos direitos não se limitam àqueles descritos na Constituição. Com base nessas premissas, indique a assertiva correta:

a) O quadro acima apresentado indica, precipuamente, o fenômeno da chamada constitucionalização dos direitos fundamentais, que encontra raízes nas lições de Robert Alexy, consistente na incorporação de direitos nas constituições formais.

RESPOSTA:

INCORRETO. O enunciado da questão trata principalmente da fundamentalidade material dos direitos, da abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais, ou seja, do fato de que podem ser reconhecidos direitos fundamentais que não estejam escritos no catálogo formal.

b) A fundamentalidade material é uma noção que permite a abertura a outros direitos fundamentais não previstos expressamente no texto constitucional, e essa mesma noção se dá por meios que prescindem da Constituição formal.

RESPOSTA:

INCORRETO. A noção de fundamentalidade material de direitos só faz sentido se existir uma constituição formal escrita, pois, se a constituição for não escrita, a divisão entre direitos fundamentais formais e materiais desaparece.

c) A fundamentalidade material fornece suporte para a abertura a novos direitos fundamentais, sendo correto observar que aos direitos fundamentais só materialmente constitucionais são aplicáveis aspectos típicos do regime jurídico da fundamentalidade formal.

RESPOSTA:

CORRETO. A noção de fundamentalidade material implica existência de direitos fundamentais não escritos (implícitos), aos quais se aplicam aspectos típicos da fundamentalidade formal, como por exemplo a possibilidade de servir de fundamento para a inconstitucionalidade de leis ordinárias (uma lei ordinária pode ser inconstitucional por violar um direito fundamental implícito, e não apenas se violar um direito fundamental expresso no texto constitucional).

Portanto, os direitos fundamentais implícitos têm regime jurídico similar ao daqueles que estão previstos expressamente no texto constitucional.

d) A abertura material dos direitos fundamentais, ancorada na tipicidade desses mesmos direitos (“cláusula inesgotável”), reconhece como idênticos os fenômenos da constitucionalização e da fundamentalização.

RESPOSTA:

INCORRETO. A abertura material dos direitos fundamentais (isto é, a cláusula da inesgotabilidade) admite a existência de direitos fundamentais que não estão tipificados. Por isso, autores como o Prof. Jorge Miranda denominam a abertura material de “não tipicidade de direitos fundamentais”. Além disso, “constitucionalização” (que é previsão de um direito na constituição formal) e “fundamentalização” (que é consideração um direito como sendo fundamental, independentemente de estar escrito ou não) embora relacionados não são fenômenos idênticos.

GABARITO: C

Inviolabilidade

Os direitos fundamentais são **INVIOLÁVEIS**, no sentido de que eles devem ser obrigatoriamente observados. Quem os deve observar: o legislador (ao elaborar normas infraconstitucionais, pois o direito positivo deve respeitar os direitos fundamentais); os agentes do poder público; e os demais particulares (sejam pessoas físicas ou jurídicas, por força da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Vinculação dos poderes públicos

Os direitos fundamentais vinculam a **TODOS** (cuida-se da universalidade dos direitos fundamentais no plano da vinculação). Mas eles vinculam especialmente os poderes públicos: os atos dos poderes constituídos devem ser impregnados de uma observância dos direitos fundamentais, sob pena de serem inválidos.

Os direitos fundamentais, assim, são limites e parâmetros à atuação positiva e negativa, material e legislativa do Estado. Dessa forma, o Estado não pode agir ou deixar de agir nem tampouco legislar violando direitos fundamentais, e essa vinculação atinge atos dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Portanto, todos os poderes públicos estão vinculados pelos direitos fundamentais.

Aplicação imediata dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, conforme consta do art. 5º, § 1º, da CF/88, dispositivo do qual se extrai o postulado normativo da máxima efetividade (já estudado neste curso), segundo o qual, em resumo, na interpretação constitucional, deve-se priorizar o resultado que confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

“Art. 5º, § 1º, CF/88. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

Aqui, é necessário ter muito cuidado com uma questão: no contexto do estudo dos direitos fundamentais, **aplicação não é a mesma coisa que aplicabilidade**. Nesse sentido, o fato de toda norma definidora de direito fundamental possuir aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88) não significa que todas elas possuam, também, aplicabilidade imediata. Na verdade, como já estudamos, a aplicabilidade da norma constitucional tem a ver com a famosa classificação de acordo com o seu grau eficaz (podendo ser norma de eficácia plena, contida ou limitada). Por outro lado, a aplicação imediata (prevista no art. 5º, § 1º, da CF/88) significa que, em caso de não cumprimento pelo poder público de alguma norma consagradora de direito fundamental, o titular do direito violado pode buscar sua implementação por meio do Poder Judiciário, podendo se valer, para isso, de instrumentos conferidos pelo próprio constituinte, notadamente, do mandado de injunção.

Disso se pode perceber que uma norma consagradora de direito fundamental, embora eventualmente seja de eficácia limitada (tendo, portanto, aplicabilidade apenas mediata), possui aplicação imediata, de modo que a sua concretização, caso não levada a efeito pela autoridade responsável, pode ser exigida pelo titular do direito mediante provocação do Poder Judiciário.

Essa sutil diferenciação já foi cobrada em prova objetiva, tendo sido verdadeira “casca de banana”. Por isso, recomendo que, acaso as diferentes assertivas da questão proposta pela banca apresentem as expressões “aplicação imediata” e “aplicabilidade imediata” ao se referirem a direitos fundamentais, o candidato tenha redobrada atenção e verifique se o examinador está exigindo o conhecimento sobre o art. 5º, § 1º, da CF/88 ou sobre a classificação das normas constitucionais de acordo com o seu grau eficaz.

Limitabilidade (ou relatividade)

Direitos fundamentais não são absolutos, eles podem sofrer limitações em face de outros direitos ou valores fundamentais, e o STF já disse isso expressamente, como ocorreu no MS 23.452, julgado em 16/09/1999.

Nesse precedente, a Corte esclareceu que *“não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (...) pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”*.

Vê-se, então, que os direitos fundamentais não são absolutos, porque o seu exercício não pode levar a uma violação de direitos de terceiros ou da ordem pública. É a conhecida história: “o seu direito termina onde começa o meu” (e vice-versa).

Portanto, não há direitos fundamentais absolutos ou ilimitados. Inclusive, nem mesmo o direito à vida é absoluto, porque se admite, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade e mesmo a pena de morte (em caso de guerra declarada).

Note-se, porém, que há na doutrina quem defenda a existência de pelo menos dois direitos fundamentais que seriam absolutos, quais sejam:

- O direito fundamental a não ser submetido a tortura; e
- O direito fundamental a não ser escravizado.

Indivisibilidade e interdependência

Que significa dizer que os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes?

Na década de 1960, quando alguns tratados foram redigidos, os EUA e outros países não quiseram reconhecer os direitos sociais, econômicos e culturais como direitos fundamentais, mas apenas os direitos civis e políticos clássicos. Por esse motivo, foram firmados dois tratados, um sobre os direitos civis e políticos e outro sobre os direitos sociais, econômicos e culturais.

Quando se olha para esses dois pactos separados, a tendência é imaginar que é possível dividir os direitos fundamentais e que eles seriam divisíveis e independentes (direitos civis e políticos de um lado e direitos econômicos, sociais e culturais de outro). Isso, porém, é um equívoco. Na verdade, de nada adiantaria ter direitos civis sem ter, também, direitos econômicos, sociais e culturais; não adianta ter a liberdade de ir e vir, se não tem renda e direitos sociais (por exemplo, as pessoas são livres para viajar a Paris e visitar os locais relacionados com a Revolução Francesa, mas de nada adianta ter isso se não têm renda, se não têm dinheiro para que essa liberdade de ir e vir seja exercida). Da mesma forma, não adianta ter renda/recursos para se locomover, se não se tem a liberdade de ir e vir. **Portanto, os direitos fundamentais são interdependentes, eles não sobrevivem um sem o outro.**

Não taxatividade

O rol de direitos fundamentais constante da Constituição é um **rol aberto**; os direitos fundamentais expressos não excluem outros que estejam implícitos.

O catálogo expresso de direitos fundamentais previstos na Constituição é um rol aberto, é a chamada **cláusula de inesgotabilidade**. Portanto, o que está previsto expressa e formalmente não esgota a possibilidade de existirem outros direitos fundamentais. Outros direitos, ainda que não escritos, devem ser tidos como direitos fundamentais se forem essenciais à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, temos cláusula aberta expressa no texto da Constituição desde a Constituição de 1934. Na CF/88, essa cláusula é o § 2º do seu art. 5º.

“Art. 5º, § 2º, CF/88. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Proibição de retrocesso social

Essa vedação significa que não é possível retroceder em relação às conquistas de direitos sociais já alcançadas.

Esse princípio de proibição de retrocesso social também é chamado de: princípio do não retrocesso social; princípio da proibição da contrarrevolução social; princípio da proibição da evolução reacionária; ou efeito *cliquet* (esta última expressão é muito comum).

Concorrência

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a concorrência significa que uma determinada situação fática/conduita pode dar ensejo a muitos direitos fundamentais ao mesmo tempo, isto é, ela pode estar protegida, ao mesmo tempo, por vários direitos fundamentais. Em outras palavras: vários direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente, concorrentemente por um mesmo titular, ao mesmo tempo, em relação a uma mesma conduta humana. Um bom exemplo é o ato de participar de uma procissão religiosa nas ruas de uma cidade (essa procissão a céu aberto está protegida, ao mesmo tempo, pela liberdade de crença e de culto, pela liberdade de reunião, pela liberdade de locomoção).

Então, uma mesma situação pode estar protegida, ao mesmo tempo, por vários direitos fundamentais.

Universalidade

A universalidade tem algumas premissas que remontam à antiguidade clássica, mas o grande impulso dado à universalidade veio dos movimentos revolucionários do constitucionalismo norte-americano e do constitucionalismo francês, principalmente pela Declaração de Direitos da Virgínia, pela Declaração de Independência dos EUA e, evidentemente, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (da Assembleia Francesa de 1789). Esses três documentos mencionados foram fundamentais para a ideia de que há direitos universais: qualquer ser humano tem determinados direitos pelo simples fato de ser um ser humano.

É possível identificar a universalidade em **quatro planos distintos** (em outras palavras, existem quatro planos distintos de universalidade):

- 1) Plano da Titularidade (também chamado de amplitude subjetiva da universalidade);
- 2) Plano Temporal (há uma amplitude atemporal da universalidade);
- 3) Plano Cultural; e
- 4) Plano da Vinculação.

O que significa a universalidade em cada um desses planos?

No **plano da titularidade**, significa que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais; a condição de ser humano é a única condição necessária para ser titular de direito fundamental.

O **plano temporal** significa que os direitos humanos/fundamentais são universais porque eles estão presentes em todas as épocas da história. Por esse ponto de vista, quando se observa o surgimento de um novo direito fundamental, isso nada mais é do que uma mudança de percepção em relação a direitos que já seriam existentes (como diz André Ramos Tavares, seria “tirar o pó de algo que jazia incógnito”). Portanto, o plano temporal da universalidade significa que os direitos humanos/fundamentais sempre existiram em todas as épocas da história (perceba-se que isso se choca um pouco com algumas das visões relativas à historicidade, vista nesta aula).

O **plano cultural** significa que os direitos fundamentais/humanos são universais porque estão presentes (ou devem estar presentes) em todas as culturas do globo. Essa dimensão se relaciona com o processo de universalização desses direitos, que seriam reconhecidos assim que determinada cultura atingisse certo nível de compreensão. Portanto, os direitos fundamentais estão presentes em todas as culturas ou, se ainda não estão presentes em alguma cultura, é porque essa cultura ainda não atingiu determinado estágio de compreensão (essa ideia é complicada porque traz consigo a premissa de que as diferentes culturas se encontram hierarquizadas, havendo culturas superiores e culturas inferiores).

O **plano da vinculação** significa que os direitos humanos/fundamentais são universais porque obrigam a todos (os Estados, os legisladores, os juízes, as pessoas físicas, as pessoas jurídicas etc.).

Há sérias críticas à universalização (principalmente no plano cultural), tendo em vista a diversidade/relativismo das culturas existentes no mundo. O pensamento de que

há níveis hierárquicos de culturas (inferiores e superiores) é um pensamento que está ultrapassado nos dias atuais, haja vista não se admitir a hierarquização de culturas.

Por outro lado, a universalidade permite que, em determinadas culturas que ainda não professam direitos humanos, as pessoas oprimidas pela inobservância de tais direitos tomem consciência da opressão que sofrem. Assim, a ideia de universalidade acaba servindo de esperança de libertação para pessoas que padecem de situações forçadas ou indesejadas (como o caso de mulheres que são submetidas a casamento forçado, a mutilação genital, a escravidão doméstica etc.).

Dessa forma, a ideia básica é que os direitos humanos/fundamentais possam assegurar, ao menos, a liberdade de escolha das pessoas, independentemente da cultura dominante em que se encontrem inseridas. E, nesse contexto, as melhores soluções para o embate entre a universalidade e o relativismo (das culturas) são as soluções que buscam diálogos interculturais, como, por exemplo, as teorias do professor Boaventura de Sousa Santos e do professor Joaquin Herrera Flores.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS?

(CESPE – DPE/RR – 2013) O conceito de universalismo de chegada:

- a) contrapõe-se, no que se refere à definição dos direitos humanos, às considerações sobre o contexto cultural de cada sociedade.
- b) sintetiza as garantias universais aptas a sustentar uma teoria dos direitos humanos intercultural.
- c) opõe-se às ideias do relativismo cultural e aproxima-se das do universalismo de partida.
- d) associa-se à ideia de humanidade em sua indistinta integralidade cultural e social.
- e) está associado ao desenvolvimento de uma teoria de direitos humanos alheia às peculiaridades culturais de cada sociedade.

COMENTÁRIOS:

Primeiramente, é necessário entender do que se trata o universalismo de chegada.

Conforme visto, o universalismo tem um embate com a questão do relativismo cultural. E as melhores formas de compatibilizar a universalidade com o relativismo

cultural são as concepções que procuram os diálogos entre as culturas sem partir da premissa de que uma cultura é superior a outra. Nesse sentido: Boaventura de Sousa Santos e Joaquin Herrera Flores.

Joaquin Herrera Flores adota uma linha de diálogo intercultural na qual ele propõe justamente a **universalidade de chegada**, e não a universalidade de partida.

A universalidade **de partida** é aquela em que, no INÍCIO de um diálogo, uma parte diz à outra que esta deve reconhecer os direitos humanos porque eles dizem com uma cultura mais elevada, e quem não os reconhece se encontra em um nível inferior (assim, uma parte diz à outra que ela deve absorver os direitos humanos conforme preconiza sua cultura). Essa é a ideia: estabelecer quais são os direitos humanos na partida do diálogo, isto é, no início do diálogo, e, nesse caso, o choque com o relativismo é inevitável.

Assim, Joaquin Herrera Flores propõe que os direitos fundamentais universais sejam aqueles não do início (pré-concebidos), mas sim aqueles que são alcançados no final do diálogo, sem se partir da premissa de que a cultura de um dos interlocutores está correta e a outra está errada. Dessa forma, as culturas devem dialogar para se identificar, em ambas as culturas, quais são os direitos universais que pertencem a todos.

Nesse contexto, a **universalidade de chegada busca atingir uma síntese universal dos direitos** (isto é, busca quais são os direitos realmente universais) após um processo de diálogo intercultural, e não antes desse diálogo, não através de um universalismo de partida. Logo, a ideia aqui é identificar quais são os direitos humanos universais dentro de um diálogo sem posições pré-concebidas.

Agora, **analisemos as assertivas** da questão apresentada:

Item “a”: INCORRETO. O universalismo de chegada leva em consideração o contexto cultural de uma dada sociedade.

Item “b”: CORRETO. O universalismo de chegada busca justamente sintetizar quais são as garantias universais que conseguem sustentar uma teoria dos direitos humanos entre as culturas envolvidas.

Item “c”: INCORRETO. São conceitos diferentes. Ademais, o universalismo de chegada não se opõe ao relativismo cultural.

Item “d”: INCORRETO. Não há uma integralidade única e indistinta; há várias realidades diferentes.

Item “e”: INCORRETO. O universalismo de chegada considera as peculiaridades culturais de cada sociedade.

GABARITO: B

PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde um famoso caso decidido em 1958 pela Corte Constitucional da Alemanha, tem-se entendido que há uma **dupla perspectiva dos direitos fundamentais**, conforme segue.

Perspectiva (ou dimensão) subjetiva

É a perspectiva que relaciona os direitos fundamentais com uma relação obrigacional.

Para essa perspectiva, então, os direitos fundamentais são direitos subjetivos. Conforme já visto nesta aula, os direitos fundamentais têm, por trás de si, uma relação obrigacional envolvendo um credor, um devedor e um objeto. Nesse sentido, direitos fundamentais, na dimensão subjetiva, são direitos subjetivos da pessoa humana em face do Estado (e também de outros particulares). Cuida-se de uma perspectiva clássica.

Esses direitos fundamentais (subjetivos) são justiciáveis (ou judicializáveis), o que significa dizer que eles são direitos que podem ser exigidos judicialmente.

Nessa dimensão clássica, então, os direitos fundamentais são autênticos direitos subjetivos que têm por trás de si uma relação jurídica obrigacional e que permitem ao seu credor judicializar esses direitos (eles podem ser exigidos judicialmente).

Perspectiva (ou dimensão) objetiva

Além de serem direitos subjetivos, os direitos fundamentais formam um conjunto de finalidades ou valores objetivos básicos de uma determinada sociedade; eles compõem uma ordem de valores, um ordenamento axiológico objetivo. Assim, os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos, são também um conjunto de valores, consubstanciando os valores mais importantes de uma determinada sociedade. Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais possuem duas funções principais, a saber:

- I) Eles **são diretrizes obrigatórias para o poder público e para os particulares em geral**. São diretrizes obrigatórias para o poder público porque eles têm uma eficácia dirigente do poder público: o poder público é dirigido para a finalidade de concretizar direitos fundamentais, ele tem a obrigação de adotar políticas públicas no sentido da concretização dos direitos fundamentais, tem a obrigação de legislar visando proteger e assegurar a concretização dos direitos fundamentais. E são diretrizes obrigatórias para a sociedade e os particulares em geral porque os particulares e a sociedade como um todo estão submetidos a DEVERES FUNDAMENTAIS.
- II) Eles servem como **vetores interpretativos de todo o sistema normativo**, especialmente no que diz respeito a decisões judiciais no controle de constitucionalidade. Assim, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais têm a função de orientar a interpretação do sistema normativo de um determinado Estado.

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aqui, serão analisados os planos de eficácia dos direitos fundamentais, que são, basicamente, dois:

- I) Eficácia VERTICAL; e

II) Eficácia HORIZONTAL (também chamada de **eficácia privada**).

Esse tema já foi tangenciado anteriormente nesta aula.

Enfim, esses dois planos de eficácia podem ser retratados da seguinte forma:

Eficácia vertical

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é aquela que diz respeito a uma relação entre o Estado e o particular. Normalmente, o particular é o credor de direitos fundamentais, enquanto o Estado é o devedor de direitos fundamentais. Essa relação é, como se pode perceber, vertical.

Isso corresponde a uma noção clássica de direitos fundamentais entendidos como direitos subjetivos que visam proteger a pessoa humana (o credor) em face do Estado (que é o grande devedor). Nesse caso, os direitos fundamentais operam em uma relação existente entre liberdade (das pessoas) e autoridade (do Estado).

Quase sempre os direitos fundamentais operam nessa dimensão subjetiva, nessa relação de eficácia vertical.

Eficácia horizontal

No plano da eficácia horizontal (ou privada), os direitos fundamentais estão inseridos nas relações entre os particulares, que são relações horizontais. Assim, os particulares estão coobrigados entre si a respeitarem os direitos fundamentais uns dos outros (“o meu direito termina onde começa o seu e vice-versa”).

Note-se que a eficácia horizontal NÃO DESCARTA A EFICÁCIA VERTICAL. Na verdade, a eficácia horizontal agrega a ideia de que os direitos fundamentais incidem

TAMBÉM nas relações entre os particulares, não apenas para que sejam respeitados os direitos alheios, mas também para que se evolua no sentido da implementação positiva (isto é, da concretização) de todos os direitos fundamentais. Em outras palavras: não só o Estado deve atuar para concretizar direitos fundamentais, devendo também toda a sociedade agir com esse mesmo objetivo.

A grande “sacada” na eficácia horizontal é a seguinte: se se imaginar uma relação jurídica obrigacional no plano dessa eficácia, será possível perceber que tanto o credor quanto o devedor são particulares. Portanto, o Estado fica de fora dessa relação jurídica obrigacional, mas não tão de fora assim, porque ele (o Estado) deve sempre ocupar pelo menos uma posição subjacente como garantidor mínimo de que os direitos fundamentais sejam respeitados também pelos particulares (afinal de contas, é o Estado que legisla para obrigar os particulares; é o Estado que mantém a polícia e os órgãos de fiscalização etc.).

Ao fim e ao cabo, tem-se que a eficácia horizontal é reforçada pelo fato de que não há apenas DIREITOS fundamentais, mas também DEVERES fundamentais. Aliás, o Capítulo I do Título II da CF/88 é o capítulo “DOS DIREITOS E **DEVERES** INDIVIDUAIS E COLETIVOS”. Portanto, não há somente direitos fundamentais, mas também deveres fundamentais. Nesse contexto, inclusive, há, por toda a CF/88, dispositivos que cuidam de direitos fundamentais e que impõem aos particulares (e não apenas ao Estado) obrigações relativas a direitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, dos arts. 225, 205, 227, que preveem deveres e obrigações derivados de direitos fundamentais e dirigidos a todas as pessoas, e não apenas ao Estado (por exemplo, é dever de toda a coletividade, e não apenas do Estado, promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado).

“**Art. 205, CF/88.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 225, CF/88. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

“Art. 227, CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Como ocorre a aplicabilidade dos direitos fundamentais em relação aos particulares? É uma aplicabilidade direta ou é uma aplicabilidade intermediada pelo legislador? Há **três posições na doutrina** sobre isso, a saber:

1ª posição: entende que direitos fundamentais não se aplicam às relações privadas, sendo eles exigíveis apenas do Estado. Essa posição está apegada à ideia clássica de que direitos fundamentais são direitos do ser humano em face do Estado, e tem como principal manifestação a **teoria (ou doutrina) da *state action* (*state action doctrine*)**, oriunda do constitucionalismo norte-americano (e adotada pela Suprema Corte dos EUA), que, como estudamos é de caráter liberal. Segundo essa doutrina, os direitos fundamentais se prestam a defender os indivíduos apenas de atos comissivos ou

omissivos estatais (e daí vem o nome “state action”, que, em uma tradução literal para o português, significa “ação do Estado”), não tendo aplicação em relações travadas entre particulares. A teoria da *state action*, porém, é **mitigada por dois grupos de exceções admitidos pela Suprema Corte Norte-americana**, que se referem a situações em que os direitos fundamentais podem ser invocados para proteger particulares de outros particulares. Essas **exceções** são as seguintes: **I)** quando o ato violador do direito é praticado (por um particular contra outro) no **desempenho de uma função tipicamente estatal** (essa exceção é chamada de *public function exception* ou *public function theory*); e **II)** quando o ato violador do direito é praticado (por um particular contra outro) **em nome do Estado**, o que pode se verificar em dois cenários diferentes, quais sejam, **(a)** em virtude de o particular ser um **delegatário do poder público** sem que integre a estrutura estatal, ou seja, o particular atua com a “força” do Estado, mas sem que o Estado esteja inserido na sua estrutura ou tenha poder de decisão direto sobre os seus atos (essa exceção é chamada de *entanglement exception* ou *entanglement theory*); ou **(b)** em virtude de haver um **entrelaçamento entre o particular e o poder público** de modo que o Estado (ou seus agentes) integre a própria estrutura do particular ou tenha poder de decisão em relação aos seus atos, caracterizando-se uma verdadeira **sobreposição entre as identidades do particular e do ente público**, como é o caso, comum nos EUA, de associações esportivas compostas por particulares e por entidades e/ou agentes do poder público (essa exceção é chamada de *entwinement exception* ou *entwinement theory*). Por fim, é importante registrar, como bem lembra Daniel Sarmiento, que, mesmo no constitucionalismo norte-americano, o entendimento firmado na teoria da *state action* de que os direitos fundamentais não conferem proteção a particulares contra outros particulares (mas apenas contra o Estado) **não se aplica ao direito de não ser escravizado** (previsto nos EUA na 13ª Emenda, que foi responsável por abolir a escravidão nesse país), podendo esse direito ser oposto a todos, inclusive, aos particulares.

2ª posição: entende que direitos fundamentais se aplicam às relações privadas **indiretamente**, através do legislador e da lei comum;

3ª posição: entende que direitos fundamentais se aplicam às relações privadas **diretamente**, sem necessidade de intermediação legislativa.

Qual é o entendimento predominante no Brasil?

No Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência inclinam-se no sentido de entender que os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas com prevalência da tese da aplicação DIRETA, sem necessidade de intermediação do legislador.

Por exemplo, no RE 201.819, o STF afirmou que *“as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição **vinculam diretamente** não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”*. Nesse mesmo sentido, podem ser lembrados, também, os seguintes precedentes: RE 201.819, RE 160.222, RE 158.215, RE 161.243 etc.

Portanto, o STF reconhece a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Além da eficácia vertical e da eficácia horizontal, há ainda na doutrina quem fale em **EFICÁCIA DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**.

Que eficácia seria essa? Seria uma **eficácia entre particulares, mas que estão em situações absolutamente assimétricas**, como, por exemplo, nas relações trabalhistas e nas relações de consumo. Logo, Direito do Trabalho e Direito do Consumidor seriam disciplinas que tratariam de direitos fundamentais em uma relação diagonal (entre particulares, mas sendo um deles hipossuficiente, isto é, mais fraco na relação).

TEORIA DOS QUATRO “STATUS” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essa teoria foi desenvolvida no final do século XIX por Georg Jellinek (em sua obra Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos). Essa teoria, considerando os direitos fundamentais consagrados, aponta a existência de quatro *status* (ou situações jurídicas) do indivíduo perante o Estado. **Essas quatro situações jurídicas, segundo essa teoria, são as seguintes:**

- 1) *Status passivo* (*status subjectionis*);
- 2) *Status ativo* (*status activus*);
- 3) *Status negativo* (*status libertatis*); e
- 4) *Status positivo* (*status civitatis*).

“*Status*” passivo

No *status passivo*, o indivíduo está em uma situação de subordinação em relação ao poder público, está em uma situação passiva. Nesse *status*, a pessoa possui deveres em face do Estado; o Estado pode impor às pessoas obrigações e proibições, como é o caso, por exemplo, do serviço militar obrigatório (a pessoa, aí, está em uma situação passiva, está subordinada a um dever para com o Estado).

Essa relação de sujeição ao Estado pode ser uma relação de sujeição geral ou especial.

A relação de sujeição **geral** é uma relação que atinge todas as pessoas, ou seja, todas as pessoas estão, de alguma forma, submetidas ao poder do Estado, que legisla obrigando a todos, exerce sua autoridade em relação a todas elas (mesmo que essa

autoridade não possa ser absoluta e ilimitada, ela existe, estando todos, de alguma forma – em maior ou menor medida –, submetidos ao poder do Estado).

Além da relação de sujeição geral, existe a relação de sujeição **especial**, que ocorre não em relação a todos, mas apenas em relação a algumas pessoas. Que pessoas são essas? As relações de sujeição especial dizem respeito a situações em que algumas pessoas estão especialmente submetidas ao poder do Estado, quando são pessoas que mantêm relações com o Estado nas esferas mais íntimas da Administração Pública, ou seja, no âmbito interno dos órgãos e das instâncias administrativas. São os casos, por exemplo, dos servidores públicos, dos alunos de escolas públicas e dos presos, pessoas essas que se encontram em uma relação especial de subordinação/sujeição ao Estado, porque elas estão nas entranhas do Estado, dentro do serviço público, dentro de escolas públicas, dentro de carceragens etc. Essas relações especiais de sujeição podem ser voluntárias (por exemplo, para ingressar no serviço público, o indivíduo precisa, por vontade própria, prestar concurso público, e, ao fazer isso, está buscando essa sujeição especial) ou involuntárias (como é o caso dos presidiários, dos militares em serviço obrigatório etc.).

Essa teoria das relações especiais de sujeição nasceu na Alemanha, onde se entendia que, na verdade, as atividades internas da Administração Pública não estavam sujeitas aos direitos fundamentais, ao direito comum, sendo regidas, na verdade, por normas internas, sendo impermeáveis pelo direito comum (o que vigorava no plano interno da Administração era uma autonomia administrativa plena, sem controle judicial). Essa concepção na Alemanha foi afastada pela ideia de Estado Democrático de Direito e pela expansão e consolidação dos direitos fundamentais, sendo o marco da mudança de pensamento na Alemanha uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 14/03/1972 em caso versando sobre a violação de correspondência de um preso (nesse caso, entendeu-se que a violação de correspondência de um preso deveria observar os direitos fundamentais, devendo estar prevista em lei, não podendo estar prevista apenas em normas internas da Administração).

É interessante notar que, no âmbito das relações especiais de sujeição, os direitos fundamentais das pessoas podem sofrer limitações mais severas do que as

limitações que existem no âmbito das relações gerais. Isso porque é necessário o bom funcionamento da instituição ou do serviço público mantido pela Administração, sendo possível haver uma limitação mais severa. Tome-se como exemplo o já mencionado direito ao sigilo de correspondência do preso: evidentemente, todas as pessoas sofrem alguma limitação no direito de correspondência (por exemplo, a lei diz que não é permitido enviar como correspondência dinheiro em espécie ou explosivos, cuidando-se de limitações gerais), mas o preso, além da limitação geral, pode ter, também, limitações especiais, desde que previstas na lei, como se verifica na Lei de Execuções Penais, que admite que o diretor do presídio abra correspondências dos presos. Mas lembre-se que essas limitações mais severas impostas às pessoas que se encontram em uma relação especial de sujeição devem estar autorizadas pela constituição e pelas leis, não podendo estar previstas apenas no âmbito interno da Administração; além de deverem ser proporcionais e razoáveis, limitando-se a restringir apenas o estritamente necessário; e terem um ônus de fundamentação mais severo do que a fundamentação das restrições dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram em uma relação geral de sujeição (isso porque quem está inserido em uma relação de sujeição no âmbito interno do Estado encontra-se em uma situação mais frágil do que as pessoas que estão fora do âmbito interno do Estado). Por isso, os limites dos limites (que serão estudados em momento futuro desta aula) devem ser mais rigorosos no âmbito das relações especiais de sujeição, pois a possibilidade de abuso estatal é muito maior aí do que nas relações gerais de sujeição.

“Status” ativo

Pelo *status ativo*, o indivíduo pode participar das decisões políticas, pode influir na formação da vontade do Estado. São os direitos de participação política (direito de votar, de ser votado etc.).

“Status” negativo

O *status negativo* (ou *status libertatis*) significa que há uma esfera de liberdade do indivíduo que deve ser respeitada pelo Estado: o indivíduo está livre da ação estatal em uma determinada esfera de sua liberdade. São **direitos de defesa** em face do Estado (o indivíduo pode exigir do Estado que se abstenha de interferir arbitrariamente em sua autonomia, pode exigir do Estado uma atuação negativa, um não agir [“não retire a minha liberdade ou a minha propriedade sem o devido processo legal” etc.]).

No *status negativo*, portanto, os indivíduos possuem uma esfera de liberdade que é intocável pelo Estado, porque o Estado exerce sua autoridade sobre homens livres, e, se esses homens são livres, é preciso que haja uma determinada esfera imune à intervenção estatal.

“*Status*” positivo

O *status positivo* (ou *status civitatis*) significa que o indivíduo pode exigir do Estado uma prestação, uma atuação positiva. Cuida-se dos **direitos a prestações**, são, de forma geral, os direitos fundamentais de segunda geração (são ações concretas voltadas à proteção, por exemplo, do direito à saúde, do direito à educação etc.). Além disso, algumas prestações podem estar relacionadas a direitos fundamentais de terceira geração, como ações voltadas à preservação do patrimônio cultural.

APROFUNDANDO O TEMA

É interessante notar que as espécies de direitos fundamentais mais frequentes/conhecidas/estudadas podem ser relacionadas à teoria dos quatro *status* de Jellinek. Vejamos:

- 1) Direitos de defesa estão ligados ao *status negativo*;
- 2) Direitos a prestações estão ligados ao *status positivo*; e
- 3) Direitos de participação estão ligados ao *status ativo*.

Por fim, lembre-se que alguns direitos fundamentais são **bifrontes**, isto é, possuem, ao mesmo tempo, uma face voltada a direitos de defesa e outra face

voltada a direitos a prestações. Assim, há direitos que exigem do Estado tanto um agir positivo quanto um não agir negativo. É possível encontrar, portanto, direitos bifrontes.

Por fim, é necessário ter atenção a um detalhe muito importante que pode até mesmo ajudar a melhor compreender o tema: a teoria dos quatro *status* de Jellinek não se confunde com a tradicional classificação dos direitos fundamentais em primeira, segunda, terceira (e até mesmo quarta e quinta) gerações/dimensões. Quando se classifica em gerações/dimensões, o critério utilizado é o temporal, mais precisamente quanto ao surgimento dos direitos fundamentais ao longo do tempo. Por outro lado, a classificação de Jellinek leva em conta a essência, o conteúdo, dos direitos.

FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina costuma identificar **quatro funções** exercidas pelos direitos fundamentais, a saber:

- 1) Funções de **Defesa** (ou de liberdade);
- 2) Funções de **Prestação**;
- 3) Funções de **Proteção Perante Terceiros**; e
- 4) Funções de **Não-discriminação**.

Funções de defesa

As funções de **defesa** (ou de liberdade) significam que os direitos fundamentais evitam abusos do Estado, eles servem para evitar que o Estado abuse do poder. Por

essas funções, os direitos fundamentais servem para exigir um não fazer, uma atuação negativa do Estado. As funções de defesa se relacionam, principalmente, com o *status* negativo e com a chamada primeira geração dos direitos fundamentais, como se verifica, por exemplo, na proibição de prisão arbitrária (o Estado não pode prender arbitrariamente, cuidando-se, isso, de um não agir).

Funções de prestação

As funções de **prestação** significam que os direitos fundamentais servem, também, para exigir uma atuação positiva do Estado corporificada em prestações materiais e normativas (isto é, por meio da legislação) que muitas vezes devem ser traduzidas em políticas públicas. A função de prestação, então, significa que o Estado deve agir materialmente e também legislando para concretizar determinados direitos, inclusive, se for o caso, por meio da implementação de políticas públicas. O Estado, para prestar, por exemplo, saúde, educação, cultura etc., precisa legislar sobre esses temas e precisa, materialmente, construir escolas, hospitais, centros culturais etc. As funções de prestação estão vinculadas ao *status* positivo e à chamada segunda geração (ou dimensão) de direitos fundamentais.

Funções de proteção perante terceiros

Conforme foi visto, os direitos fundamentais possuem uma eficácia horizontal, incidindo diretamente nas relações entre os particulares. E, conforme visto, o Estado não fica totalmente ausente nessa relação entre particulares, atuando ele como garantidor da não violação por parte de terceiros do direito fundamental de alguém. Evidentemente, essa garantia não é uma garantia absoluta, mas, mesmo assim, o Estado é um garantidor.

Isso faz com que os direitos fundamentais tenham a função de proteger a pessoa de terceiros, e, para que eles cumpram essa função, o Estado tem que atuar como garantidor mínimo.

É no bojo dessas funções de proteção perante terceiros que se encontram discussões sobre a vedação a proteção deficiente, sobre a existência de um direito fundamental a segurança (no sentido da eficiência processual penal do Estado) e a discussão sobre a existência de mandados de criminalização.

A vedação da proteção deficiente significa dizer que o Estado tem que proteger de maneira adequada os direitos fundamentais. Isso significa dizer que há a possibilidade de violação da proporcionalidade não apenas quando há um abuso do Estado, mas também quando ele protege de maneira deficiente direitos fundamentais. Sobre isso, o HC 104.410 julgado pelo STF tratando sobre a vedação da proteção deficiente, asseverando que os direitos fundamentais não podem ser protegidos pelo Estado de maneira deficiente, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade não na sua perspectiva de proibição do excesso, mas sim na sua perspectiva da vedação de proteção deficiente (repita-se: há violação da proporcionalidade tanto quando o Estado age excessivamente quanto quando o Estado protege de maneira deficiente direitos fundamentais).

Em relação ao direito fundamental a segurança, o Estado tem que cumprir todas as suas obrigações em relação aos direitos fundamentais dos condenados, dos investigados, dos réus etc., mas também tem que cumprir seu outro papel ligado à proteção perante terceiros: o Estado tem que ser eficiente na questão da segurança pública, ele deve ser eficiente sob o ponto de vista processual penal e sob o ponto de vista do direito penal material (o Estado deve manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia eficientes para que investiguem e punam as violações penais sem violar os direitos dos investigados, dos acusados e dos réus).

Quanto aos mandados de criminalização, eles são ordens expressas do constituinte ao legislador ordinário no sentido de que determinados fatos devem ser, necessariamente, criminalizados (é por isso que se chamam de mandados de criminalização: o constituinte insere na Constituição uma ordem para que o legislador

ordinário trate determinado fato como crime, isto é, o legislador ordinário deve tipificar determinadas condutas porque há uma ordem do constituinte nesse sentido). São exemplos os incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da CF/88.

“Art. 5º, CF/88.

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(...)”

Funções de não-discriminação

A **funções de não-discriminação** determinam que os direitos fundamentais devem promover a igualdade material, protegendo as minorias em face de práticas discriminatórias eventualmente perpetradas pela maioria. Inclusive, no bojo dessas funções de não discriminação, enquadra-se a chamada **função contramajoritária do STF**: o STF tem o dever de se opor a determinadas práticas adotadas pela maioria quando essas práticas implicam violação de direitos fundamentais das minorias, afinal de contas, o sistema democrático não se resume à imposição da vontade da maioria em face da minoria de forma absoluta, sendo, na verdade, o sistema no qual a vontade da maioria prevalece, exceto quando isso significa violação a direitos fundamentais das minorias (mesmo porque democracia não é sinônimo de assembleísmo).

Nas palavras do próprio Supremo Tribunal Federal, *“a função contramajoritária do STF é ligada “ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica”, (...) como, por exemplo, “grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão”, a exemplo do que ocorre no caso das situações que envolvem uniões homoafetivas” (RE 477554/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 01/07/2011).*

CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há muitas classificações na doutrina. Serão tratadas aqui as mais cobradas em provas. Vejamos.

Classificação quanto ao conteúdo

- a) **Direitos fundamentais meramente formais:** são aqueles escritos no texto da Constituição como fundamentais.
- b) **Direitos fundamentais materiais:** são aqueles cujo núcleo essencial está vinculado à dignidade da pessoa humana.

Classificação formal dada pela CF/88

Segundo consta do texto da CF/88, os direitos fundamentais podem ser:

- a) Direitos **individuais** (art. 5º);
- b) Direitos **coletivos** (art. 5º);
- c) Direitos **sociais** (arts. 6º, 193 e ss.);
- d) Direitos à **nacionalidade** (art. 12); e
- e) Direitos **políticos** (arts. 14 a 17).

Trata-se de uma classificação feita pela CF/88, sob o ponto de vista meramente formal. É uma classificação literal, topográfica (feita de acordo com a topografia da Constituição).

Classificação de acordo com as Gerações de Direitos Fundamentais

Como já se sabe, a doutrina aponta três principais gerações de direitos fundamentais, a saber:

- **1ª Geração** de Direitos Fundamentais (direitos civis e políticos clássicos, predominando obrigações de não fazer);
- **2ª Geração** de Direitos Fundamentais (direitos prestacionais e Estado de Bem-Estar Social, predominando obrigações de fazer); e
- **3ª Geração** de Direitos Fundamentais (direitos coletivos e difusos).

CURIOSIDADE

A ideia de “gerações” de direitos fundamentais foi desenvolvida por quem? Pouco se sabe disso, mas foi Karel Vasak quem desenvolveu essa ideia, e o fez em texto

publicado em 1977 e em palestra proferida em 1979 no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, a qual foi denominada “Pelos Direitos Humanos da Terceira Geração: os Direitos de Solidariedade”.

É sabido, ainda, que essas três gerações de direitos fundamentais são correlacionadas aos lemas/ideários da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), da seguinte forma:

1ª Geração → Liberdade (aqui, o que se tinha era uma igualdade apenas formal, vindo a igualdade material apenas na segunda geração);

2ª Geração → Igualdade material (o Estado presta serviços para promover a igualdade material); e

3ª Geração → Fraternidade (aqui, cuida-se da solidariedade, da ideia do ser humano encarado coletivamente, de modo que os titulares desses direitos são o povo, a coletividade, a família, a nação e, para alguns, seriam até mesmo os países em desenvolvimento).

A doutrina mais atual prefere falar em DIMENSÕES de direitos fundamentais, e não em gerações. Isso porque a expressão “geração” carrega consigo uma ideia de substitutividade, o que não ocorre com os direitos fundamentais, em que uma geração não substitui a outra, havendo, na verdade, uma agregação (uma soma) entre as gerações/dimensões.

ATENÇÃO!

Além das três gerações/dimensões vistas acima (que são as que estão pacificadas na doutrina), há quem fale em outras gerações além delas. Note-se que, embora haja uma convergência de entendimentos em relação às três primeiras gerações, a doutrina diverge muito em relação às gerações posteriores, não chegando a um consenso em relação aos direitos fundamentais consagrados em cada uma delas.

Vejam os entendimentos sobre os direitos fundamentais a partir da 4ª geração.

4ª Geração de Direitos fundamentais:

- DIP: direito à **D**emocracia, direito à **I**nformação e direito ao **P**luralismo, que são direitos decorrentes da globalização política (é o entendimento de **Paulo Bonavides**);
- Direitos das minorias (é entendimento de outros autores);
- Direitos vinculados à biotecnologia (é entendimento de outros autores);
- Direitos intergeracionais, especialmente o direito a uma vida saudável (é entendimento de outros autores). Note-se, aqui, que direitos intergeracionais são direitos entre gerações (nesse sentido, por exemplo, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à presente geração obrigações para com as gerações futuras, conforme preconiza o art. 225 da CF/88).

Há, portanto, várias formas de se compreender a 4ª geração de direitos fundamentais.

5ª Geração de Direitos fundamentais:

- a) Para Paulo Bonavides, é caracterizada pelo direito à **paz mundial** (para esse autor, o direito à paz migrou da 3ª para a 5ª geração);
- b) Para Norberto Bobbio, seria constituída por direitos ligados à **pesquisa biológica** e ao **patrimônio genético**;
- c) Para outros, seria referente a direitos ligados à **internet**; etc.

Percebe-se, conforme já observado anteriormente, que não há consenso doutrinário em relação às 4ª, 5ª, 6ª, 7ª (etc.) gerações de direitos fundamentais.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS?

(Prefeitura de Lauro de Freitas/BA – Procurador Municipal – 2016) Dentre os direitos fundamentais, assinale os quais correspondem aos direitos de 4ª dimensão.

- a) Direito ao meio ambiente.
- b) Direito a democracia direta, ao pluralismo e à informação, biotecnologia.
- c) Direito a segurança e a paz.
- d) Direito à segurança, solidariedade.
- e) Direito ao meio ambiente equilibrado e a biotecnologia.

COMENTÁRIOS:

Conforme observado acima, a doutrina se controverte nesse ponto e houve assertivas contemplando diferentes posicionamentos doutrinários. O gabarito oficial considerou o item “b” como correto, adotando, portanto, o entendimento de Paulo Bonavides, que é a posição que recomendamos seja seguida em provas objetivas, especialmente diante de uma questão como essa, que apresentou diversas correntes da doutrina sobre o tema. Já em provas discursivas, o candidato tem espaço para abordar os diversos entendimentos existentes.

GABARITO: B

(Vunesp – TJSP – 2013) O direito ao meio ambiente, como direito de terceira geração ou terceira dimensão, apresenta uma estrutura bifronte, cujo significado consiste em contemplar:

- a) direito de defesa e direito prestacional.
- b) direito de defesa e recuperação da qualidade ambiental degradada.
- c) direito material e direito procedimental.
- d) direito à obtenção e à manutenção de um *status* previamente definido no texto constitucional.

COMENTÁRIOS:

A doutrina fala em **estrutura bifronte** de determinados direitos (como é o caso de Jorge Miranda). E o que é essa estrutura bifronte? Essa estrutura bifronte diz respeito a determinados direitos que contemplam tanto prestações negativas quanto prestações positivas, isto é, exigem obrigações de fazer e de não fazer. Nesse diapasão, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exige obrigações

de não fazer (no caso, de não poluir) e também obrigações de fazer (como as obrigações de prover fiscalização ambiental, de realizar práticas de conservação e proteção do meio ambiente, de instituir unidades de conservação ambiental etc.).

GABARITO: A

DEVERES FUNDAMENTAIS

O que são os chamados deveres fundamentais?

Os deveres fundamentais podem ser compreendidos de duas formas, tendo em vista que a doutrina que se debruça sobre o tema costuma subdividi-los em duas espécies: I) autônomos; e II) não autônomos.

Os deveres fundamentais **não autônomos** nada mais são do que a outra face dos direitos fundamentais, isto é, são as ações ou omissões impostas (notadamente de forma implícita) a todos que devem respeitar e concretizar os direitos fundamentais. Em outras palavras: a espécie dever fundamental não autônomo é aquela que leva em consideração que a todo direito fundamental corresponde um dever fundamental consistente na obrigação de promover o respeito e a concretização desse direito fundamental. Logo, há tantos deveres fundamentais (implícitos) não autônomos quantos direitos fundamentais explícitos.

Já os deveres fundamentais **autônomos** são aqueles que não decorrem de um direito fundamental. Essa espécie de dever fundamental, na verdade, consubstancia os deveres de custear (em sentido amplo, e não apenas financeiro) a existência e o funcionamento da comunidade política (e do próprio Estado). Segundo a doutrina, esses deveres estão necessariamente previstos na Constituição e possuem baixa densidade normativa, carecendo, assim, de densificação (regulamentação/concretização) infraconstitucional para serem exigidos (não possuem aplicabilidade nem aplicação imediatas). Nesse contexto, são deveres fundamentais autônomos, por exemplo, o dever de prestar serviço militar (art. 143, CF/88); a responsabilidade de todos pela

segurança pública (art. 144, CF/88); o dever da família e da sociedade de proteger a criança e o adolescente (art. 227, CF/88) etc.

Como se pode perceber, tanto os deveres fundamentais autônomos quanto os não autônomos apresentam fundamentalidade formal (positivação na Constituição) e material (relação com a promoção da dignidade da pessoa humana). Em relação aos deveres fundamentais não autônomos, isso é fácil de perceber, tendo em vista que eles são uma face dos direitos fundamentais. Já em relação aos deveres fundamentais autônomos, essas duas fundamentalidades também se fazem presentes, pois, além de terem necessariamente de estar previstos na Constituição (fundamentalidade formal), eles dizem respeito a deveres de assegurar a manutenção e o funcionamento da comunidade política, a qual se organiza justamente com a finalidade principal de concretizar direitos fundamentais (fundamentalidade material).

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

É importante abordar a questão do **estado de coisas inconstitucional**. Essa temática envolve, inevitavelmente, o controle judicial dos atos estatais envolvendo direitos fundamentais. Em relação a isso, é comum se deparar com a alegação, apresentada pela Administração Pública, no sentido de que o Poder Judiciário não pode se intrometer na execução de políticas públicas de direitos fundamentais, porque isso violaria a separação dos Poderes, prevista no art. 2º da CF/88.

Mas o que o Supremo Tribunal Federal diz a esse respeito?

Vamos entender isso nos próximos parágrafos.

A ampla violação de direitos fundamentais pode dar ensejo a um estado de coisas inconstitucional. Esse tema foi abordado pela primeira vez em uma decisão da Corte Constitucional da Colômbia.

O estado de coisas inconstitucional fica configurado diante da seguinte situação:

- 1) Uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- 2) Inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar essa conjuntura (há falta de vontade política de solucionar a situação);
- 3) A existência de transgressões que exigem a atuação não de um único órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para restaurar a normalidade.

O estado de coisas inconstitucional, portanto, seria um estado de franca violação a direitos fundamentais.

No Brasil, o STF decidiu que se encontrava caracterizado um estado de coisas inconstitucional no bojo da **ADPF 347 MC**, que diz respeito ao sistema penitenciário brasileiro, cuja leitura (ao menos da ementa do acórdão) é muito importante para provas.

Nesse caso, a Suprema Corte, seguindo sua jurisprudência, entendeu que o Poder Judiciário pode intervir, pois se trata de uma situação em que há violações a direitos fundamentais, de modo que a atuação judicial se faz necessária para se restabelecer a legalidade. Porém, segundo restou decidido, não é papel do Tribunal definir o conteúdo das políticas públicas e dos demais atos estatais a serem adotados para solucionar a crise. O papel do órgão judicial, em uma hipótese como essa, é tirar da inércia os órgãos responsáveis por contornar o cenário de violações a direitos e coordena-los tirando-os da inércia.

LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já foi vista a característica da limitabilidade dos direitos fundamentais, sendo importante estudar melhor as limitações dos direitos fundamentais e temas correlatos, haja vista a alta incidência em provas.

É necessário, inicialmente, fazer a seguinte observação: **nem tudo é direito fundamental e nem tudo está abrangido por um direito fundamental**. Há, portanto, diferença entre o que é a delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental e o que é a limitação (ou restrição) de um direito fundamental, pois são coisas diferentes (uma coisa é delimitar o âmbito de proteção de um direito fundamental; outra coisa é limitar um direito fundamental). Para melhor compreender: se algo não está no âmbito de proteção, isso que não está no âmbito de proteção não chega a representar uma limitação a um direito fundamental. Reiterando: afirmar que algo está fora do âmbito de proteção não é o mesmo que limitar o direito fundamental (embora possa haver uma relação entre essas duas coisas).

Por **exemplo**, o art. 6º da CF/88 prevê o direito à alimentação. Nesse direito à alimentação está incluído o direito de ter um jantar custeado pelo Estado em um restaurante de luxo? Evidentemente, não. Isso não está sequer previsto no âmbito de proteção do direito fundamental, logo, o não fornecimento de refeição de luxo não é uma limitação ao direito à alimentação (pois, repita-se, o que não se encontra no âmbito de proteção de um direito fundamental não pode caracterizar uma restrição a esse direito fundamental acaso não seja atendido).

Como se identifica o âmbito de proteção de um direito fundamental? Ele é delimitado caso a caso (cada direito fundamental recebe um tratamento próprio). Mas quem delimita o âmbito de proteção de um direito fundamental? Ele pode ser delimitado:

- 1) Pela própria Constituição; ou
- 2) Pelo Legislador ordinário, o qual pode receber delegação do constituinte para fazer isso (a isso se dá o nome de atividade de “conformação”, ou de “regulação”).

Por **exemplo**, o direito à educação tem seu âmbito de proteção delimitado pela própria Constituição (o conteúdo e a amplitude do direito à educação é matéria tratada pela CF/88, nos arts. 205 a 214); já os direitos à moradia e à alimentação não têm uma disciplina constitucional exaustiva, sendo apenas anunciados pela CF/88 (em seu art. 6º), mas o conteúdo e a amplitude desses direitos não são tratados pela Constituição, logo, o legislador ordinário (através da atividade de “conformação” ou de “regulação”) é que vai delimitar o âmbito de proteção desses direitos, isto é, é o legislador que vai dizer o que significam os direitos à moradia e à alimentação.

Já as **restrições** dos direitos fundamentais são outra coisa. Assim, depois que se delimita o âmbito de proteção do direito, podem ser estabelecidas restrições a esse âmbito de proteção já delimitado. Essas restrições podem ser vistas a partir de **duas grandes teorias**. Vejamos.

Teorias acerca das restrições aos direitos fundamentais:

- a) **Teoria interna**: segundo a teoria interna, os limites aos direitos fundamentais são “imanescentes” aos mesmos, ou seja, os direitos fundamentais já nascem com essas limitações, são limites “desde sempre” ou “desde dentro”;
- b) **Teoria externa**: para a teoria externa, os limites aos direitos fundamentais são externos a eles, isto é, eles não nascem com esses limites, os quais são impostos externamente.

Essas restrições aos direitos fundamentais podem ser feitas por dois meios:

- 1) **Pela própria Constituição** (veiculando uma restrição constitucional expressa), das seguintes formas:
 - a) Por **outros direitos fundamentais** (por exemplo, o direito da liberdade de manifestação do pensamento pode ser limitado pelo direito de indenização por dano moral ou à imagem);

b) A partir de **situações excepcionais** (estado de defesa, estado de sítio, situações em que a Constituição impõe determinadas restrições a direitos fundamentais);

c) Pela **própria norma definidora do direito fundamental**. Nesse caso, é possível haver dois tipos de restrição: **restrição imediata** (ou direta); **restrição mediata** (ou indireta, por meio de reserva legal restritiva, que pode ser simples ou qualificada). Note que a reserva legal restritiva é uma previsão da Constituição que determina que o legislador ordinário pode fazer restrições (aí, entra-se no segundo meio de imposição de restrições a direitos fundamentais, visto abaixo).

2) **Pelo legislador ordinário** (que o faz autorizado pela Constituição, na forma do que se chama de reserva legal de índole restritiva, que pode ser simples ou qualificada).

De qualquer modo, esteja isso autorizado pela Constituição de forma expressa ou de forma implícita, a atuação restritiva do legislador ordinário não é absoluta. Por esse motivo, a doutrina fala na **TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES**.

APROFUNDANDO O TEMA: LIMITES DOS LIMITES

Os limites dos limites restringem a atuação do legislador quando ele está limitando direitos fundamentais. O legislador não pode limitar direitos fundamentais de maneira absoluta, tendo ele limites para impor limites (ele não pode limitar tudo que quiser).

Como bem observa Gilmar Mendes, os limites dos limites decorrem da própria Constituição e dizem respeito à necessidade de o legislador proteger o núcleo essencial do direito fundamental, que não pode ser limitado ou tocado pelo legislador ordinário. Além disso, o legislador ordinário deve agir com clareza, generalidade, determinação e proporcionalidade ao estabelecer uma restrição a um direito fundamental.

Enfim, ao tratar dos limites a um direito fundamental, o legislador ordinário (que tem limites), deve respeitar algumas diretrizes, pois, como visto, ele tem limites nessa atividade. Assim, ao limitar um direito fundamental, o legislador, em resumo, **deve:**

- a) estar autorizado pela Constituição, de forma expressa ou implícita;
- b) preservar o núcleo essencial do direito fundamental em questão;
- c) observar a proporcionalidade e a razoabilidade; e
- d) produzir normas claras e genéricas, abstendo-se de realizar restrições casuísticas (sob pena de violação à igualdade). Por exemplo, o legislador não pode, de forma infundada, escolher um determinado grupo de pessoas para sofrer restrições em seus direitos fundamentais.

Além disso, a doutrina entende, ainda, que os direitos fundamentais não podem:

- 1) **Justificar o ilícito.** Por exemplo, o indivíduo não pode dizer que, por ter direito à liberdade, pode violar a lei (inclusive, como bem observou Montesquieu, a liberdade é o poder de fazer o que a lei autoriza, porque, se alguém tiver o poder de fazer o que a lei proíbe, esse alguém não terá liberdade, pois os outros também poderão atuar dessa mesma forma e, assim, a esfera de interesses daquele violador da lei também será atingida);
- 2) **Sustentar a irresponsabilidade civil;**
- 3) **Anular outros direitos constitucionais** (direitos fundamentais não anulam outros direitos, mas sim se compatibilizam).

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS?

(CESPE – TJDF – 2016) Em atenção aos direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, assinale a opção correta.

- a) A constituição consagra expressamente a teoria absoluta do núcleo essencial de direitos fundamentais.
- b) Direitos fundamentais formalmente ilimitados, desprovidos de reserva legal, não podem sofrer restrições de qualquer natureza.

c) O gozo da titularidade de direitos fundamentais pelos brasileiros depende da efetiva residência em território nacional.

d) Há direitos fundamentais cuja titularidade é reservada aos estrangeiros.

e) A reserva legal estabelecida para a inviolabilidade das comunicações telefônicas é classificada como simples, e para a identificação criminal reserva qualificada.

COMENTÁRIOS (E APROFUNDAMENTO DO TEMA):

Item “a”: está INCORRETO. Vejamos.

No Brasil, a CF/88 não traz disposição expressa sobre a adoção da teoria absoluta ou da teoria relativa. Porém, o destaque dado pela jurisprudência à ponderação no mínimo sugere uma preferência pela teoria relativa.

É necessário lembrar que, quando o legislador limita um direito fundamental, ele deve, dentre outras obrigações, preservar o núcleo essencial desse direito fundamental. Mas **qual é o núcleo essencial?** Para parte da doutrina (como Vieira de Andrade), o núcleo essencial último de todos os direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana (assim, para esse entendimento, a dignidade da pessoa humana seria um limite absoluto ao legislador ordinário), mas, além desse núcleo essencial último, cada direito fundamental tem o seu próprio núcleo essencial (ou núcleo duro), que não pode ser tocado pelo legislador, núcleo duro esse que é um limite à possibilidade de restrição pelo legislador ordinário.

E há duas teorias básicas sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, teorias essas que tentam explicar como se identifica o núcleo essencial de um direito fundamental e que têm sido exigidas em provas de concursos. Essas duas teorias são as indicadas a seguir.

Teoria absoluta: diz que cada direito fundamental possui seu núcleo essencial intangível e **determinável abstratamente**, “no qual não é possível intervir em hipótese alguma” (Alexy). Logo, para essa teoria, cada direito fundamental possui um núcleo essencial que é identificado de maneira abstrata (simplesmente olhando para o direito fundamental é possível identificar esse núcleo essencial). A teoria relativa não concorda com isso.

Teoria relativa: diz que o núcleo essencial de cada direito fundamental “é **aquilo que resta após o sopesamento** [isto é, após a ponderação com outros direitos

fundamentais]. (...) Nesse caso, a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade” (Alexy).

Portanto, a teoria absoluta diz que aprioristicamente é possível identificar o núcleo essencial do direito fundamental; e a teoria relativa diz que só é possível identificar o núcleo essencial do direito fundamental depois que se faz o sopesamento desse direito fundamental com os demais direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição não traz disposição expressa sobre qual teoria adota. Mas o destaque dado pela jurisprudência à ponderação sugere, como visto, uma preferência pela teoria relativa.

Item “b”: está INCORRETO. Vejamos.

Ainda que não haja cláusula expressa de reserva legal o legislador pode fazer restrições com base em autorização constitucional implícita decorrente da **cláusula de reserva legal subsidiária** (art. 5º, II, da CF/88).

Conforme visto, as restrições aos direitos fundamentais podem ser feitas pela Constituição ou pelo legislador infraconstitucional. O legislador ordinário, autorizado por uma reserva legal restritiva, pode impor restrições a direitos fundamentais.

Se uma norma constitucional consagradora de direito fundamental nada fala sobre a possibilidade de reserva legal restritiva, pode o legislador ordinário impor restrições a ele? Em outras palavras: pode haver autorização IMPLÍCITA da Constituição para a restrição de certos direitos fundamentais? Segundo Gilmar Mendes, no Brasil essa autorização implícita existe e ela decorre, inclusive, do que o Ministro chama de cláusula de reserva legal subsidiária, que está prevista no art. 5º, II, da CF/88 (*“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”*), dispositivo esse que autoriza o legislador a fazer restrições por meio de lei aos direitos fundamentais, desde que ele não se exceda, isto é, desde que não atinja o núcleo essencial dos direitos fundamentais etc. Portanto, para a doutrina, o legislador pode impor restrições a direitos fundamentais, mesmo que a norma constitucional não traga expressamente essa autorização, por decorrência do art. 5º, II, da CF/88.

Item “c”: inexistente essa condição, no texto constitucional, para que o brasileiro seja contemplado por direitos fundamentais.

Item “d”: isso se verifica, por exemplo, no art. 5º, LII, da CF/88, segundo o qual, “*não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*”.

Item “e”: está INCORRETO. Vejamos.

O correto é o contrário do contido nessa assertiva: a reserva legal estabelecida para a inviolabilidade das comunicações telefônicas é classificada como qualificada, e para a identificação criminal é estabelecida a reserva simples.

Conforme visto, na restrição indireta (ou mediata), que se dá por meio de reserva legal restritiva, essa reserva legal pode ser simples ou qualificada. **Qual é a diferença entre elas?**

Primeiramente, note-se que a restrição imediata é aquela em que a própria Constituição prevê a restrição de forma expressa ou direta. São exemplos os incisos IV e XV do art. 5º da CF/88, hipóteses em que a própria Constituição já traz a restrição (destacada em negrito):

“Art. 5º, CF/88.

(...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato;**

(...)

XV – é livre a locomoção no território nacional **em tempo de paz;**

(...)”

Já a restrição mediata (ou indireta) é aquela em que a Constituição autoriza que a legislação ordinária restrinja o alcance de um direito fundamental, estabelecendo uma reserva de lei restritiva, que pode ser reserva (ou restrição) legal simples ou reserva (ou restrição) legal qualificada.

Na reserva legal **simples**, a Constituição exige apenas que uma eventual restrição seja prevista em LEI, não havendo no dispositivo constitucional qualquer

exigência acerca do conteúdo ou da finalidade da lei. Nesse caso, a Constituição autoriza o legislador a fazer a restrição com ampla liberdade, não impondo ao legislador nenhum tipo de exigência desde logo sobre o conteúdo da lei que ele irá elaborar.

Exemplos de reserva legal simples:

“Art. 5º, CF/88.

(....)

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

(...)

LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; **(identificação criminal, objeto da questão de prova ora examinada)**

(...)”

Note-se que, nesses dispositivos transcritos imediatamente acima, há a possibilidade de a lei prever situações de forma ampla.

Já na reserva legal **qualificada**, a Constituição autoriza que o legislador traga restrições, mas limita a atuação do legislador, estabelecendo desde logo, em relação à lei, determinados objetivos ou finalidades, condições especiais ou determinados meios a serem empregados. Exemplo de reserva legal qualificada:

“Art. 5º, CF/88.

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, **nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**;

(...)”

Na hipótese do dispositivo transcrito imediatamente acima, a Constituição permite restrição por meio de lei, mas essa lei não tem caráter amplo, só podendo impor a restrição ao direito fundamental para fins de investigação criminal ou processual penal (cuida-se de uma reserva legal qualificada, portanto). E esse dispositivo cuida justamente da inviolabilidade das comunicações telefônicas, que foi objeto da questão de prova ora analisada.

GABARITO: D

Por hoje é só. Bons estudos e até a próxima aula!

Francisco Maia Braga