

DIREITOS FUNDAMENTAIS ASPECTOS RELEVANTES

CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA HOLANDA JÚNIOR
Bacharel formado pela Faculdade de Direito da UFC
Analista Judiciário – 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza

RESUMO

Introdução. Características. Dimensões. Eficácia e funções dos direitos fundamentais. Classificação. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Análise dos §§ 1º, 2º e 3º do Artigo 5º. O direito fundamental à vida. Conclusão. Bibliografia.

1 Introdução

Diversos são os nomes que se dão aos direitos fundamentais. Podemos destacar o termo direitos humanos. Mas qual a sua diferença para direitos fundamentais? Direitos humanos possuem o mesmo conteúdo que direitos fundamentais, mas a expressão é empregada para as relações internacionais, ou seja, para designar os direitos fundamentais no seu plano internacional. Já os direitos humanos positivados por um determinado Estado, receberam a designação de direitos fundamentais.

Direitos fundamentais, conforme o professor José Afonso da Silva¹, consistem nas prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Como se pode observar, o eminente professor fala que tais direitos são positivados pelo Estado, bem como que são necessários a uma vida digna. Com isso, tem-se o conceito material de direitos fundamentais, como sendo todos aqueles necessários a uma vida digna. Outros, que,

embora estejam positivados na Constituição de um determinado Estado no rol dos direitos fundamentais, mas que não sejam necessários a uma existência digna, serão apenas formalmente fundamentais.

Do ponto de vista subjetivo tais direitos são direitos subjetivos, pois podem ser exigidos pelo indivíduo ao Estado. Para esta concepção clássica, há uma relação jurídica obrigacional, figurando o particular como credor e o Estado como devedor, havendo um vínculo jurídico obrigacional ligando ambos, devendo o Estado, como prestação, respeitar e garantir o exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos.

O primeiro documento escrito a trazer em seu bojo direitos fundamentais foi a *Magna Charta* de João sem Terra, rei da Inglaterra, de 1215. Foi a primeira vez que um monarca reconhecia limitações ao seu poder. Depois, diversos outros documentos trouxeram a previsão de direitos fundamentais, alguns inclusive repetindo os dispositivos da *Magna Charta*, até chegar às primeiras Constituições escritas, que surgiram fruto do movimento constitucionalista no fim do século XVIII, como uma forma de limitação das Monarquias Absolutistas. É por demais oportuno salientar que alguns dos dispositivos da *Magna Charta* ainda fazem parte da Constituição da Inglaterra, que é uma Constituição não-escrita, histórica ou consuetudinária.

2 Características:

Os direitos fundamentais possuem as seguintes características:

- Historicidade: os direitos fundamentais são históricos,

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

ou seja, com o passar dos tempos, novos grupos de direito poderão ser considerados fundamentais, ao passo que outros poderão deixar de sê-lo, isto porque o conceito do que é essencial a uma vida digna pode variar com o tempo;

- Inalienabilidade: os direitos fundamentais são inalienáveis, intransferíveis, não podendo ser objeto de negócios jurídicos;

- Imprescritibilidade: os direitos fundamentais são imprescritíveis, não se perdem pelo não-uso, nem há prazo para o seu exercício;

- Irrenunciabilidade: o titular de tais direitos não pode renunciar aos mesmos, como por exemplo, no caso de eutanásia, em que um paciente encontra-se em estado terminal, agônico, sem mais alternativas para os médicos, não podendo um parente desligar os aparelhos a pedido do próprio paciente, pois se estaria cometendo o crime de homicídio (embora privilegiado pelo relevante valor moral), pelo fato de o direito a vida ser irrenunciável;

Observação: apesar de tais características, é possível que determinados negócios jurídicos tangenciem direitos fundamentais, como por exemplo, um contrato de exploração de imagem, podendo inclusive tal imagem ser explorada com exclusividade por outros. Neste caso, o titular do direito à imagem não está transferindo tal direito a outrem, apenas permitindo a utilização de sua imagem.

Outro fato importante consiste nos *realitys shows*. Quais as relações entre tais programas e os direitos fundamentais? Pelo que foi dito anteriormente, se tais programas de televisão apenas tangenciarem os direitos fundamentais, respeitando as suas características, serão válidos e constitucionais. Não poderiam, por exemplo, obrigar o participante a permanecer na casa, violando o direito à liberdade do indivíduo (liberdade objetiva).

- **Relatividade ou limitabilidade:** não há direito fundamental absoluto, nem o direito à vida o é, em razão da previsão de excludentes da ilicitude, tais como a legítima defesa, bem como a possibilidade de pena de morte no caso de guerra declarada. Deve-se salientar que no confronto entre direitos fundamentais, não se aplicam os princípios usados para solucionar o conflito de normas no tempo (critério cronológico, hierárquico, da especialidade), as chamadas antinomias de primeiro e segundo grau (neste caso, a solução do conflito se faz abstratamente). No confronto de direitos fundamentais, a análise se faz no caso concreto e não em abstrato, de modo que um direito será proporcionalmente reduzido em face do outro, conforme as circunstâncias de cada caso concreto, não havendo a “morte” de tal direito como, em regra, acontece na solução das antinomias supramencionadas. Aplica-se o princípio da proporcionalidade, também chamado no campo da hermenêutica de princípio da concordância prática ou da harmonização, que nada mais é do que a dimensão substancial do princípio do devido processo legal;

- **Concorrência ou cumulatividade:** é possível que um único titular exerça ao mesmo tempo dois ou mais direitos fundamentais;

- **Proibição de retrocessos:** relativamente às conquistas dos direitos fundamentais já alcançados. Esta é a justificativa utilizada para se dizer que no Brasil, afora a exceção constitucional, não haveria a possibilidade de se instituir a pena de morte nem em uma nova Constituição;

- **Universalidade;** os direitos fundamentais são universais, ou seja, devem ser reconhecidos a todas as pessoas em qualquer lugar do planeta. Esta característica, no entanto, não é aceita por todos. Há o chamado relativismo cultural que consiste na idéia de que não é possível universalizar os direitos fundamentais, pois acabaria impondo as mais diversas culturas do planeta um

único modo de pensar, o ocidental, devendo-se respeitar as diversidades culturais. Apesar disto, há entendimentos no sentido de ser necessário universalizar os direitos fundamentais, nem que seja para que a pessoa tenha a liberdade de escolha entre uma cultura e outra.

3 Dimensões

Os direitos fundamentais possuem duas perspectivas ou dimensões: a subjetiva e a objetiva. A primeira, sendo uma concepção mais clássica, no sentido de que os direitos fundamentais seriam direitos subjetivos, havendo um credor (o indivíduo), um devedor (o Estado) e um vínculo jurídico obrigacional, de modo que os indivíduos poderiam exigir do Estado o respeito aos direitos fundamentais. Na dimensão objetiva, tais direitos são encarados como valores fundamentais de uma sociedade, os valores mais importantes de uma sociedade. Esta é uma dimensão mais moderna. Deve-se salientar, contudo, que uma dimensão não exclui a outra, pois se complementam.

4 Eficácia e funções dos direitos fundamentais

Outro ponto merecedor de análise consiste na eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Eficácia vertical de tais direitos caracteriza-se pela sua aplicação nas relações entre o Estado e os indivíduos da sociedade, por isso se diz vertical, devendo o Estado respeitar os direitos dos indivíduos. Já a eficácia horizontal consiste na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, de modo que os indivíduos devem respeitar os direitos fundamentais dos outros. Exemplo: no procedimento de exclusão de um associado de uma associação (artigo 57 do novo Código Civil), deve ser observado o devido processo legal (neste caso chamado de devido processo

negocial), decorrendo diretos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa. Ademais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais manifesta-se através dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, positivados no novo Código Civil.

A doutrina também trata das funções dos direitos fundamentais. Há a função de defesa, em que os direitos fundamentais serviriam para proteger os indivíduos das ingerências indevidas do Estado; há a função de prestação, de se exigir do Estado um atuar, consubstanciado em atos materiais e legislativos, como por exemplo, a construção de hospitais, escolas e edição de normas. Fala-se também na função de proteção perante terceiros, que nada mais é do que a eficácia horizontal supramencionada, em que o Estado deve proteger os cidadãos dos outros cidadãos. Nestas relações o Estado não está ausente, devendo proteger o indivíduo de terceiros. Há ainda uma quarta função, a de não-discriminação, de modo que os direitos fundamentais devem promover a igualdade, a isonomia, evitando a discriminação de uma minoria.

5 Classificação

Passemos agora para a classificação dos direitos fundamentais. Primeiro a distinção entre direitos material e formalmente fundamentais. Diz-se que são materialmente fundamentais todos os direitos essenciais a uma vida humana digna, independentemente de estarem positivados ou não em uma Constituição. Os formais são aqueles que somente o são porque se encontram previstos como tais em uma Constituição. Esta classificação é por demais importante porque há uma corrente na doutrina no sentido de que seriam cláusulas pétreas apenas os direitos materialmente fundamentais (a doutrina e jurisprudência majoritária são no sentido de que quando a Constituição utili-

zou os termos direitos e garantias individuais no artigo 60, § 4º, IV, leia-se: direitos fundamentais, abrangendo todo o Título II da Constituição Federal (CF) e não somente o artigo 5º), sendo esta a tendência do STF.

Outra classificação encontrada na doutrina é conforme a ordem cronológica de aparecimento de tais direitos nas constituições, ou seja, quando determinado grupo de direitos foi considerado como fundamentais. A característica da historicidade dos direitos fundamentais, bem como o fato do conceito material ser um conceito jurídico indeterminado e aberto fundamenta a hipótese de determinados grupos de direitos serem considerados como fundamentais, e que em determinado momento, outros deixem de sê-lo, pois o que é essencial a uma vida humana digna varia de acordo com o momento histórico. Daí a classificação doutrinária de tais direitos em gerações. São três as gerações.

Os direitos de 1ª geração são os direitos de liberdade, as chamadas liberdades públicas. Surgiram como uma forma de limitação do poder das monarquias absolutistas, que estavam em plena decadência, ante o surgimento das primeiras constituições escritas, fundadas no movimento constitucionalista no fim do século XVIII (Revolução Francesa). Nesta época, a função dos direitos fundamentais era a de defesa, defender os cidadãos das ingerências indevidas do Estado. Era o Estado Liberal, também chamado de Estado Mínimo, ou Estado da Abstenção, o Estado que se abstém, pois o que se exigia do Estado era um não-fazer. Falava-se que as relações sociais e econômicas dos indivíduos eram “controladas pela mão invisível do Estado” (expressão de Adam Smith).

Com a Revolução Industrial, surgiu um grande número de mão de obra para pouco emprego, acarretando uma degradação dos trabalhadores urbanos, surgindo um novo conceito de direitos essenciais a uma vida digna: os direitos sociais, a 2ª

geração dos direitos fundamentais. Exige-se do Estado uma prestação (um fazer), aparecendo uma nova função dos direitos fundamentais: a função de prestação do Estado (prestação material e legislativa), em decorrência, começaram a aparecer as primeiras legislações trabalhistas (tentando-se conferir uma igualdade jurídica às situações fáticas desiguais). Este Estado intervencionista recebeu a denominação de Estado do Bem-estar Social.

No século XX, em determinado instante, passou-se a entender que para uma vida humana digna necessitava-se de direitos difusos e coletivos, tais como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proteção aos consumidores, dentre outros. Como se pode observar, a dignidade da pessoa humana passou a ter um aspecto difuso e coletivo para se atender aos novos anseios sociais.

Parcela da doutrina já admite a existência de uma 4ª geração de direitos fundamentais. Pode-se citar como exemplo o preconizado por Paulo Bonavides e Norberto Bobbio. Para Paulo Bonavides, seriam direitos de 4ª geração os relacionados à democracia, como uma forma de se efetivar as demais gerações de direitos fundamentais surgidas anteriormente. Importante registrar a idéia defendida pelo grande mestre italiano Norberto Bobbio, afirmando a existência de direitos relacionados às novas descobertas no campo da genética. As manipulações no patrimônio genético do homem trouxeram em decorrência dos avanços na genética, direitos que seriam de 4ª geração.

Outra observação importante a ser feita, é que tais gerações de direitos fundamentais não excluem as anteriores, apesar de o termo clássico utilizado dar a idéia de substitutividade, razão porque alguns preferem o termo dimensões.

6 Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 prevê como destinatários dos direitos fundamentais os brasileiros e estrangeiros residentes no país (artigo 5º, *caput*). Quanto aos estrangeiros, o entendimento majoritário, inclusive do STF, é no sentido de que basta estar em trânsito no Brasil para que se possa gozar de tais direitos, e não somente no caso de residência.

A nossa Carta Magna também faz distinções entre brasileiros quanto ao gozo de direitos fundamentais: brasileiros natos e naturalizados. Podemos citar alguns dispositivos, tais como o artigo 12, § 2º, que dispõe que a lei não poderá fazer distinções entre os brasileiros natos e naturalizados, com as ressalvas previstas na própria Constituição Federal; o § 3º do mesmo artigo, que estabelece que determinados cargos são privativos de brasileiros natos (os da linha sucessória do Presidente da República, dentre outros); o artigo 89, inciso VII, dispondo que o Conselho da República será constituído, dentre outros, por seis cidadãos brasileiros natos; o artigo 5º, inciso LI, dispondo que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, no caso de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, e outros. Outra distinção entre brasileiros é feita quanto à legitimidade para a propositura de ação popular: a Constituição Federal exige para este caso que seja cidadão brasileiro, ou seja, brasileiro no gozo de seus direitos políticos.

Há dispositivo no artigo 5º que é aplicável somente a estrangeiro: o inciso LII. Este inciso estabelece que não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. Mas qual a diferença do crime político previsto neste dispositivo para crime político previsto no artigo 109, IV da Constituição Federal? O artigo 109, IV estabelece que compete à justiça federal processar e julgar os crimes políticos. Neste caso cri-

me político consiste em ato contrário à Lei de Segurança Nacional, sendo crime praticado no Brasil. Já crime político no inciso LII do artigo 5º, consiste no crime praticado por estrangeiro fora do Brasil, com motivação política, hipótese em que se veda a extradição de estrangeiro. Difere do crime de terrorismo (que não impede a extradição) pelo fato de que possui alvo determinado, como por exemplo, crime praticado contra um chefe de Estado, enquanto que o terrorismo não possui alvo determinado, visando causar terror em toda a sociedade.

Quanto às pessoas jurídicas, estas também podem ser titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com a sua natureza.

Pode o Estado ser titular de direitos fundamentais? Pode sim, na medida do possível. Às pessoas jurídicas de direito público interno aplicam-se, por exemplo, o princípio do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, a vedação a provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros, apesar da concepção clássica (dimensão subjetiva) o Estado ser devedor e não credor de direitos fundamentais.

7 Análise dos §§ 1º, 2º e 3º do Artigo 5º

O § 1º do artigo 5º estabelece que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata. Pela literalidade de tal dispositivo, referidas normas seriam de eficácia plena ou de eficácia contida. Mas não é bem esse o entendimento, pois tal dispositivo não é absoluto. O que este dispositivo estabelece é uma presunção relativa de aplicabilidade imediata, havendo, pois, algumas normas que são de eficácia limitada, não produzindo todos os seus efeitos imediatamente, pois carecem de regulamentação legislativa (apesar disto, possuem a chamada eficácia negativa ou mínima, que consiste na força impeditiva de legislação ulterior que lhes seja contrária e na for-

ça paralisante, de retirar do ordenamento normas que lhe sejam incompatíveis). Observação: pode uma lei revogar pura e simplesmente outra que regulamente norma constitucional de eficácia limitada, de modo a essa norma voltar a ficar sem regulamentação? Poderá alterar ou até mesmo substituir a lei, mas não revogá-la, voltando a norma a ficar sem regulamentação, pois violaria o princípio da vedação ao retrocesso, que é uma das características dos direitos fundamentais.

O § 2º estabelece que o rol do artigo 5º é exemplificativo – “os direitos e garantias fundamentais previstos nesta CF não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados nem os decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – havendo direitos fundamentais em outras normas da CF e inclusive fora dela, como por exemplo, o direito à alimentação, o direito a efetiva tutela penal. A doutrina classifica os tratados internacionais em duas espécies: tratados comuns e tratados de direitos fundamentais, entendendo que os primeiros ingressariam em nosso ordenamento jurídico como norma infraconstitucional e os segundos como emendas à constituição, ampliando as normas constitucionais originárias. Mas esse não é o entendimento do STF, que ainda não reconheceu nenhum tratado como emenda à constituição, entendendo que todos ingressam na qualidade de leis ordinárias.

Com o advento da Reforma do Judiciário, consubstanciada na Emenda Constitucional nº. 45, foi introduzido no artigo 5º da Constituição o § 3º, que disciplina a hipótese em que os tratados e convenções internacionais ingressarão em nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais. Desse modo, pode-se dizer que terminaram as controvérsias entre a doutrina e jurisprudência, pois conforme referido dispositivo, os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional, em cada uma de suas casas, por três quintos

dos votos de seus respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

8 O direito fundamental à vida

O direito à vida consiste em pré-requisito básico para o exercício de todos os outros direitos fundamentais. Sem direito à vida não há como se falar dos outros direitos.

O direito à vida possui alguns desdobramentos ou dimensões: direito à existência, direito à dignidade da pessoa humana, direito à integridade física moral e direito à privacidade.

O direito à vida consiste no direito à existência (ou direito de não ser morto), e qualquer ato que abrevie ou antecipe a morte natural será atentatório a tal direito. Questão interessante é saber qual o termo inicial do direito à existência. Há duas correntes. A primeira entende que tal termo seria a concepção. Para esta corrente é difícil a aceitação da idéia de aborto, já que o feto já teria direito à existência. Uma segunda corrente entende ser o nascimento, sendo mais fácil a aceitação do aborto. A tendência no Brasil é a aceitação da primeira corrente (termo inicial a concepção), pois o aborto é proibido, sendo crime, em que o bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina. Os que defendem o aborto clamam pelos direitos fundamentais da mulher, tais como o direito de dispor do próprio corpo, bem como o de não querer uma gravidez indesejada.

Como todo direito fundamental, o direito à vida também não é absoluto, podendo ser relativizado pela legítima defesa, por exemplo. Deve-se salientar que o fundamento para tal não está no Código Penal, e sim na própria Constituição Federal. O Código Penal estabelece apenas parâmetros para julgamentos. Pergunta-se: se o CP fosse revogado, não havendo mais previsão legal para matar em legítima defesa, esta ainda poderia ser permitida? Sim, pois como dito, a fundamentação está na Cons-

tituição Federal, sendo uma característica dos direitos fundamentais, a sua relatividade, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, implícito em nossa Carta Política Fundamental, e como o Supremo Tribunal Federal já entendeu, decorreria do princípio do devido processo legal, sendo a sua dimensão substantiva (*substantive due process of law*).

A Constituição Federal prevê uma única possibilidade de pena de morte: no caso de guerra declarada, e ainda assim, neste caso, para se decretar a morte de alguém, deve-se sempre se valer de critérios de razoabilidade.

A dignidade da pessoa humana seria uma outra dimensão do direito à vida (direito a uma vida digna). Não basta existir, a existência deve ser digna. A dignidade da pessoa humana também consiste no parâmetro utilizado para se distinguir o que é direito materialmente fundamental de formalmente fundamental. Deveras significativo acerca do tema, é a polêmica questão atinente à eutanásia. Esta consiste na abreviação da morte natural de pacientes, por sua própria vontade, que se encontram em estado agônico ou pré-agônico, sem mais solução médica para suas enfermidades. Embora não seja nossa pretensão discutir sobre os aspectos éticos e morais do controverso tema, apenas a título de ilustração, reconhecendo as divergências que pairam na doutrina, pode-se agrupar as diversas correntes acerca da aceitação ou não da eutanásia basicamente em duas. Os que defendem a eutanásia afirmam que os pacientes agônicos não têm mais uma existência digna. Os que são contrários defendem a irrenunciabilidade do direito à vida. No Brasil, embora grande a controvérsia, é proibida a eutanásia, pois o direito à vida é irrenunciável, configurando inclusive crime de homicídio, embora privilegiado pelo relevante valor moral (causa geral de diminuição de pena).

Outra dimensão do direito à vida consiste no direito à integridade física e moral. A nossa Carta Magna, tutelando a integri-

dade física, dispõe que ninguém será submetido à prática de tortura nem a tratamento desumano ou degradante, vedando também as penas cruéis. Há outros dispositivos tais como o que garante ao preso o respeito a sua integridade física e moral, a questão da doação de órgãos em que se veda a comercialização, aceitando-se apenas a doação (inalienabilidade dos direitos fundamentais), previsto no artigo 199, § 4º da Constituição Federal, dentre outros. O Código Penal prevê o crime de lesão corporal, tutelando tal bem jurídico.

Pergunta-se: pode-se obrigar alguém a realização de exame de DNA? O Supremo Tribunal Federal inicialmente entendeu que não, pois se estaria violando o direito à integridade física (agulha para se retirar o sangue). Há alguns que dizem que haveria um conflito entre o direito à integridade física e princípio da dignidade da pessoa humana. Atualmente, não há mais a necessidade de se retirar o sangue para a realização de tal exame, podendo o mesmo ser realizado no fio de cabelo, na saliva, na placenta. Conforme este entendimento, ninguém pode ser obrigado a realizar o exame de DNA, mas o mesmo pode ser realizado em partes desintegradas do corpo humano, como as acima mencionadas.

9 Conclusão

Os direitos e garantias fundamentais fazem parte do núcleo intangível da nossa Constituição Federal, não podendo ser alterados pelo poder constituinte derivado. Alguns entendem que nem mesmo uma outra constituição poderia suprimir o rol dos direitos fundamentais já conquistados, em razão do princípio da vedação ao retrocesso. Além de imodificáveis, tais direitos devem servir de instrumento de hermenêutica constitucional, informando a atividade do intérprete e aplicador do direito. Não que existam normas constitucionais superiores, mas

como os direitos fundamentais consistem no próprio fim de uma constituição, é razoável que sirvam de paradigma interpretativo do texto constitucional, servindo de norte na atividade desenvolvida pelo Estado e também pelos próprios particulares.

10 Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo. Malheiros, 1996.

DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2004, v. I.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MAIA, Juliana. **Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.