

TEORIA SOBRE A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

TEORÍA DE LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Silvana Barros da Costa¹

Carlos Luiz Strapazzon²

RESUMO: Os direitos humanos não foram criados de uma só vez. Expressões e vocábulos como direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos e garantias fundamentais, direitos individuais, são utilizadas pela doutrina previdenciária, corriqueiramente, no mesmo sentido, sendo difícil a delimitação conceitual dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No presente trabalho se analisará o teor de cada um destes termos, para concluir a motivação de utilizar uma ou outra nomenclatura para identificar esses direitos. Discutir-se-á, também, a respeito do reconhecimento e positividade dos direitos humanos fundamentais sociais, revisitando a utilização do termo “gerações” de direitos fundamentais ou “dimensões” de direitos fundamentais, as diversas “dimensões” dos direitos fundamentais, fixando-se, porém, na segunda dimensão dos direitos fundamentais, que são os direitos fundamentais sociais. E a importância do reconhecimento, pelo Constituinte de 1988, da fundamentalidade dos direitos ditos humanos, que a partir de então, passaram a ser fundamentais, consolidando-os como uma das bases do Estado Democrático (e social) de Direito. O objetivo deste trabalho é demonstrar os fundamentos e características básicas dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, a fundamentalidade destes direitos, e a importância deles para o ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Fundamentalidade.

RESUMEN: Los derechos humanos no fueron creados al mismo tiempo. Expresiones y palabras como los derechos humanos, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos humanos fundamentales, derechos y garantías fundamentales, derechos individuales, son utilizados por la doctrina del seguridad social, de manera rutinaria, en la misma dirección, lo que dificulta la delimitación del concepto de los derechos humanos y los derechos fundamentales. El presente trabajo analiza el contenido de cada uno de estos términos, para completar la motivación para utilizar una u otra nomenclatura para identificar a estos derechos. También serán discutidos la posibilidad del reconocimiento y positivación de los derechos humanos sociales fundamentales, revisar el uso del término "generaciones" de derechos fundamentales o "dimensiones" de los derechos fundamentales, los diferentes "dimensiones" de los derechos fundamentales, el establecimiento de sin embargo, en la segunda dimensión de los derechos fundamentales, que son los derechos sociales fundamentales. Y la importancia del reconocimiento por parte de la Asamblea Constituyente de 1988, de la fundamentalidad de los derechos humanos, dijo que a partir de entonces, se convirtió en fundamental, consolidando como una de las bases del Estado democrático (y social) de Derecho. El objetivo de este trabajo es demostrar los fundamentos y características básicas de los derechos humanos, los derechos fundamentales, la fundamentalidad de estos derechos y de su importancia para el sistema jurídico nacional.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Derechos Fundamentales; Fundamentalidad.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais. Membro de projeto de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Seguridade Social da Unoesc. Pós Graduada em Direito Previdenciário pela Unoesc, Pós Graduada em Direito Constitucional pela Unoesc. Professora de Direito Previdenciário e Teoria Geral do Direito da Unoesc. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Contato: silvana.costa@unoesc.edu.br

² Pós-Doutorado em direitos fundamentais sociais, PUC-RS (CAPES 6), Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), em Chapecó - SC, onde coordena o projeto de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Seguridade Social. Coordena o Programa Internacional de Cooperação Científica entre Unoesc e Universidad Autónoma de Barcelona, Espanha. É Membro do Conselho Editorial da Revista Federalismi.it (Italia, Classe A, Anvur - ISSN 1826-3534) e da Revista Direitos Fundamentais e Democracia/Unibrasil-PR (Qualis B1, CAPES - ISSN 1982-0496). Na Unoesc, é o Editor-Chefe da Espaço Jurídico Journal of Law [EJL](Qualis B1, CAPES, ISSN 2179-7943). Também é Professor de Direito Constitucional da Universidade Positivo, em Curitiba, PR. Contato: strapazzon.carlos.luiz@gmail.com.

1 BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A CRIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Não há como se tratar de direitos humanos sem antes fazer uma análise histórica dos Direitos Humanos. No Ocidente a história dos Direitos Humanos é a própria história da condição humana e sua vivência através dos tempos. Primeiramente no campo ideológico filosófico e posteriormente no campo jurídico-normativo (LEAL, 2000, p. 33).

A noção de direitos humanos é, por dizer, tão antiga quanto a própria história das culturas, manifestando-se em épocas diferentes, nas diferentes civilizações, em busca de afirmar a dignidade da pessoa humana e na luta contra todas os meios de exclusão e opressão (TRINDADE, 2003, p. 33).

A expressão “direito humano” foi utilizada por Voltaire, pela primeira vez, em 1763, com significado semelhante à “direito natural” em seu *Tratado sobre a tolerância*, por ocasião da morte de Jean Calas, que fora torturado e condenado à morte, em 1762. O termo “direitos do homem” começou a propalar-se, em francês, depois de sua aparição em *O contrato social*, de Rousseau (HUNT, 2009, p. 20-24).

Numa expressão mais política e menos jurídica, é em 1776, que surgirá a primeira disposição de Direitos Humanos, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, e posteriormente, as cartas constitucionais dos Estados americanos, que começaram a estabelecer um sistema de regras jurídicas de caráter individual e coletivo a fim de que os governos não pudessem suprimir de forma anti-democrática os direitos conquistados (LEAL, 2000, p. 36).

A partir da aparição em *O contrato social*, de Rousseau foi que o tema que tratava sobre *tortura* tornou-se usual nas obras contemporâneas, considerando que a tortura judicialmente supervisionada para obter confissões estava sendo utilizada novamente em grande parte dos países europeus. Até mesmo as sentenças proferidas pelos tribunais franceses no fim do século XVIII continha algum tipo de castigo corporal público. Entretanto, foi a partir de 1760, com diversos tipos de campanhas abolicionistas que estas foram extintas pelo Estado e a aplicação de castigos foi moderada. Foi o italiano Beccaria e o inglês Blackstone que ajudaram a estabelecer a visão de que a lei criminal deveria se conformar aos ditados da verdade e da justiça, aos sentimentos humanitários e aos direitos indelévels da humanidade. Para que os direitos humanos se transformassem em direitos

“autoevidentes” a população começou a compreendê-los de forma diferenciada, com emoções diversas das antes existentes (HUNT, 2009, p. 26-33).

Para Lynn Hunt (2009, p. 38) foi no século XVIII que os direitos humanos passaram a ser difundidos, com a capacidade das pessoas em sentir *empatia*, levando em consideração as diferenças sociais, e passando a enxergar os demais como seus semelhantes na frutificação de uma sociedade mais moral, proporcionando o esteio da soberania social e política, que, muito embora já existisse e fosse um critério biológico e universal, foi estimulada por romances epistolares como *Pamela* e *Clarissa* (1740 e 1747-8), de Samuel Richardson e *Julia* (1761), de Rousseau.

As novas atitudes sobre a tortura e sobre uma punição mais humanizada se cristalizaram primeiro na década de 1760, não apenas na França, mas em outros países europeus e nas colônias americanas. Em 1789, o governo revolucionário francês renunciou a todas as formas de tortura judicial, introduzindo a guilhotina em 1792, que tinha a intenção de tornar a execução da pena de morte uniforme e tão indolor quanto possível. No final do século XVIII, a opinião pública parecia exigir o fim da tortura judicial e de muitas indignidades infligidas aos corpos dos condenados (HUNT, 2009, p. 104-12).

O Jusnaturalismo teve grande importância para o nascimento dos direitos humanos. Teóricos como Grotius, Pufendorf, Burlamaqui, Thomas Hobbes e John Locke tiveram grande influência na elaboração e criação da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), eventos de importância na história dos direitos humanos (HUNT, 2009, p. 116-8). Em tais documentos os declarantes alegaram estarem confirmando direitos já existentes e inquestionáveis, todavia, ao fazê-lo, consumaram uma revolução na soberania e elaboraram um fundamento novo para o Estado, embasado pela proteção dos direitos universais. Não obstante as religiões, as classes sociais e os sexos não tivessem sido mencionados nas declarações, a positivação dos direitos teve efeitos para além dos Estados Unidos e da França, modificando a maneira de expressão dos pensamentos sobre o assunto, pelo mundo a fora.

A Declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789 faz uma clara diferenciação entre os direitos do homem e dos direitos do cidadão. Enquanto o homem é visto como um ser existente fora da sociedade, uma vez que existe antes da sociedade, o cidadão está dentro da sociedade, no centro desta e sujeito à autoridade do Estado. E

assim sendo, os direitos do homem são naturais e inalienáveis, ao passo que os direitos do cidadão estão positivados e assegurados pelo direito positivo (LEAL, 2000, p. 37).

A Declaração Francesa foi de suma importância para as Constituições ocidentais, eis que passou a positivizar normas de Direitos do Homem, porém de cunho universal, especialmente pelo art. 16, que estabelecia que toda a sociedade que não estivesse garantido seus direitos nem pautada sua separação de poderes, não dispunha de Constituição. Tais direitos impunham uma atividade negativa por parte do Estado, com o zelo de não interferência do âmbito individual de cada pessoa, conhecidos por direitos de primeira dimensão (civis e políticos) (LEAL, 2000, p. 98).

Na França, dois anos depois das Declarações, se observou um nível de desenvolvimento bem demarcado, onde os protestantes, e depois deles, os judeus (minorias religiosas), alcançaram direitos políticos, adquirindo direitos iguais (HUNT, 2009, p. 150-9). A nação Francesa também foi a primeira, dentre as nações que possuíam escravos, a conferir aos negros livres direitos políticos iguais (1792) e a emancipá-los (1794). Já o Parlamento britânico viria a votar pelo término da participação no tráfico de escravos em 1807 e a abolir a escravatura nas colônias britânicas em 1833. Os Estados Unidos só aboliram, oficialmente, a escravatura em 1865 (HUNT, 2009, p. 160-7).

No decorrer dos séculos XIX e XX, verificou-se a nacionalização dos direitos humanos, que se estabeleciam na ideia de nacionalidade. Com um novo conceito de proteção, o nacionalismo assumia uma índole xenófoba e racista, intimamente engendrada com a etnia, com enfoque nas causas biológicas para nutrir as diferenças. Indo contra tudo o que já fora pesquisado anteriormente, os cientistas apregoavam a superioridade da raça branca em relação à raça negra e os perigos da miscigenação. Este novo antissemitismo também apregoava a expulsão dos judeus. Foi criado também o socialismo e o comunismo, formado numa reação explícita a limitações visíveis dos direitos individuais constitucionalmente estruturados (HUNT, 2009, p. 178-208).

Os direitos Humanos passaram por diversas modificações e reconhecimentos, vindo a serem detalhados em 16/12/66 na ONU pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, posteriormente nas batalhas travadas pela Segunda Guerra Mundial, com inúmeras

violações de direitos humanos nos campos de concentração nazistas, surgindo aí os chamados direitos de solidariedade³.

Nesta época o mundo testemunhou o crescimento assustador de diversas formas de sexismo, antissemitismo e racismo. O desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos dimanaram em atos de barbárie. As atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras, com milhares de mortos, evidenciaram tais acontecimentos, incitando os indivíduos a exercer pressão sobre as autoridades, com o objetivo de recuperar o cumprimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais universais.

As hostilidades acabaram por auxiliar na proclamação de que os direitos do homem devem ser um dos objetivos fundamentais das Nações Unidas (CASSIN, 1974, p. 393).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi aprovada como uma resposta à humanidade que exigia mudanças, representando o início de um processo extremamente tenso e conflituoso que persiste até os dias de hoje. Para Lynn Hunt (2009, p. 206):

A Declaração Universal não reafirmava simplesmente as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e providenciava o sufrágio universal e igual por votação secreta. Além disso, requeria a liberdade de ir e vir, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar e, com mais controvérsia, o direito à segurança social; o direito de trabalhar, com pagamento igual para trabalho igual, tendo por base um salário de subsistência; o direito ao descanso e ao lazer; e o direito à educação, que devia ser grátis nos níveis elementares

Segundo Lynn Hunt (2009, p. 215-16), muito embora o modo moderno de comunicação tenha ampliado a forma de sentir *empatia* pelos demais, esta não tem sido suficiente para garantir que os indivíduos ajam de acordo com um sentimento de solidariedade, visto que se verifica um persistente desrespeito aos direitos humanos, aos direitos das mulheres, das crianças, o desabrochar de um novo tipo de escravidão, de tortura e genocídios. Conclui asseverando que a história dos direitos humanos demonstra

³A solidariedade pode ser vista como um valor ético ou como um princípio que está positivado nas Cartas Constitucionais dos Estados. “É principalmente uma obrigação moral ou um dever jurídico”. A solidariedade é um dos nortes para a obtenção do mínimo existencial. (TORRES, 2003, p.10).

que direitos são mais protegidos pelos sentimentos, crenças, e ações das massas de indivíduos, que clama por respostas que correspondam ao seu pensamento.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada sem qualquer questionamento, reserva ou voto contrário, por parte dos Estados, aos seus princípios e disposições, veio definir com precisão o elenco desses direitos humanos e liberdades fundamentais, concretizando a obrigação relativa à promoção deles constante da Carta das Nações Unidas.

René Cassin (1974, p. 397) define a Declaração Universal dos Direitos Humanos por sua extensão e universalidade, uma vez que engloba direitos e faculdades importantes ao desenvolvimento físico, mental e intelectual da pessoa humana, de todas as pessoas humanas, independente de sua raça, cor, nacionalidade, sexo, religião ou do regime político adotado pela comunidade onde incida. Neste diapasão, houve o reconhecimento pela comunidade internacional de que o cidadão é parte direta da sociedade humana, na condição de “sujeito direto do Direito das Gentes”, pois, se é cidadão do País onde reside, também é cidadão do mundo, e assim a proteção internacional também deve lhe ser assegurada. Desta forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao sagrar valores fundamentais basilares e asseverar que basta a condição de pessoa para ser titular de direitos, teve como objetivo esboçar uma ordem pública mundial, baseada no respeito à dignidade humana.

É a partir da chamada era da globalização, na década de 1980, que surgem novas demandas e novos direitos, acrescentando as alternativas de caracterização dos Direitos Humanos e fundamentais, surgindo também a dimensão dos direitos transindividuais, conhecidos como direitos coletivos ou direitos difusos, que abarcam os direitos do consumidor e os direitos que dizem respeito às questões ecológicas; a dimensão dos direitos de manipulação genética, que dizem respeito à biotecnologia e a bioengenharia, que cuidam de situações sobre a vida e a morte e que necessitam de debate ético prévio; e a dimensão da realidade virtual, que abarca a cibernética atual, que requer a quebra de fronteiras, criando embates entre nações com diferentes práticas (LEAL, 2000, p. 44-45).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIMENSÕES OU GERAÇÕES?

Hodiernamente, existe uma gama de direitos reconhecidos, que perpassam pelo direito à vida, liberdades e igualdades, direitos do trabalhador e direitos sociais, e atingem direitos que antigamente seriam inimagináveis, quiçá que iriam atingir um grau de

fundamentalidade, como é o direito à titularidade difusa e coletiva, ao meio ambiente e tecnologia, à democracia plena e à globalização.

De acordo com Sarlet (2007, p. 54) os direitos fundamentais começaram a ser reconhecidos pelas Constituições, estes passaram por inúmeras mudanças no tocante ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Não se podendo negar que o seu reconhecimento gradual, inclusive quanto a novos direitos fundamentais, foi de complementação e não de alternância, de maneira que a utilização da expressão “gerações” poderia dar a falsa impressão de substituição de uma dimensão por outra, quando na verdade o que ocorre é a criação de um novo direito.

A utilização do termo “gerações” dá uma sensação de substituição de direitos, o que, de fato, não ocorre. O que ocorre é uma sucessiva complementação desses direitos fundamentais, com o decorrer do tempo, mutável no tempo e no espaço, conforme o momento histórico e o lugar.

Sarlet (2007, p. 55) ainda pontua que em se tratando de “direito internacional de direitos humanos” a “teoria dimensional dos direitos fundamentais” indica a indivisibilidade e a unidade no contexto do direito constitucional interno, e não apenas o caráter cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar de todos os direitos fundamentais.

Tratar os direitos fundamentais como gerações ou dimensões não consegue explicar de maneira adequada toda a complexidade do processo de elaboração histórica e social dos direitos, uma vez que estas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais nos mostram que este processo de reconhecimento possui características estritamente dialética e dinâmica, calcada em progressos, retrocessos e contrasensos, que se afastaram quase que em sua totalidade, de sua versão originária guiada pelo jusnaturalismo (SARLET, 2007, p. 62).

Além disso, constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio (2004, p. 24), ao sustentar que o mais importante quanto aos Direitos do Homem não é somente que estejam fundamentados, mas sim a sua proteção, sob o ponto de vista da adoção de medidas eficazes, meios e condições para que possam ser reconhecidos e efetivados.

A existência das várias gerações ou dimensões que assinalam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais evidenciam que os direitos fundamentais formam uma “categoria materialmente aberta e mutável” (SARLET, 2007, p. 63), lembrando a tríade de direitos consagrados pela Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Todavia, embora essa classificação dos direitos fundamentais em dimensões seja bem didática para fins de estudos, também recebe críticas, como do ilustre doutrinador Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 43), para quem a tese das “gerações” de direitos não possui nenhum fundamento jurídico, que se verificam distorções nos diversos direitos em diferentes partes do mundo e que a proteção internacional dos direitos humanos requer “uma visão da indivisibilidade e interrelação entre todos os direitos humanos”. Afirma o doutrinador que esta classificação é inconvincente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, tratando-se de uma teoria fragmentada, incompatível com o direito, que é complexo.

3 DIREITOS E DIMENSÕES

3. 1. GENERALIDADES

Com o desenvolvimento e as mudanças ocorridas nos direitos humanos, com a incorporação destes direitos nas Cartas Constitucionais dos Estados, começaram a surgir critérios, na tentativa de classificá-los, em face das suas dimensões. Neste trabalho, por entendimento pessoal, chamaremos tão somente de dimensões.

3.2. AS GERAÇÕES DE DIREITOS

Na primeira dimensão dos direitos fundamentais encontramos os direitos referidos nas revoluções Americana e Francesa, que foram os primeiros a serem positivados e por isso denominados de direitos de primeira categoria (MENDES, 2009, p. 267).

Os direitos de primeira dimensão ou os direitos de liberdade dizem respeito aos direitos do indivíduo perante os órgãos estatais (Estado), mais precisamente, os direitos de defesa, que representam o âmbito de autonomia individual dos indivíduos em face do Estado e delimitam a zona de não-intervenção do Estado em face dos indivíduos, que valorizam primeiramente o “homem-singular”, o “homem das liberdades abstratas”. Estes direitos exigem uma conduta de abstenção por parte do Estado, sendo, desta forma, chamados de direitos de cunho negativo, no sentido de serem “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2004, p. 563-564) e considerados indispensáveis a todos os indivíduos (MENDES, 2009, p. 267). Aqui se inclui como principais: o direito à vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade.

Na segunda categoria ou dimensão de direitos fundamentais, com a consagração dos direitos de liberdade e igualdade, no final do século XIX, conferiu-se ao Estado um comportamento ativo, no afã da realização da Justiça social. A característica desses direitos de segunda dimensão é a exigência de uma conduta positiva do Estado em proporcionar ao indivíduo o bem-estar social. Esta segunda categoria de direitos trata das chamadas “liberdades sociais” (SARLET, 2007, p. 57), tais como os direitos dos trabalhadores⁴ férias, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, direitos da mulher gestante, salário mínimo, igualdade entre trabalhadores rurais e urbanos. Esta segunda categoria de direitos possui um cunho prestacional e exige uma conduta positiva do Estado. Nesta categoria de direitos estão abrangidos, também, os direitos Sociais do art. 6^o da Carta Constitucional de 88, os direitos Econômicos (direito do consumidor), cujos direitos possibilitarão uma política econômica e os direitos Políticos com a participação dos indivíduos no poder do Estado, enquanto direito de manifestação⁶.

A terceira dimensão de direitos fundamentais são os considerados direitos de solidariedade e de fraternidade, com alto teor de humanismo e fraternidade, que foge da noção particular de indivíduo como titular do direito, e abarca a noção de coletividade como o novo titular do direito, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Onde os teóricos com Vasak e outros citam o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (BONAVIDES, 2004, p. 569),

Há quem diga ainda que existe uma quarta categoria de direitos, que ainda está na expectativa de ser reconhecido pela ordem jurídica internacional e dos ordenamentos jurídicos internos, no sentido de serem positivados nos textos constitucionais, dentre os quais poderia citar o direito à globalização, universalizando os direitos fundamentais no campo institucional, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado Social (BONAVIDES, 2004, p. 571).

⁴ Ex. férias, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, direitos da mulher gestante, salário mínimo, igualdade entre trabalhadores rurais e urbanos, limitação da jornada de trabalho, dentre outros;

⁵ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶ A principal diferença dos direitos individuais é que aqui não é exigido qualquer tipo de qualificação, seja nacionalidade, idade, a fim de ser exercido, enquanto que nos direitos políticos, segundo tem que preencher os requisitos constitucionais.

3.3. DIREITOS SOCIAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

No século XIX, os problemas sociais e econômicos e a industrialização, o surgimento das doutrinas socialistas e o fato da liberdade e da igualdade terem se consagrado formalmente, e ao fato de que mesmo com esta formalização estes direitos não geravam a garantia de sua efetividade, terminaram por eclodir movimentos de protesto para verem reconhecidos estes direitos, conferindo ao Estado um comportamento ativo na busca da realização da Justiça social (SARLET, 2007, p. 56).

Após a libertação do indivíduo perante o Estado, e a garantia formal dos direitos de liberdade e igualdade perante a lei em forma de positivação, o surgimento de uma segunda dimensão de direitos apresenta uma nova visão dos direitos fundamentais, que nascem “abraçados” ao princípio da igualdade e deste não pode se separar (BONAVIDES, 2004, p. 564). A sociedade exige uma atuação positiva do Estado, capaz de garantir ao cidadão condições mínimas de dignidade, não bastando tão somente a garantia dos direitos de liberdade e dos direitos de igualdade.

Essa exigência da sociedade faz com que o Estado passe a agir positivamente, de forma a garantir que o indivíduo tenha acesso a prestações de caráter social, tais como saúde, educação, moradia, transporte, seguridade social, entre outros.

Estes direitos surgiram, principalmente após a Segunda guerra mundial, quando passaram a serem positivadas nas Constituições dos Estados.

No Brasil, a Constituição de 1891 já dava sinais do surgimento dos direitos sociais⁷. A Constituição de 1934 trouxe já em seu preâmbulo o tratamento social aos indivíduos⁸. Entretanto, foi somente quando houve a passagem da ditadura militar para a democracia que emergiram as causas sociais e econômicas. Com a Carta Constitucional de 1988 e o processo de democratização do país que passa a ocorrer em 1985 (PIOVESAN 1999, p. 126), o reconhecimento aos direitos sociais imanentes da cidadania foi uma consequência. Como uma dívida que o Constituinte possuía junto ao povo, devido a todo o período de ditadura militar, onde havia um massacre dos direitos como um todo (IPEA, 2008, p. 45) e um limite da ruptura jurídica com o regime militar autoritário que se conversou no Brasil de 1964 a 1985 (PIOVESAN, 1998, p. 206).

⁷ Art. 34, § 30, art. Legislar sobre polícia; art. 35, § 3º criar instituições de ensino superior; art. 72, § 6º será leigo o ensino em estabelecimentos públicos; § 24 livre exercício de qualquer profissão, moral, intelectual e industrial; art. 75 que trata das aposentadorias aos funcionários públicos a serviço da União.

⁸ Preâmbulo da Constituição Federal de 1934: “... organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico...”.

Verifica-se que as garantias fundamentais passam a fazer parte do artigo 5º, demonstrando a ânsia do legislador originário em defender o ser humano. Desta forma, depois de um longo período em que o povo foi dominado por um governo autoritário, há a retomada da proteção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos de segunda dimensão não abarcam apenas os direitos de cunho positivo. O “social” utilizado pela doutrina, segundo Sarlet (2007, p. 57-58), encontra justificativa principalmente, devido ao fato de que os direitos podem ser vistos como uma forma de densificar o princípio da justiça social, e também de satisfazer os pleitos das classes mais baixas, como forma de compensar as desigualdades existentes entre nas relações (empregador x empregado), em razão do maior ou menor grau de poder econômico. E tão justiciáveis quanto os direitos fundamentais de primeira geração, cuja eficácia não pode ser facilmente descumprida ou recusada sob o argumento da programaticidade (BONAVIDES, 2004, p. 565).

O dever de proteção do indivíduo se insurge contra as construções teóricas maléficas que conjurando pretensa natureza jurídica de determinadas categorias de direitos, tentavam negar-lhe meios de garantir sua efetividade e assim, separar o social do econômico e do político, de forma que “o ser humano, titular de todos os direitos humanos, pudesse “dividir-se” nos diversos ramos de atuação (TRINDADE, 2003, p. 42).

Para Robert Alexy (2000, p. 34-35) não se pode concluir que o único destinatário das obrigações prestacionais seja o Estado, também devem ser considerados a família e a sociedade⁹

Por fim, o que se denota é que somente com seu advento em 1988 que os direitos humanos foram amparados constitucionalmente de maneira ampla, já que defende não só os direitos individuais fundamentais como também os direitos sociais e a nova categoria de direitos difusos e coletivos, sendo, igualmente, de importância semelhante à criação dos remédios constitucionais que garantam a efetivação desses direitos.

Os direitos fundamentais são direitos contra o Estado, em contrapartida os direitos humanos são direitos frente a outros seres humanos, e isto é importante, na medida dos efeitos dos direitos humanos perante terceiros. O debate é importante para definir se e em que medida os direitos fundamentais, na forma de direitos do indivíduo perante o Estado, se refletem nas relações do indivíduo frente a outro indivíduo (um terceiro). Mesmo levando em consideração que os efeitos dos direitos humanos em sua relação indivíduo x

⁹ Ex. a conexão material com os art. 205, art. 226, art. 229, art. 230 da Constituição Federal de 1988.

indivíduo não são perdidas, com sua transformação em direitos fundamentais por parte do Estado (ALEXY, 2000, p. 37).

4 O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS

Fixar as características dos direitos fundamentais não é tarefa fácil, podendo-se encontrar algumas dificuldades, no que, a fim de auxiliar o deslinde da questão, fixam-se algumas características que são sempre válidas, em qualquer lugar no mundo. A forma com que são tratados os direitos fundamentais na esfera interna dos Estados democráticos varia, da mesma forma que varia a concretude desses mesmos direitos, pois a significação dos direitos fundamentais para cada Estado, dependem de diversos fatores extrajurídicos, principalmente das peculiaridades de cada Estado, assim como da cultura e das diferenças de cada povo (MENDES, 2009, p. 273), sendo possível adequar padrões universais de direitos humanos em meio a diversidade cultural (TRINDADE, 2003, p. 36).

Pode-se afirmar que os direitos humanos dizem respeito ao ser humano pelo simples fato de ser humano, ou quanto ao seu conteúdo, onde os direitos do homem são aqueles que se referem ao homem, de alguma forma se referem ao homem, a todos os homens, dos quais nenhum homem possa ser espoliado – no sentido de lhe ser retirado -, e cujo reconhecimento é condição essencial ao melhoramento da pessoa humana ou para o crescimento da civilização (BOBBIO, 2004, p. 17). E então, os direitos humanos dizem respeito à toda a humanidade. E quando positivados nas Constituições dos Estados, passam a ser direitos fundamentais, de todos os indivíduos que estejam dentro daquele Estado.

Como se sabe, as teorias positivistas manifestam que um direito somente poderá ser considerado como tal se estiver reconhecido pelo ordenamento legal. Assim sendo, qualquer fundamento externo ao sistema legal não é válido. Nesse sentido, Hans Kelsen defende que o Direito positivo não pode condicionar a validade de suas normas a um sistema valorativo, pois, como impera na sociedade um relativismo valorativo, impedida está a possibilidade de se encontrar um fundamento de valor que seja absoluto e último para a validade do Direito (LUCAS, 2010, p. 38).

Se os direitos humanos fossem válidos e aceitos apenas quando positivos, seu alcance seria do tamanho das legislações nacionais e sua função seria limitada ao papel de proteção de sujeitos nacionais específicos. Nessas condições, a universalidade dos

direitos humanos não teria sentido algum, nem mesmo como horizonte axiológico para avaliar e pautar a ação política e jurídica legítima (LUCAS, 2010, p. 47).

Desde que se iniciou o projeto das Nações Unidas para a proteção dos Direitos Humanos, a questão que sempre existiu foi a de resolver o problema de como seria possível conceituar universalidade num mundo multicultural. Desta forma, fortaleceu-se o embate entre a perspectiva universalista e multiculturalista dos direitos humanos. A partir de meados do século XX a importância da cultura e da diversidade cultural como dimensão dos direitos humanos vem sendo reconhecida, passando a multiculturalidade de cada povo, cada nação a ter que ser respeitada. A cultura no processo de desenvolvimento das civilizações, assim como suas diferenças étnicas e culturais são importantes para demonstrar, objetivamente, a influência histórica na evolução dos povos. Gradualmente vem se incorporando as gerações de direitos fundamentais na perspectiva dos direitos humanos, respeitando dos direitos culturais de cada povo.

A concepção universal e indivisível dos Direitos Humanos ficou fortalecida com a Declaração de Viena de 1993 na Conferência Mundial de Direitos de Viena. Notória na análise do Art. 5º da Declaração:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, **culturais** e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (grifo nosso).

E também do Art. 1º da mesma Declaração: “a natureza **universal** desses direitos e liberdade é **inquestionável**” (grifo nosso).

Ora, ainda que o art. 5º pudesse ainda ser tido como insuficiente para declarar a Universalidade dos direitos humanos, o art. 1º é incontestável, não havendo como refutá-la por esse argumento. Embora, naquela ocasião, tenha havido certo embaraço por parte dos participantes para a aprovação consensual do documento final da Declaração de Viena de 1993, considerando o multiculturalismo presente no mundo globalizado. Entre os presentes existiam duas posições conflitantes, sendo uma Universalista e outra Relativista; os *Universalistas* consideravam a universalidade dos direitos humanos e a sua predominância sobre o princípio da soberania nacional. Nestes encontramos os países desenvolvidos como Estados Unidos, União Européia e Japão. Já os *Relativistas*

alegavam que os direitos humanos deveriam ter uma abrangência parcial ou relativa conforme os diferentes níveis de desenvolvimento econômico, assim como deveriam ser observadas as tradições culturais de cada sociedade. Sendo encontrados como exemplo de relativistas, os países em desenvolvimento como China, países africanos, árabes, asiáticos e alguns latinoamericanos (MAZZUOLI, 2009). As críticas feitas por alguns autores orientais e ocidentais sobre o Universalismo é de que seria uma tentativa opressora das potências mundiais ocidentais passar por cima das demais culturas e civilizações, utilizando-se em nome dos direitos humanos para de forma dissimulada exercer o poder econômico sobre os países mais fracos, ditos subdesenvolvidos. Isso muitas vezes aconteceu, porque por incontáveis vezes as diferenças entre os povos e culturas foram ignoradas pelo Ocidente, porque este, com uma visão consumista do mundo quer obrigar a todos os povos a fazer o mesmo, muitas vezes se escondendo sob o manto dos direitos humanos (KROHLING 2008, p. 158).

A sociedade contemporânea é marcada por encontros entre relativismos culturais e o florescimento de uma cultura global (universalismo). É que existem problemas e desafios que somente poderão receber atenção eficiente se forem tratados de forma global, como os problemas de fome, água, guerras e meio ambiente. E esses direitos exigem reciprocidades universais, justificando obrigações e responsabilidades mútuas. A universalidade é uma condição necessária e indispensável para o reconhecimento dos direitos inerentes à todos, além de qualquer exclusão ou discriminação (LUCAS, 2010, p. 57).

A universalidade dos direitos fundamentais faz com que estes se posicionem, desde o início, “num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia”. Sendo que esta universalidade não elimina os direitos de liberdade, mas sim os fortifica, com o objetivo e fundamento de melhor efetivá-los, ante a concretude dos direitos de igualdade e de fraternidade (BONAVIDES, 2004, 573).

5 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 GENERALIDADES

O debate sobre o tema de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais corre pelo mundo a fora há muitos séculos, ainda que a humanidade tenha plena consciência de que

os indivíduos são sujeitos de direitos ditos como “fundamentais”, cujo respeito essencial para a conservação do indivíduo em condições de dignidade que se adaptem à natureza humana.

Esses direitos tidos como fundamentais já nascem com o homem, dizem respeito ao homem pelo simples fato de ser homem, dos quais nenhum homem pode ser espoliado – no sentido de lhe ser retirado -, e cujo reconhecimento é condição essencial ao melhoramento da pessoa humana ou para o crescimento da civilização (BOBBIO, 2004, p. 17), razão pela qual, não podem ser vistos como uma condescendência estatal. Basta que se analise o teor do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas de 1948, onde consta a “proclamação” dos direitos tidos como *fundamentais*, demonstrando claramente que estes direitos *fundamentais* existem antes mesmo de qualquer instituição social ou política, não podendo ser suprimido ou limitado, deixando evidenciado que o Estado tem a obrigação de defender e proteger estes direitos contra qualquer forma de afronta.

Desta forma, o respeito à sua dignidade e a garantia de que suas necessidades elementares sejam supridas é uma condição que se impõe. Podendo, inclusive, exigir do Estado (direitos prestacionais) e da própria sociedade. Não se podendo considerar que o Estado seja o único destinatário das obrigações prstacionais seja o Estado, também devem ser considerados a família e a sociedade (ALEXY, 2000, p. 34-35).

Deve-se considerar que a aceitação da dificuldade de conciliar as diversas concepções sobre os direitos humanos (filosóficas, jusnaturalistas e positivistas) faz com que se recuse a utilidade de estudar a fundamentação filosófica dos direitos fundamentais, sob o entendimento de que o problema mais urgente fica na necessidade de buscar uma forma de protegê-los. Todavia, não bastam os motivos filosóficos para que um direito humano seja positivado, é imprescindível que sejam somadas a estas, condições sociais e históricas favoráveis (MENDES, 2009, p. 269).

A Constituição do Brasil de 1988 foi um marco de extrema importância para consagrar os direitos humanos. Foi a transição entre a ditadura militar existente na época e o regime democrático. Sagrada como a “Constituição cidadã” pelas palavras do ilustre parlamentar Ulisses Guimarães, trouxe consigo a ampliação dos direitos e garantias fundamentais, com a criação de uma nova ordem constitucional.

As expressões terminológicas: direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos e garantias fundamentais, direitos individuais, são utilizadas pelo direito positivado e pela própria doutrina,

corriqueiramente, no mesmo sentido terminológico, como bem identificamos na nossa própria Carta Constitucional de 1988, a título exemplificativo, expressões como direitos humanos (art. 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV) (SARLET, 2007, p. 34).

É difícil a delimitação conceitual dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em razão de possuírem esta grande quantidade de nomenclatura terminológica. A “a ampliação e a transformação” dos direitos fundamentais através do tempo, dificulta a possibilidade de definir um conceito sintético e preciso, fato este que é acentuado pela diversidade de expressões utilizadas para designá-los (SILVA, 2011, p. 175).

Entretanto, ainda que possam ser consideradas expressões sinônimas, utilizadas pela doutrina moderna em igual sentido semântico, muitas vezes, é necessário estabelecer, uma delimitação dos termos e conceitos, ao menos ao que se refere à *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, a fim de encontrar uma padronização de sentido no que se refere a estas expressões, usadas pela doutrina e contidas no texto constitucional brasileiro.

Os direitos humanos podem ser demandados (exigidos), mas também há que se ter um direito fundamental frente a todos quanto à formar uma instância comum onde se possa exigir o cumprimento daquele direito, pois de outra maneira não seria um reconhecimento sério. E mesmo que se trate de direitos humanos, somente o critério da validade moral não garante um determinado comportamento por parte dos indivíduos e esta é a principal razão para a transformação de direitos humanos em direitos positivos (ALEXY, 2000, p 32).

É a partir desta conceituação de pessoa humana que surge a concepção de Direitos Humanos, em duas acepções: numa ótica de direitos congênitos (inatos) à condição humana, logo, não limitados à ação humana; numa ótica historicista do ser humano, enquanto advindo da análise e movimento social, como consequência de sua espécie, em constante mutação e melhoramento (LEAL, 2000, p. 49-50).

Para J.J. Gomes Canotilho (1993, p. 517), as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas, pela sua origem e significado. Conceitua os *direitos do homem* como “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)” e *direitos fundamentais* como sendo “os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados especio-temporalmente”, sendo que os direitos do homem advém da própria natureza

humana e os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente válidos na ordem jurídica concreta.

Para o autor os direitos fundamentais deverão ser vistos sempre como direitos “direitos jurídico-positivamente constitucionalizados”, uma vez que esta posituação jurídico-constitucional, os direitos do homem serão somente “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, entretanto, nunca direitos tutelados sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (CANOTILHO 1993, p. 497).

Também Sarlet (2007, p. 35) entende que os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, de alguma forma, uma vez que o seu titular será sempre humano e será sempre aplicado àqueles direitos relativos ao ser humano, direitos este reconhecido e positivado no direito constitucional positivo de um Estado.

Para Sarlet (2007, p. 36) *direitos do homem* são aqueles direitos naturais ou que ainda não foram positivados (sentido jusnaturalista); *direitos humanos* são aqueles que já foram reconhecidos (positivados) na esfera do direito internacional; e *direitos fundamentais* são aqueles que estão positivados nas cartas constitucionais dos Estados.

Desta forma, *direitos humanos* é uma expressão utilizada nos documentos de direito internacional (SILVA 2005, p. 176), referindo-se ao ser humano como tal, aos direitos do homem e tem relação com uma concepção jusnaturalista (BONAVIDES, 2004, p. 560), enquanto a expressão direitos fundamentais, adotada pelo Constituinte originário foi inspirada na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, refere-se a uma perspectiva positivista, ou seja, nascem, se desenvolvem e terminam nas Constituições em que foram assegurados e positivados (SARLET, 2007, p. 34). Uma Carta Constitucional que não traga em seu bojo que direitos humanos são direitos fundamentais não é uma constituição legítima, logo, direitos fundamentais são direitos humanos (ALEXY, 2000, p. 37).

Quando se trata de *direitos fundamentais* também existe um sem número de terminologias utilizadas para se referir a estes direitos. Perez Luño (1995, p. 33) assegura que o processo de evolução e reconhecimento dos direitos humanos que ensejou na sua posituação, foi gradualmente recepcionando os chamados *direitos e liberdades* individuais tidos como anteriores aos direitos fundamentais. O professor José Afonso da Silva (2011, p. 178) utiliza a expressão, *direitos fundamentais do homem*, como a mais adequada a ser utilizada, na medida em que diz respeito à regulação do conceito do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, como um fundamento do Estado.

Segundo a concepção formal de Carl Schmitt explicitada por Paulo Bonavides (2007, p. 561), os direitos fundamentais são todos aqueles direitos e garantias que estão especificados no texto constitucional e estão protegidos pelo manto da imutabilidade e que somente uma emenda constitucional pode promover sua alteração. Na concepção material do mesmo autor, os direitos fundamentais podem variar segundo a ideologia, forma de Estado, os princípios e os valores que a Constituição consagre. Para ele cada Estado tem os direitos fundamentais que entende importante.

Ante ao exame de análise ora apresentado, pode-se dizer que as expressões *direitos humanos e direitos fundamentais* não são termos que excluem, que possam ser considerados excludentes. Na verdade, verifica-se que os direitos fundamentais reportam-se aos direitos humanos na medida em que estes dizem respeito aqueles direitos que são inerentes a todos os homens em razão da sua natureza humana.

5.2 A ESTRUTURA DOS DIREITOS HUMANOS NA VISÃO DE ROBERT ALEXY

Para Alexy os direitos humanos possuem características próprias que os distinguem dos outros direitos por cinco características:

Universalidade: quanto ao seu titular, que significa dizer que os direitos humanos são direitos que dizem respeito a todos os seres humanos e que somente os humanos, pessoas, podem ser titular de direitos humanos; quanto aos seus destinatários, significa dizer que os direitos humanos são destinados a todos, não precisam ser adquiridos, não estão limitados a um título aquisitivo, *erga omnes* (ALEXY, 2000, p. 24-25);

Validade moral: Os direitos humanos são direitos morais, e um direito moral só existe quando existe uma norma que vale moralmente, e uma norma só existe moralmente quando pode ser confirmada perante todos aqueles que são parte de uma fundamentação lógica e racional. E um direito é um direito positivo, quando a norma que o autoriza possui validade social ou juridicamente. Entretanto, para os direitos humanos só interessa a validade jurídica. E um direito baseado em norma que possui validade jurídica, é chamado de direito jurídico positivo, porém, sem perder sua validade moral e sem perder o seu caráter moral (ALEXY, 2000, p. 26-27).

Fundamentalidade: A fundamentalidade é a característica mais importante dos direitos humanos, ou seja, que direitos valem moralmente como direitos humanos. Nos direitos humanos um interesse ou uma necessidade é fundamental, quando a sua transgressão ou não atendimento agredir diretamente o núcleo essencial da autonomia.

Quanto mais facilmente se puder justificar um direito frente a todos, mais fundamental ele será (ALEXY, 2000, p. 27-28).

A restrição dos objetos dos direitos humanos ao que é fundamental para a existência do ser humano, significa dizer que a área dos direitos humanos não coincide com a da justiça, pois aquilo que viola os direitos humanos será fatalmente injusto, porém, nem tudo que é injusto viola direitos humanos (ALEXY, 2000, p. 28-29).

Prioridade: Todo o direito deve assegurar um mínimo de subsistência e assegurar somente um mínimo de subsistência é extremamente injusto. Entretanto, os direitos humanos exprimem somente uma mínima concepção de justiça, sendo que a sua fundamentalidade é tratada em graus. Sendo que toda violação a direitos humanos (extrema violação e não violação fraca), priva o direito positivo, ou seja, aquele direito que nasce do ordenamento jurídico e socialmente eficaz (ALEXY, 2000, p. 29-30).

Abstração: Os Direitos Humanos são direitos abstratos em diferentes dimensões e graus de abstração. Por exemplo, direito a liberdade: a primeira dimensão diz respeito aos destinatários; a segunda dimensão diz respeito ao modo do objeto do direito; a terceira dimensão se refere a restrição do direito. Nenhum direito a liberdade é ilimitado, pode haver restrições. Estas dimensões de abstração dizem respeito ao alto grau de generalidade do *objeto* do direito (ALEXY, 2000, p. 30).

A fundamentalidade Formal e Material dos Direitos Fundamentais

Além das diferenciações que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais, conforme apresentado acima, a doutrina que trata de matéria constitucional também admite a existência de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, reconhecidos como direitos materiais, e não se limitando somente àqueles direitos ditados pelo legislador constituinte.

A Carta Constitucional brasileira de 1988 traz essa possibilidade como norma descrita no art. 5º, §2º, reconhecendo a existência de um catálogo aberto de direitos materialmente fundamentais.

Destarte, sob este prisma, entende-se que existem direitos que são fundamentais em razão de sua essência, ainda que não estejam positivados em um texto constitucional, sendo o que se chama de direitos fundamentais materiais.

Na categoria dos direitos fundamentais, quanto a sua fundamentalidade, podemos distingui-los, segundo Canotilho (1993, p. 528), em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais materialmente fundamentais. Os direitos

fundamentais formalmente constitucionais seriam todos aqueles direitos reconhecidos e consagrados no ordenamento jurídico positivo Constitucional, pois estão expostos na norma jurídica positivada sob a forma constitucional. Existem também os direitos fundamentais os quais são reconhecidos por normas de direito internacional, e são, portanto, materialmente fundamentais, configurando normas de cláusula aberta – “*defattispecie aberta*”, onde o autor explica que serão considerados fundamentais: “direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”.

Esta fundamentalidade traz aos direitos uma proteção em sentido formal e material. A fundamentalidade formal diz respeito à posição hierárquica que as normas de direitos fundamentais estão colocadas no ordenamento jurídico, como direitos que vinculam de forma direta o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário (ALEXY, 2011, p. 520), enquanto que a fundamentalidade material diz respeito à abertura do § 3º, art. 5º da constituição Federal de 1988, quanto a direitos fundamentais que não estão positivados no texto constitucional, que não são formalmente fundamentais, mas são fundamentais, ditos direitos materialmente fundamentais.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 270), seguindo a crítica de JJ. Gomes Canotilho, ainda que se tenha que fazer um esforço para reconhecer direitos fundamentais fora do catálogo dos direitos fundamentais, é necessário fazer, a fim de se descobrir direitos implícitos, fora do catálogo, para não correr o risco de deixá-los desabrigados.

Há que se analisar a conjuntura da legislação pátria para se verificar o sistema de direitos fundamentais, segundo Sarlet (2007, p.84), mencionando o posicionamento de Konrad Hesse, que acredita ser impossível afirmar a existência de um sistema autônomo e fechado formado pelos direitos fundamentais (isento de lacunas). Que para Hesse, os direitos fundamentais, mesmo que estejam reunidos num mesmo catálogo, são garantias pontuais, que se restringem a proteger direitos relevantes ou ameaçados, até porque existem outros direitos que devem ser protegidos, e que estão espalhados pelo texto constitucional e que requerem proteção.

No sistema constitucional pátrio é impossível a sustentação de que os direitos fundamentais formem um sistema separado e fechado, por vários motivos: Em razão do conceito materialmente aberto do art. 5º, § 2º¹⁰, indicando existirem outros direitos

¹⁰Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

fundamentais tanto noutras partes da carta constitucional e até advindas de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte¹¹; Em razão da pluralidade de conteúdos no rol dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, igualdade, direitos sociais, políticos, entre outros, que obstam, a priori, que se estabeleçam métodos abstratos e genéricos; Em razão de que não são todos os direitos fundamentais catalogados que possuem sua base firmada no princípio da dignidade da pessoa humana, existindo diferenças quanto ao grau de vinculação a esta; Em razão de que os princípios fundamentais poderão concluir pela existência de direitos fundamentais não escritos ou a questão organizacional, da ordem econômica e social, cujos mandamentos estão todos fora do Catálogo dos direitos fundamentais¹². Logo, o sistema dos direitos fundamentais não são propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas é um sistema aberto e flexível, suscetível a receberem novos conteúdos significativos, agregados ao “todo” do sistema constitucional (SARLET, 2007, p. 85-86).

A base dos direitos fundamentais, vincula-se, com maior ou menor vinculação, ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundado na alusão feita pela própria Constituição. Fazendo com que a importância da regra do art. 5º, § 1º, que aduz que todos os direitos e garantias fundamentais são normas jurídicas auto-aplicáveis, logo, aptas a gerarem efeitos imediatos sejam altamente relevantes (SARLET, 2007, p. 86-87).

A fundamentalidade formal está fundida ao direito constitucional positivo e decorre das características, a seguir, adequada ao direito constitucional pátrio: a) os direitos fundamentais fazem parte da Constituição escrita e estão como base superior de todo o ordenamento jurídico, podendo-se tratá-los como direitos de natureza *supralegal*; b) como espécie de normas constitucionais, estão sujeitos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), tratando-se, num certo sentido, de *direitos pétreos*; c) trata-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata às entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF) (SARLET, 2007, p. 88-89).

A fundamentalidade material decorre do fato dos direitos fundamentais serem elemento constitutivo da Constituição material, abarcando questões decisivas

§ 2º - 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.

¹¹Art. 5º - § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹²Título VII da Ordem Econômica e Financeira art. 170ss ; Título VIII da Ordem Social art. 183ss;

fundamentais quanto a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, permitindo, a abertura da Constituição para outros direitos também tidos como fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF), localizados fora do capítulo ou até mesmo fora da Constituição formal, sendo, dessa forma, tão somente materialmente fundamentais (SARLET, 2007, p. 89).

Para Sarlet (2007, p. 89) apenas o exame do conteúdo do direito autoriza a constatação de sua fundamentalidade material, ou seja, a condição de possuir ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, sob a análise singular, da posição ocupada pela pessoa humana. Devendo-se atentar para o fato de que quanto mais facilmente se puder justificar um direito frente a todos, mais fundamental ele será (ALEXY, 2000, p. 28). Além do que, não cabe mais perseverar na preferência das normas de direito internacional ou de direito interno, porque hodiernamente, o que se verifica é que o primado da norma deverá ser aquela que melhor venha a proteger os direitos humanos; à norma mais favorável ao direito da vítima (TRINDADE 2003, p. 40).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente vinculado com o fundamento Estado Federativo brasileiro e, por conseguinte, com a alusão da Constituição Federal pátria, nos leva a crer que a regra do art. 5º, § 1º aduz que todos os direitos e garantias fundamentais são normas jurídicas auto-aplicáveis.

CONCLUSÃO

Definir direitos humanos e direitos fundamentais não é tarefa fácil, daí a necessidade de se estabelecer uma diferenciação lógica das suas características principais. Nesta perspectiva, direitos humanos são todos os direitos do homem antes de serem positivados nas Cartas Constitucionais de seus respectivos Estados e direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no texto constitucional. São direitos que não se excluem, verificando-se, na verdade, que os direitos fundamentais reportam-se aos direitos humanos na medida em que estes dizem respeito aqueles direitos que são inerentes a todos os homens em razão da sua natureza humana. É importante que se identifique as características específicas de cada um desde direitos, para que se valorize e dê crédito aos direitos fundamentais, sejam eles formais ou materiais, abrangendo toda a gama de dimensões existentes e admitidas. Também é importante reconhecer a fundamentalidade dos direitos fundamentais, afim de que se possa garantir a sua efetividade dentro da cultura de cada povo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. V. A. Silva. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. A Institucionalização dos Direitos Humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades*, **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, 21-41. (jan-jun de 2000).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Senado Federal.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 13ª reimpressão ed. Trad. C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASSIN, René. **El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal**. In: *Viente años de evolución de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1994.

CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS DE VIENA, 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. In **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 3, jul./dez. 2008.

LEAL, Rogerio Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

LUÑO, Perez. Antonio E. Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: Um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Gênese e Principiologia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: O legado da declaração universal de 1948 (Estudo em homenagem à Prof.^a Flávia Piovesan)**. Disponível em <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud10/genese_principiologia.htm>. Acesso em: 26 jul. 2013.

MENDES, G.F.; COELHO I. M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____, **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. In: Os Direitos Humanos e o Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: 2^a Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003.