

# AS BASES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUAS CATEGORIAS E AS LIMITAÇÕES PARA SUA EFETIVAÇÃO NA REALIDADE BRASILEIRA

## THE FOUNDATIONS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS, ITS CATEGORIES AND THE LIMITATIONS FOR ITS EFFECTIVENESS IN BRAZILIAN REALITY

*Adeilson Luz de Oliveira<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente artigo pretende, a partir de um método científico histórico, oferecer uma análise alternativa do que teria sido a origem dos chamados “direitos fundamentais” e também analisar os principais momentos históricos do discurso desses direitos. Busca-se ainda analisar os direitos fundamentais a partir da “teoria dos status” (*Statuslehre*) de Jellinek com vistas a identificar as suas categorias e a partir de então realizar uma análise crítica das promessas não cumpridas do discurso dos direitos fundamentais de determinadas categorias. Num terceiro momento, objetiva-se investigar o que Norberto Bobbio chamou de especificação dos direitos humanos, na figura do que se convencionou chamar fenômeno da “estatutização” dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVES:** direitos fundamentais; origem; categorias; promessas; estatutização.

### ABSTRACT

The current article intends to provide, from a historical scientific method, an alternative analysis of what would have been the origin of the so-called "fundamental rights" and also to analyze the main historical moments of the discourse of these rights. It is purposed to analyze the fundamental rights from the Jellinek's "theory of status" (*Statuslehre*) in order to identify their categories and thereafter conduct a review of the unfulfilled promises of the discourse of fundamental rights of certain categories. In a third moment, the objective is to investigate what Norberto Bobbio called specification of the human rights, in the figure of the so-called phenomenon of "statutezation" of the fundamental rights.

**KEYWORDS:** fundamental rights; origin; categories; promises; “statutezation”.

---

<sup>1</sup> Acadêmico da Faculdade de Direito UNICURITIBA.

## INTRODUÇÃO

Foi com a teoria nominalista de Guilherme de Ockham que se concebeu primitivamente uma teoria dos direitos subjetivos, momento em que se descobriu o indivíduo, que a partir de então passou a ser o objeto da ciência jurídica. Descoberto o indivíduo como titular de direitos subjetivos, as bases dos modernos direitos fundamentais estavam também lançadas.

A partir dessa perspectiva, busca-se analisar os direitos fundamentais partindo da “teoria dos status” de Jellinek cujo objetivo é fazer uma análise crítica das suas categorias com vistas a desvelar as promessas não realizadas dos direitos fundamentais.

Pretende-se examinar ainda as categorias de direitos fundamentais propostas por Winfried Brugger como atualização à obra de Georg Jellinek, não se olvidando o desenvolvimento e conquistas dos direitos fundamentais após a obra de Jellinek, ainda no século XIX.

Por fim, buscar-se-á investigar o que se convencionou chamar fenômeno da “estatutização” dos direitos fundamentais, atrelado ao que Norberto Bobbio chamou de especificação dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 54.).

### **1. O SURGIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO NA FILOSOFIA NOMINALISTA DE GUILHERME DE OCKHAM COMO GÊNESE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA**

Na passagem para o direito moderno cujas origens remontam a São Tomás de Aquino, o nominalismo de Guilherme de Ockham foi responsável pelo desenvolvimento da concepção de direito subjetivo, a partir das ideias de indivíduo subjacentes à filosofia tomista.

Conceitualmente, pode-se dizer que o direito subjetivo é a chancela do Direito sobre uma faculdade do sujeito, sobre um de seus poderes (VILLEY, 2009, p. 253.), e por isso, uma *potestas licita* de no direito de propriedade, por exemplo, usar, desfrutar e dispor da coisa.

Desta forma, se antes dos modernos a construção da ciência jurídica se dava sobre a natureza cósmica – e não sobre o indivíduo, não é possível pensar em direito subjetivo, isto é, em um *ius* que tutelasse qualquer faculdade do sujeito.

Isso porque no direito natural o jurista observa o *cosmos* e extrai dele o direito. O escopo não é servir ao indivíduo, à satisfação de seus desejos ou à proclamação de seus poderes (VILLEY, 2009, p. 253). O que se preza é a realização do justo. Por isso que o direito era definido não raro como *id quod iustum est*, isto é, como aquilo que é justo. A justiça, por sua vez, era *suum ius cuique tribuere*, ou seja, atribuir a cada um o seu direito. Este era o lema nas decisões jusnaturalistas.

A partir daí fica evidente a diferença entre direito como *id quod iustum est* e a noção derivada de poder do sujeito, desenvolvida, como já dito a partir de Guilherme de Ockham.

O que motivou o filósofo franciscano a formular sua teoria do direito subjetivo foi a querela da pobreza da ordem franciscana. São Francisco prescrevera aos frades a pobreza como exemplo de Jesus, mas não se preocupou com questões que naturalmente lhe eram alheias, a saber, a questão jurídica da pobreza.

Como os franciscanos detinham bens como igrejas, conventos, livros, etc. queriam ter apenas o *usus* sem qualquer direito, para que a regra da pobreza fosse corretamente seguida pela Ordem.

A controvérsia surgiu quando o papa João XXII quis atribuí-los a propriedade dos bens que usufruíam afirmando que eles não tinham apenas o uso de fato, mas tinham direitos, pois comiam e bebiam e dispunham de bens consumíveis.

O papel de Guilherme de Ockham foi então defender sua ordem contra os argumentos do papa, no sentido de que os franciscanos tinham o uso sem o direito (objetivo). É dessa ocasião que brota da pena de Ockham a primeira doutrina do direito subjetivo, no entender de Michel Villey (2009, p. 272.).

Para tal empresa Guilherme de Ockham, fazendo uso da linguagem, se propõe à tarefa de conceituar alguns termos jurídicos como *usus facti*, *usus iuris*, *ius utendi* dentre outros.

Destas fórmulas fica claro que a noção de direito compreende um poder.

Assim, o uso de fato – que é o fazer uso de uma coisa exterior como habitar, comer e beber difere do direito como “poder sobre o bem”, o *ius utendi*.

O *ius utendi* para Guilherme de Ockham é o poder lícito de fazer uso de uma coisa exterior de que não se pode ser privado contra vontade sem falta ou causa razoável, sob pena de *processo em justiça*. Diferente do *ius facti*, que é o ato mesmo de fazer uso de uma coisa exterior, como comer e beber (VILLEY, 2009, p. 275).

O direito (subjutivo) descoberto por Ockham estava no plano da liberdade concedida pela lei divina, de modo que todos o detinham, porque fora recebido do céu e, portanto, não poderiam ser reivindicados nos tribunais (VILLEY, 2007, p. 129).

A partir dessa ideia, Jesus e os franciscanos tinham sim o direito (subjutivo) sobre os bens – de comer, beber, etc., pois eles não abriram mão desses direitos. O que renunciaram foi apenas a *potestas* sobre os bens (direito objetivo), ou seja, o poder de reivindicar a coisa, isto é, *potestas vendicandi et defendendi in humano iudicio* (VILLEY, 2009, p. 276).

Percebe na filosofia do Nominalista os contornos do que, no constitucionalismo moderno, viria a se chamar direitos fundamentais. E a concepção de direito subjutivo na doutrina nominalista de Ockham só foi possível diante da guinada científica que se presenciou na sua época. Tratou-se da passagem de um fundamento puramente religioso para um fundamento antropológico, momento em que o indivíduo passa a ser considerado o objeto da ciência.

Todavia, a filosofia de Guilherme de Ockham veio na contramão da filosofia clássica aristotélica, que perseguia o justo, ao atribuir a cada um sua porção justa a partir de uma ordem natural.

Guilherme de Ockham e a própria escola nominalista não comungam de uma ordem jurídica que não grave em torno do indivíduo, que detém uma existência real, e por isso, único objeto plausível do conhecimento.

Pensar em *jus quod justum est* é para os nominalistas uma tarefa por demais abstrata e em descompasso com a realidade, pois o indivíduo deve ser o motivo determinante da ciência jurídica e não a persecução de um valor deslocado do indivíduo.

Nesse sentido Ockham contrasta a ideia de indivíduo com o universal, concepção que, segundo ele devia ser erradicada. Para ele a realidade é *singular*, e, portanto, individual. O universal era para o Franciscano apenas nomes, que por não dotar de realidade – como o indivíduo, não poderia ser um fundamento válido (REALE et al., 1990. p. 618.).

Se para muitos foi com o humanismo que o indivíduo foi descoberto, é possível notar que isso aconteceu muito antes, na filosofia nominalista de Guilherme de Ockham no séc. XIV.

Para Michel Villey a filosofia de Ockham objetivou garantir ao indivíduo condições para uma vida livre e individual (VILLEY, 2009, p. 280), pelo menos naquele momento, em que o contexto histórico demandou o reconhecimento do homem como indivíduo.

A concepção de direito subjutivo, a revolução copernicana na ciência jurídica, a passagem de um direito clerical para um direito moderno preocupado com o indivíduo

constituem o germe dos direitos fundamentais (*Grundrechte*), que precisaram ainda das experiências violentas para serem por assim dizer constitucionalizados.

Isso porque o *indivíduo* constitui um dos pilares dos chamados direitos e garantias fundamentais. Para Dimitri Dimoulis para falar em direitos fundamentais é necessário a presença de três elementos: o Estado, o Indivíduo e um texto normativo regulador da relação entre os dois primeiros.<sup>2</sup>

Desta forma, a partir da concepção dos direitos subjetivos na teoria nominalista, com a descoberta do indivíduo, abre-se o caminho para a construção do que se convencionou chamar de direitos fundamentais.

## 1.1 A IMPORTÂNCIA DE LOCKE PARA AS LIBERDADES MODERNAS

John Locke, contratualista inglês que seguiu Hobbes, formulou uma teoria da passagem do homem do estado de natureza para o estado civil mediante o contrato social.

A teoria de John Locke é baseada nos direitos naturais, pois para os pensadores do século XVII, todos eram iguais em seus direitos naturais, porque Deus criara o homem a sua imagem e semelhança e lhe conferira o livre arbítrio. Por isso a liberdade era considerada o mais precioso dos direitos naturais do indivíduo, devendo o Estado não intervir na vida do indivíduo, salvo para impedir que um transgrida o direito do outro.

Locke ao se referir à liberdade como um direito natural do indivíduo que deveria ficar livre de intervenções estatais, acenava na verdade para os chamados direitos de primeira dimensão, que reclamam apenas a inércia estatal na interferência na esfera individual, direitos estes ligados à igualdade formal.

O estado de natureza de John Locke, por seu turno, não era marcado pela violência e insegurança como apontara Hobbes, mas sim pela perfeita liberdade e igualdade (WEFFORT, 2002, p. 84).

É a necessidade de resguardar ainda mais aqueles direitos naturais inalienáveis do homem, que no estado de natureza não estavam totalmente livres de violações, que leva os homens a firmarem um pacto, passando para o estado civil.

---

<sup>2</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 21-23.

Se o estado civil de Hobbes significa abrir mão de parcelas de direitos em prol da harmonia, o estado civil de Locke representa a proteção de todos os direitos naturais do homem, a vida, a liberdade e principalmente a propriedade (WEFFORT, 2002, p. 88).

Vê-se que o pensamento de Locke foi de suma importância no *desenvolvimento* da ideia de direito subjetivo, concebida por Ockham, dando seguimento ao processo histórico de construção dos direitos ditos, hoje, fundamentais.

## 1.2 AS DECLARAÇÕES COMO MATRIZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se pode olvidar o relevante papel da Declaração de Direitos inglesa ou *Bill of Rights* de 1689, ou mesmo da Lei de *Habeas Corpus* inglesa de 1679, como documentos que vieram num primeiro momento assegurar a proteção e reafirmação do indivíduo contra o Estado, constituindo o chamado por Jellinek *status negativus* atrelado aos “direitos de defesa” (*Abwehrrechte*).

Embora o *habeas corpus* já existisse antes mesmo da magna carta de 1215, não existiam normas processuais que regulassem o instituto (COMPARATO, 2010, p. 100), razão pela qual sobreveio a famosa Lei do *Habeas Corpus* de 1679 na Inglaterra.

Essa lei retrata bem a preocupação com os direitos subjetivos do indivíduo muita das vezes submetido a prisões arbitrárias por se opor ao regime.

Segundo a denominação oficial, era uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar.

A importância da referida lei está no fato de que foi a matriz das liberdades fundamentais criadas posteriormente além de caracterizar o sistema inglês como um sistema mais pragmático que o sistema francês, que via nas meras declarações uma força capaz de modificar mentalidades (COMPARATO, 2010, p. 101).

As “*Bills of Rights*” ou Declarações de Direitos dos Estados Americanos que se tornaram independentes em 4 de Julho 1776 são, por suas vezes, menos célebres que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789, contudo, elas influenciaram diretamente à declaração francesa (JOAS, 2012, p. 39).

Nesses documentos identificam-se alguns direitos hoje chamados de fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, a propriedade, e liberdade de religião, de pensamento, etc.

Deste modo, não há como negar a importância que tiveram as referidas declarações na história dos direitos fundamentais, porquanto demonstram que a preocupação com o indivíduo não data do século XX, quando se deu a constitucionalização daqueles direitos, doravante denominados *fundamentais*.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O discurso dos direitos fundamentais eclodiu primeiramente na constituição mexicana de 1917 e depois na *Weimarer Verfassung* de 1919, quando pela primeira vez na história da Alemanha se pode falar em *Grundrechte*, isto é, direitos fundamentais.

A constituição de Weimar de 1919, junto com a mexicana, foi assim o divisor de águas e baliza para as constituições da maioria dos países ocidentais, que passaram a adotar também um catálogo de direitos fundamentais (*Grundrechtskatalog*).

A constituição brasileira de 1988, por sua vez, trouxe também um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, como legado de todo o construído anteriormente e internacionalizado mediante a Declaração Universal de 1948.

### 2.1 AS CATEGORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS NO CHAMADO ESTADO DE DIREITO

Georg Jellinek descreveu os direitos fundamentais em quatro categorias diversas, levando-se em conta a relação entre o indivíduo e o Estado (*Verhältnis zwischen Staat und Individuum*).<sup>3</sup>

Primeiro fala Jellinek do *status subiectiois*, caracterizado pelo não pertencimento do indivíduo a um Estado. Essa não pode ser uma categoria de direitos fundamentais, propriamente dita, diante da ausência desses direitos, vez que nesse status o indivíduo não tem um Estado com quem se relaciona, e por isso, é desprovido de direitos. Nesse *status* cabe o apelo de Hannah Arendt do direito a ter direitos (*ein Recht, Rechte zu haben*).

---

<sup>3</sup> Cf. JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg, Mohr, 1892.

As categorias de direitos fundamentais, propriamente dita, descritas por Jellinek em “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*” de 1892 são o “*status negativus ou libertatis*”, “*status positivus ou civitatis*” e o “*status activus*” ou *status der aktiven Civität* (status da cidadania ativa).<sup>4</sup>

Atrelada às categorias de Jellinek, fala-se também das funções dos direitos fundamentais (*Grundrechtsfunktionen*), quais sejam: a) como direito de defesa ou resistência (*Abwehrrecht*), localizada no *status negativus*, b) como direito de realização (*Leistungsrecht*) no *status positivus ou civitatis*, e c) como direitos políticos (*staatsbürgerliche Rechte*) no *status activus*.<sup>5</sup>

No status negativo fala-se de direitos (fundamentais) que não devem sofrer a intervenção estatal. Esse aspecto dos direitos fundamentais veio em resposta ao absolutismo, quando se propugnava por um Estado negativo, que devia se manter inerte a fim de que as liberdades individuais não fossem lesadas.

Fala-se de direito de defesa no *status negativo* porque se o Estado atuar na esfera do indivíduo quando não deveria fazê-lo, pode o indivíduo defender-se (*sich abwehren*) contra o Estado lançando mão de algum direito fundamental.

Para o chamado *status negativus* onde estão inseridos os direitos de defesa (*Abwehrrechte*), Dimitri Dimoulis cita o exemplo da não censura por parte do Estado à atividade jornalística, isto é, nesta esfera não deve o Estado atuar, e caso o faça, poderá o indivíduo titular de direitos fundamentais resistir a atuação estatal ilegítima (DIMOULIS, 2009, p. 55).

Entretanto, verificou-se que o Estado não era o único violador de direitos, momento em que se passou a reclamar um Estado atuante, que protegesse o indivíduo a fim de que os direitos fundamentais não fossem lesados. É a partir daí que se pode compreender o chamado *status positivus ou civitatis* de Jellinek.

Nesse status, mais do que uma permissão (*dürfen*) é um dever (*sollen*) do Estado atuar na esfera individual para garantir ao indivíduo condições mínimas para o exercício de sua liberdade. Nessa categoria estão os direitos de realização ou prestação (*Leistungsrechte*), bem ilustrados nos chamados direitos sociais (*Sozialrechte*).

Se na primeira categoria de direitos está-se diante apenas de uma igualdade formal, onde o Estado não deve atuar para garantir alguns direitos fundamentais, na segunda categoria

---

<sup>4</sup> Cf. JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg, Mohr, 1892.

<sup>5</sup> Disponível em <<<http://www.juristischer-gedankensalat.de/2010/04/06/grundrechtsfunktionen-status-lehrenach-jellinek/>>> Acesso em: 11 Fev. 2014.

é possível identificar o conteúdo material da igualdade, onde se exige um Estado operante a fim de viabilizar a concretização dos direitos prestacionais (*Leistungsrechte*), também chamado de direitos de segunda dimensão, para usar a terminologia de Norberto Bobbio.

Nesse sentido, importante a previsão do art. 3º da Constituição Federal, que traz os objetivos da República Federativa do Brasil, como no inciso III “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”. Tal dispositivo não deve ser entendido apenas como um objetivo do Estado brasileiro, mas como um dever, um imperativo com vistas à materialização de direitos prestacionais ou de realização (*Leistungsrechte*), isto é, de direitos eminentemente sociais, cujo catálogo foi trazido pelo art. 6º da Constituição de 1988.

Na terceira categoria dos direitos fundamentais se encontram os direitos políticos (*staatsbürgerliche Rechte*) também chamados de direitos de participação (*Beteiligungsrechte*), que são direitos do *status activus* ou *status da cidadania ativa* de Jellinek, onde é o indivíduo que atua na esfera do Estado, mediante participação na vida política.

Os direitos políticos ocupam uma categoria separada de direitos fundamentais na medida em que passam a ter importância abissal em um Estado Democrático de Direito, onde se fala de *governo do povo pelo povo*. A importância dos direitos de participação é bem sintetizada no art. 1º, parágrafo único da CF/88, segundo o qual “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição*”.

A primeira categoria dos direitos fundamentais está ainda no plano dos direitos civis e políticos ou também chamados de direitos de primeira dimensão. Já a categoria dos direitos de realização (*Leistungsrechte*) está ligada aos direitos econômicos sociais e culturais que ocupam a segunda geração ou dimensão na classificação de Norberto Bobbio.

Os direitos fundamentais como direitos de realização são os mais importantes e para sua realização, reclama-se um Estado ativo, promotor de políticas com vistas a possibilitar o exercício desses direitos, como já se afirmou. É por esse motivo que os direitos inseridos nessas categorias são de mais difícil concretização, pois como se afirmou, exige uma postura extremamente ativa do Estado (*status positivus*), o que pouco tem se vislumbrado nas políticas atuais.

No caso do Brasil, muitos direitos ditos fundamentais e albergados pela constituição 1988, como, por exemplo, o direito dos trabalhadores a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas como moradia, alimentação, educação, saúde, etc., são direitos

que continuam apenas no papel como permaneceram por muito tempo aqueles da *Déclaration* de 1789, ficando a salvo, evidentemente, as conquistas já consolidadas.

Esse é apenas um exemplo de que a realidade não coincide com o discurso muitas vezes abstrato dos direitos fundamentais. Isso se deve em grande medida à inércia do Estado, visto que são direitos fundamentais de *status positivus* para cuja realização é necessário um Estado atuante.

A constituição brasileira vigente e principalmente as declarações do século XX estão repletas de direitos como estes. Mas, para usar as palavras de Villey, são apenas aspirações, fins do direito, que não é o direito de fato, pois “textos tais como as Declarações dos Direitos das Nações Unidas não nos proporcionou de fato saúde perfeita, lazeres e boa cultura” (VILLEY, 2008, p. 149).

Esse é o dilema atual dos direitos fundamentais (*Grundrechte*), cuja concretização daqueles de segunda geração ainda não se efetivou. Para Norberto Bobbio, os direitos de segunda geração, ligados à igualdade, são direitos que a maioria da humanidade não possui de fato (BOBBIO, 2004, p. 29). A partir dessa constatação vê-se que muito se conquistou, mas pouco se efetivou.

Norberto Bobbio fala que os direitos sociais, que “são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceram no papel” (BOBBIO, 2004, p. 29).

É nesta função não cumprida dos direitos fundamentais que reside a violência simbólica da fome e da miséria que ainda assola muitas pessoas, que vivem em condições sub-humanas no Brasil do século XXI, de mais de 25 anos de constituição cidadã e de direitos chamados *fundamentais*, mas que não parecem ser tão fundamentais assim.

Em um texto sobre o Brasil de 500 anos de história – e muitas conquistas, o historiador do direito José Reinaldo de Lima Lopes fez a seguinte análise crítica:

“Livramo-nos de um imperador absolutista em 1831? Livramo-nos do tráfico de escravos em 1888? Livramo-nos da república oligárquica em 1930? Livramo-nos do Estado Novo em 1945 e da ditadura em 1988? Sim, mas não nos livramos do desprezo pela pobreza, pelas minorias étnicas subalternas, pelos dissidentes e diferentes.” (LOPES, 1999, p. 34).

Diante deste panorama, deve-se afirmar que ainda há uma grande tarefa na realização dos direitos fundamentais consagrados na constituição de 1988, cuja luta pela conquista é bem

mais antiga, principalmente dos direitos de realização (*Leistungsrechte*) atrelados ao *status positivus* de Jellinek.

## 2.2 AS CATEGORIAS PÓS-MODERNAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPOSTAS POR WINFRIED BRUGGER

Segundo bem leciona Dimitri Dimoulis a classificação de Jellinek não contempla os chamados direitos fundamentais coletivos, isso porque na virada do século XIX para o XX, quando Jellinek escreveu sua “teoria do status” (*Statuslehre*), não era possível ainda se conceber essa categoria de direitos.

Por isso Winfried Brugger<sup>6</sup>, ciente de que a categorização de Jellinek não dá mais conta das conquistas (históricas) dos direitos fundamentais, propôs uma atualização à teoria do status, identificando outras (novas) dimensões dos direitos fundamentais, além das três concebidas inicialmente por Jellinek (*status positivus*, *negativus* e *activus*).

Winfried Brugger identifica assim o *status oecologicus*, o *status culturalis*, o *status Europaeus* e o *status universalis*.

Se no *status positivus* de Jellinek já era possível conceber um Estado social (*Sozialstaat*) com a previsão na constituição de direitos (fundamentais) sociais (*soziale Grundrechte*), no *status oecologicus* fala-se de um Estado ecológico (*Ökologischer Staat*), cuja relação Estado-cidadão (*Staat-Bürger-Verhältnis*) é a interferência do Estado na esfera do indivíduo com vistas à proteção do meio ambiente. No chamado *status oecologicus* têm-se direitos fundamentais de terceira dimensão (ou geração), para utilizar a classificação mais corriqueira.

No *status culturalis*, por sua vez, fala-se de um Estado cultural (*Kulturstaat*) como sendo um estágio mais avançado dos direitos fundamentais até então, se comparado com o chamado Estado social, já concebido por Jellinek.

A relação Estado-indivíduo no *status culturalis* reclama também uma postura ativa do Estado no sentido de intervir na esfera individual a fim de fomentar a cultura, mediante a

---

<sup>6</sup> BRUGGER, WINFRIED. **Zum Verhältnis Von Menschenbild und Menschenrechten** In: **Vom Rechte, das mit uns geboren ist**, Herder Verlag, Freiburg, 2007 disponível em: <<[http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Naturrecht/Naturrecht\\_brugger.pdf](http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Naturrecht/Naturrecht_brugger.pdf)>> Acesso em 13 fev. 2014.

educação, que curiosamente ocupa o primeiro lugar no rol dos direitos sociais da constituição de 1988, no art. 6º.

No *status Europaeus* fala-se não mais em um Estado acompanhado de um predicado, seja social, ecológico ou cultural, mas sim em transnacionalidade (*Transnationalität*), na perspectiva do direito europeu com o advento das comunidades europeias. No status europeu fala-se da liberdade no âmbito transnacional.

Embora chamado de status europeu, é possível, no caso brasileiro falar-se de um status correlato, que pode ser chamado de *status americanus*. Tal categoria se justifica na medida em que se fala na América latina do Mercado Comum do Sul (Mercosul), embora não com as proporções da União Européia, que rendeu o *status Europaeus* de Brugger, mas já como um processo de integração de países latino-americanos.

Por derradeiro, fala-se também no *status universalis*, onde também a relação não é estritamente Estado-cidadão, pois eis que o discurso dos direitos fundamentais neste estágio ultrapassam as fronteiras nacionais, para fazer parte da nova relação com o indivíduo, não mais nacional, mas transnacional (*Transnationalität II*).

No status universal fala-se de um direito internacional (público) onde os direitos fundamentais passam a fazer parte da agenda de organizações internacionais e pactos de direitos humanos.

O Brasil já se preocupou com as categorias de direitos do *status universal*, vez que já é signatário de diversas convenções, entre elas a Convenção Americana de Direitos Humanos que consagra diversas categorias de direitos, dentre as já tratadas, mas com o diferencial de estarem elevados ao plano transnacional. Daí falar-se de *status universalis*.

### **3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O FENÔMENO DA ESTATUTIZAÇÃO**

Na atualidade é possível identificar o fenômeno da *estatutização dos direitos fundamentais*, análogo à chamada por Norberto Bobbio “fase de especificação dos direitos humanos” (BOBBIO, 2004, p. 54).

Segundo Bobbio, na fase de especificação são elaborados estatutos destinados a um determinado grupo social.

São exemplos, o estatuto do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor, e inclusive, o estatuto do negro, trazido pela Lei n. 12.288/2010.

Para Norberto Bobbio, trata-se de uma missão da comunidade internacional atual de aperfeiçoar o conteúdo da Declaração de 1948, “de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias” (BOBBIO, 2004, p. 54).

Tais estatutos podem representar uma tentativa de cumprir com a promessa da universalização dos direitos da Revolução Francesa, na luta contra discurso abstrato das declarações e catálogos de direitos fundamentais (*Grundrecht kataloge*), tratando de grupos específicos da sociedade, mas com vistas ao todo.

Porém, por outro lado, evidencia-se a carência de força vinculante do discurso dos direitos fundamentais e o seu caráter abstrato, pois se na constituição está previsto que *todos* são iguais perante a lei, é desnecessário, por exemplo, criar uma lei para a população negra, que preveja a eles direito à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, como o faz o estatuto da igualdade racial, que praticamente repete os direitos fundamentais previsto na constituição de 1988.

O fenômeno da estatutização revela as duas faces dos direitos fundamentais, a da universalização e a da individualização. Os estatutos criados vêm com o fito de, individualizando e especificando os direitos já proclamados, buscar atender a promessa universalista que data da Revolução Francesa, todavia com um viés individualista.

Sob outro ângulo, a estatutização traz o problema da aplicação desses “estatutos” em detrimento daqueles “sem estatutos”. Assim o é, por exemplo, o estatuto do idoso (Lei n. 10.741/2003) que confere algumas prerrogativas às pessoas acima de 60 anos, o que acaba por violar o direito dos que não são, nos termos do estatuto, considerados idosos.

Isso porque em um País onde a negligência do Estado é de tal magnitude, que nem mesmo o atendimento básico à saúde, educação, e outros direitos fundamentais sociais são minimamente concedidos, quanto mais falar em *garantia de prioridade* como o faz o parágrafo único do art. 3º do mencionado estatuto. Antes é necessário o cumprimento do imperativo dos direitos prestacionais (*Leistungsrechte*), já identificados por Jellinek no século XIX.

De igual forma, o chamado estatuto da igualdade racial (Lei n. 12.288/2010) destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidade, conforme se lê no seu art. 1º.

O referido estatuto ao tratar do direito à saúde em seu art. 6º preceitua que *o direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.*

Tal dispositivo está na contramão do discurso universalista dos direitos fundamentais, vez que, o direito à saúde deve ser garantido a todos, conforme já previsto na Lei Fundamental, e não segmentá-lo, chamando de *direito da saúde da população negra*, chegando a ser inclusive discriminatória tal previsão.

Destarte, não haveria necessidade de falar-se em direito à saúde da população negra, que já faz jus a este direito, mas diante da não concretude da previsão universalista na constituição, foi necessário *especificar*, “estatutizando”, isto é, criando um estatuto que previsse expressamente o referido direito à população negra, conforme a dicção legal.

Assim, se a maioria da população não tem seus direitos básicos respeitados, a estatutização, isto é, a especificação dos direitos em prol de determinado grupo social, significa a elas, em última análise, a violação do vetusto princípio da igualdade.

Isso porque aqueles que não estão abrangidos por um estatuto se tornam – diante de idosos, negros, e eventualmente outros membros da sociedade cobertos pelo manto de um estatuto – os “sem direitos”, porque se o sistema não é capaz de atender a todos, deverão ser primeiramente atendidos as crianças, os idosos, os negros e o consumidor.

Ainda sobre a estatutização dos direitos fundamentais, deve-se fazer algumas incursões no estudo sobre a realidade brasileira de Roberto DaMatta, no qual é feita a distinção entre indivíduo e pessoa.<sup>7</sup>

Para DaMatta, o indivíduo seria uma unidade isolada caracterizada pela neutralidade, pelo não pertencimento a um clã, família ou qualquer outra classe que identifique o sujeito.

A pessoa por sua vez pode ser *caracterizada como uma máscara colocada em cima do indivíduo*, (DAMATTA, 1997, p. 223), ou seja, pessoa é aquele que goza de um pertencimento a um clã, família, classe, etc. que identifica o indivíduo e o “pessoaliza”.

Na esteira dos direitos fundamentais, pode se dizer que o *indivíduo* goza dos direitos gerais previstos na Constituição, representado pelo princípio do “todos são iguais perante a lei”. Já a *pessoa*, por ter uma identidade, isto é, um pertencimento a uma classe, como os consumidores, idosos, negros, entre outros, gozam dos direitos fundamentais também previstos na constituição, mas em especial de direitos que foram estatutizados. Isso porque a pessoalização, isto é, o enquadramento de determinada classe de indivíduo em uma categoria comum, reclama um tratamento diferenciado, bem representado pelo princípio da igualdade material, segundo o qual se deve tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

---

<sup>7</sup> DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro, 6ª Ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 218-248.

Partindo dessas ideias, o fenômeno da estatutização dos direitos fundamentais de que tem-se falado, significa, em última análise, a pessoalização do indivíduo, no sentido de que este sai do anonimato abstrato do “todos são iguais perante a lei” para ter uma identidade social, como “idosos”, “negros” e “consumidores”.

Nesse sentido, a especificação dos direitos fundamentais com a criação de estatutos para determinados grupos faz dos indivíduos entes pessoalizados, e por isso, com tratamento diferenciado em detrimento do indivíduo “despessoalizado”, sem um estatuto, isto é, sem o pertencimento a uma classe protegida por um estatuto de direitos fundamentais.

Neste cenário, para usufruir alguns direitos, muitos lançam mão do chamado por DaMatta de “jeitinho brasileiro”<sup>8</sup> e tornam-se negros, gestantes e idosos, na tentativa de usufruir de algum direito, como por exemplo, nas filas do Sistema Único a Saúde.

É neste sentido que Michel Villey (2007, p. 7) afirma que o programa das Declarações é contraditório, pois elas trazem uma infinidade de direitos, de modo que cada um deles é a negação de outros, pois

o direito à vida não combina bem com a liberdade do aborto; o direito ao casamento, com o direito ao divórcio. O Direito da mulher a trabalhar – ou do pai – contrariará o direito da criança à educação. O direito ao silêncio é dificilmente compatível ao direito de manifestar-se na rua, etc., e o direito à intimidade, ao nosso direito à informação generalizada. (VILLEY, 2007, p. 8).

Essa é a realidade do fenômeno da estatutização que acaba por anular os seus efeitos, estagnando ainda mais a realização dos direitos fundamentais de prestação (*Leistungsrechte*), de modo que o discurso dos direitos é ainda abstrato e não raro paradoxal.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet apesar de os direitos fundamentais constituírem definitivamente um construído já integrado no patrimônio da humanidade, ainda persiste o problema da eficácia e efetivação desses direitos (SARLET, 2007, p. 25).

Esse problema se deve ao caráter demasiado abstrato dos direitos da pessoa humana colacionados nas diversas Declarações e constituições modernas, pois muitos dessas “garantias” detêm pouca ou nenhuma instrumentalidade, de modo que não raro se lê julgados do STF no sentido de que tal ou qual direito é de eficácia contida e pela falta de lei regulamentadora, não é exercitável.

---

<sup>8</sup> DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 95-105.

O tratado neste tópico é apenas uma das facetas do complexo tema dos direitos fundamentais, que embora constitucionalizados e com quase cem anos de existência, se contados das constituições mexicana e de Weimar, ainda não atingiram um estágio satisfatório de respeito e realização.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Iniciou-se a reflexão com a investigação das origens dos direitos fundamentais na teoria primitiva do direito subjetivo em Guilherme de Ockham, e também se abordou os momentos históricos de maior relevância do desenvolvimento dos direitos do indivíduo.

Seguiu-se a análise com pensamento de Jelinek de modo a situar as categorias de direitos fundamentais e, num segundo momento, tratou-se da atualização dessas categorias a partir da obra de Winfried Brugger.

Verificou-se que no Brasil de hoje, o titular de direitos subjetivos, ainda não é capaz de ver a realização de muitos direitos fundamentais previsto em uma Lei também fundamental – a constituição, direitos estes imprescindíveis para o cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos no art. 3º da Constituição da República, bem como dos direitos sociais do art. 6º do mesmo diploma legal.

Verificou-se que a tais direitos são na verdade imperativos ao Estado, pois eis que se situam não no status negativo, mas naquele positivo das categorias de direitos fundamentais, segundo o qual o Estado não é apenas aquele que se abstém de interferir na esfera individual, como se concebia para os direitos de primeira dimensão, mas um Estado deveras ator de políticas imprescindíveis para a promoção dos direitos fundamentais, sem os quais não se pode falar em Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Neslon Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRUGGER, WINFRIED. **Zum Verhältnis Von Menschenbild und Menschenrechten** *In: Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, Herder Verlag, Freiburg, 2007 disponível em: <[http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Naturrecht/Naturrecht\\_brugger.pdf](http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Naturrecht/Naturrecht_brugger.pdf)> Acesso em 13 Fev. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

\_\_\_\_\_. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**, 6ª Ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg, Mohr, 1892.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito nos 500 anos do descobrimento**. *In 500 anos e o direito o Brasil*. Cadernos de Direito e Cidadania II. São Paulo: IEDC, 1999.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. Vol. I. São Paulo: Paulus, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEFFORT, Francisco C. (Org.) **Os clássicos da política**. 1º Vol. 13ª, São Paulo: Ática, 2002.