

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSIÇÃO E ACEPÇÃO NA ARQUITETURA CONSTITUCIONAL

Enisa Eneida da Rosa Pritsch Winck*

Jorge Renato dos Reis**

RESUMO

Gestados, os Direitos Fundamentais, na obra da civilização jurídica, encontram-se albergados na existência de Constituições democráticas modernas – que ordenam a sociedade e asseguram as suas condições de validade e concretude de tais Direitos, como bem exemplifica a Constituição Brasileira de 1988. Nesta linha de idéias, o ponto mais importante do enfrentamento da questão referente à proteção da pessoa humana não vincula-se apenas à redescoberta da pessoa pelo direito e, mas principalmente à ligação da proteção da pessoa aos valores que lhe são inerentes como garantia e fundamento de seu devir, ante seu resguardo constitucional. Desta forma, percorrendo este caminho, passa-se a por uma análise da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica dos Direitos Fundamentais, sua posição e acepção na arquitetura constitucional, os pressupostos da idéia de eficácia e a instrumentalização constitucional para a sua concreção. Afinal, o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos da pessoa são sinais de uma real civilização jurídica.

PALAVRAS CHAVES

DIREITOS FUNDAMENTAIS; CONSTITUIÇÃO; CONCREÇÃO

RESUMEN

Gestados, los derechos fundamentales, en la ejecución de la civilización legal, reuniones se alojó en la existencia de constituciones democráticas modernas que ordenan a sociedad y aseguren sus condiciones de validez y del concretude de las tales derechas, también ejemplifica la Constitución Brasileña de 1988. En esta línea de ideas, el punto

* Mestra em Direito (UNISC); Especialista em Direito Civil (UNISC); Pesquisadora membro do grupo de pesquisa: "A Constitucionalização do Direito Privado"; Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul (aposentada); Advogada atuante.

** Pós-Doutor pela Università Degli Studi Di Salerno (UDSS), Itália. Doutor em Direito (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Coordenador do programa de Pós-graduação em Direito/ Mestrado UNISC. Professor do Curso de Mestrado em Direito da UNISC, e Coordenador do grupo de pesquisa "A Constitucionalização do Direito Privado".

más importante de la confrontación de la pregunta que se refiere para la protección del humano de la persona no se asocia solamente al redescubierta de la persona para la derecha y, sino principalmente a ligarse de la protección de la persona a los valores que es inherente como garantía y lecho de su deber, antes de su defensa constitucional. De tal manera, cubriendo esta manera, lo para un análisis de la delimitación conceptual y la definición en el terminológica del seara de los derechos fundamentales, su posición y significándolos en la arquitectura constitucional se transfere, estimado de la idea de la eficacia y del instrumentalizaçãõ constitucional para su concreción. Después de todo, el funcionamiento eficiente y el perfecting constante de la tutela jurisdiccional de los derechos de la persona son señales de una civilización legal verdadera.

PALABRAS CLAVE

DERECHOS FUNDAMENTALES; CONSTITUCIÓN; CONCRECIÓN.

INTRODUÇÃO

Em busca de uma luz para o tema proposto no presente estudo, destinado à análise do fascinante e vasto - universo dos Direitos Fundamentais, usufrui-se do pensamento de Norberto Bobbio de forma a dar contornos mais nítidos e concretos ao trabalho, onde diz que “reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas”. Ainda, “a paz por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem” e estes direitos, “democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico”, pois afinal, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”¹.

Certo, que os Direitos Fundamentais têm exercido um papel de primeira ordem na configuração do constitucionalismo. Para Pérez Luño as normas que os regulam, “*unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de Sociedad*”².

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 01.

² PÉREZ LUÑO, 1998, p. 19.

Aqui, ao lembrar uma famosa expressão de Herbert Krüeger de que “já não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais”³, acompanha-se Paulo Bonavides, ao afirmar que essa constatação é a “descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo da liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz”⁴.

Assim, o direito contemporâneo combate as estruturas do individualismo, carcomidas pela ação do tempo e pelo avanço tecnológico, impressionante que a sociedade sofreu nos séculos XIX e XX, ressurgindo, daí, o resgate de valores éticos essenciais ao exercício da cidadania. Neste viés, o constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio.⁵ O ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

O Direito Constitucional, como o direito em geral e em especial o Direito Privado, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O “aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, a um projeto generoso e inclusivo de país”⁶ e, principalmente, ao exercício da cidadania. Tal conceito de cidadania que desborda desses quadrantes, como comenta Edson Fachin, “é o continente que abriga uma dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais”⁷.

Gravita inquestionável, a não existência de Estado Constitucional sem Direitos Fundamentais, pois estes direitos se convertem na razão de ser do Estado, cuja função básica é a proteção e a efetiva realização das prerrogativas fundamentais. Sob esta perspectiva, uma das primeiras questões suscitadas em um trabalho, que pretende embrenhar-se no campo dos Direitos Fundamentais, refere-se à delimitação terminológica e a perspectiva histórica nas quais, estes, serão abordados. Temas postos a partir de então, aferindo-se, ainda, o alcance e significado dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.

³ KRÜEGER, Herbert apud BONAVIDES, 1998, p. 358.

⁴ BONAVIDES, 1998, p. 359.

⁵ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2 ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶ BARROSO, 2003, p. 45.

⁷ FACHIN, 1999, p. 33.

1 A concepção clássica dos direitos fundamentais: da delimitação conceitual e da definição na seara terminológica.

Um dos primeiros pontos averiguados ao adentrar no campo dos Direitos Fundamentais refere-se ao nascimento do debate conceitual e a delimitação terminológica que lhes são concernentes, de forma a afastar a incomunicabilidade que o equívoco das palavras pode produzir. Pois, não raro, termos como outras expressões, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais"⁸ são utilizados indistintamente e sem consenso conceitual pelos doutrinadores e legisladores.

Convém ressaltar, ainda, que o sentido conferido a esses termos está envolto no contexto histórico da modernidade e inserido em uma cultura individualista e antropocêntrica que confere aos seres humanos a titularidade de direitos, pelo simples fato de sua humanidade. Desta forma, ao que concerne à terminologia e ao conceito, adotados neste estudo, a própria utilização da expressão Direitos Fundamentais no título desta dissertação, por si só, revela a opção na seara terminológica, não dispensando, no entanto, uma apreciação linear da delimitação conceitual e da definição dos referidos Direitos, pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo, ocorre um alargamento terminológico⁹.

Esta escolha não afasta, por certo, uma eventual conexão entre os Direitos Fundamentais e os direitos humanos – expressão mais utilizada por jusfilósofos, quando tratam dos direitos do homem em seu aspecto independente das ordens jurídicas internamente positivadas. Nesse sentido, Jorge Reis sintetiza ao esclarecer que a “expressão ‘Direitos Fundamentais’ é utilizada como definição daqueles direitos humanos previstos nas constituições nacionais”, por sua vez a expressão “‘direitos humanos’ define os direitos do homem previstos em tratados internacionais, ainda que

⁸ SARLET, 2005, p. 33.

⁹Ibidem, p. 34. Pontua Ingo Sarlet: “Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. [...] encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV)”.

não estejam positivados na constituição de determinados países, mas que possuam caráter supranacional [...]”¹⁰.

Em outras palavras, resume-se, acompanhando Ingo Sarlet, que a “expressão direitos do homem” emprega-se “no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados”, enquanto que os “direitos humanos”, são os positivados na esfera do direito internacional” e “direitos fundamentais”, os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”¹¹.

Por seu turno, Gomes Canotilho identifica que “as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas”. De acordo com a sua ascendência e significado, na trilha do professor lusitano, poder-se-ia distingui-las da seguinte maneira: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”; Direitos Fundamentais são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.” Por sua vez, os direitos do homem “arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os Direitos Fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”¹².

Para determinação das diferenças entre Direitos Fundamentais e direitos humanos, em consonância com Pérez Luño, o critério a ser utilizado é o da “concreção positiva”, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de Direitos Fundamentais, haja vista, estes possuírem “sentido mais preciso e restrito”, constituindo “o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”, tratando-se, desta forma, de “direitos delimitados espacial e temporalmente”, cuja denominação se deve ao seu “caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”¹³. Destarte, conclui-se que os “direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições”, como resultantes a “confluência entre os direitos naturais

¹⁰ REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Organizadores. Tomo 5. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2005.

¹¹ Cf. SARLET, 2005, p. 36/37. “A utilização da expressão ‘direitos do homem’ de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma ‘pré-história’ dos direitos fundamentais”.

¹² CANOTILHO, 1993, p. 517.

¹³ Cf. PÉREZ LUÑO, 1998. Idem, p. 46/47, passim. Note-se, que sua explanação assemelha-se ao pensamento de Gomes Canotilho.

do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria idéia de Constituição”¹⁴.

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo "direitos humanos", há que referir- sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva¹⁵.

A partir do momento em que se faz corresponder a expressão Direitos Fundamentais aos direitos humanos positivados nas constituições, parece lógica a afirmação de que a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência dos Direitos Fundamentais. Conforme Robert Alexy, “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”¹⁶. Gomes Canotilho observa que os “direitos formalmente fundamentais são aqueles previstos em normas jurídicas de *status* constitucional”, ou seja, “normas formalmente constitucionais”¹⁷. Neste diapasão, Jorge Miranda observa, que segundo um conceito formal, os “direitos fundamentais são todos aqueles assim reconhecidos pelo texto constitucional”¹⁸. No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão "direitos humanos fundamentais" por alguns autores¹⁹.

Neste viés, Afonso da Silva demonstra sua preferência pela expressão “direitos fundamentais”, agregando-lhe, também, mais um termo: “direitos fundamentais do homem”²⁰. Neste sentido, refere-se aos “direitos relacionados a situações jurídicas essenciais para a sobrevivência e a realização da pessoa humana em sociedade, positivados no texto constitucional (‘fundamentais’), e vinculados à pessoa humana (‘do homem’)”²¹. A alusão a “direitos humanos fundamentais” se mostra valioso, por aproximar o significado dos direitos humanos aos Direitos Fundamentais. Mas, mesmo não havendo uma ruptura entre ambos os termos, a utilização de Direitos Fundamentais,

¹⁴ SARLET, 2005, p. 37.

¹⁵ SARLET, 2005, p. 38.

¹⁶ ALEXY, Robert, 1999, p. 73. Note-se que o autor refere-se à expressão “direitos do homem”, como equivalente a “direitos morais”, parecendo fazer remissão aos direitos concebidos sob a ótica jusnaturalista, anteriores ao Estado, e dignos do homem em virtude de sua condição humana.

¹⁷ CANOTILHO, 1993, p. 528.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 08.

¹⁹ SARLET, 2005, p. 38.

²⁰ Alguns autores, seguindo este mesmo entendimento, fazem referência a “direitos humanos fundamentais”, o que se mostra valioso por aproximar o significado dos direitos humanos aos direitos fundamentais, conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996; e MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

²¹ SILVA, 1996, p. 178.

em consonância com o Direito Constitucional pátrio, parece mais adequada ao desenvolvimento do presente estudo, na medida em que faz inequívoca menção aos direitos positivados no âmbito do Direito Privado.

Ingo Sarlet, destaca o fato de “não existir uma identidade necessária - no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos”, isso se deve ao fato de que, por vezes, “o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais”, apesar de que, às vezes, “chega a ficar - ressalvadas algumas exceções - bem além, como é o caso da nossa atual Constituição”²².

Clarividencia-se, que os direitos humanos, “enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal”, específico dos Direitos Fundamentais, “não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que não a tenham”. Desta forma, comina-se às expressões direitos humanos e Direitos Fundamentais, o reconhecimento de que não se trata de “termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas”, todavia, “não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”.

Fazendo eco às palavras, vistas anteriormente, de Ingo Sarlet, os Direitos Fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições, nas quais foram reconhecidos e assegurados. Nesta conformidade, os Direitos Fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos positivamente constitucionalizados. Afinal, sem esta positivação jurídico-constitucional, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”²³, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional. Para Villalon, “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais”²⁴.

Convém, ainda, apreciar a acentuada distinção entre Direitos Fundamentais e direitos humanos, quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras destes direitos, sendo providencial destacar, aqui, “a idéia de que são os

²² SARLET, 2005, p. 39.

²³ VILLALON, Pedro Cruz. *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 40.

²⁴ VILLALON, 1989, p. 41. «Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. [...] os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas”.

primeiros que - ao menos em regra - atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação”, ante a existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”. Além disso, o fato de que a “eficácia jurídica e social dos direitos humanos, que não integram o rol dos Direitos Fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna”. Desta forma, a efetivação dos direitos humanos “encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa-vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados”, enquanto carecerem do “caráter da fundamentalidade formal próprio dos Direitos Fundamentais”, não lograrão atingir sua “plena eficácia e efetividade”²⁵.

Quanto ao caráter de fundamentalidade dos Direitos Fundamentais, a positivação jurídico-constitucional destes, para Gomes Canotilho, recepcionando a doutrina de Robert Alexy, a fundamentalidade de um direito constitucional se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, “não dissolve, nem consome, quer o momento de jusnaturalização, quer as raízes fundamentantes dos Direitos Fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)”. Para o citado autor, as palavras “não dissolve” e “não consome”, devem ser interpretadas com base no princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana” e “Estado de direito democrático no ‘respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais’”²⁶. Assim, “a categoria de ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”²⁷.

Perfunctoriamente, pode-se dizer que a fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos, como analisado por Ingo Wolfgang Sarlet; já a fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os

²⁵ SARLET, 2005, p. 39/40.

²⁶ CANOTILHO, 1993, p. 498. A idéia de constitucionalização, aqui, é designa por Gomes Canotilho como “a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.

²⁷ CANOTILHO, 1993, p. 499. Gomes Canotilho identifica a fundamentalidade formal e material da seguinte forma: “a) *Fundamentalidade formal*: A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão [...]; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais[...]. b) *Fundamentalidade matéria*: Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.

princípios enumerados no Título I da Constituição Federal de 1988²⁸, dentre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade²⁹.

Mas, para melhor compreensão do tema dos Direitos Fundamentais, urge lançar um olhar à, extremamente rica, história destes direitos. Portanto, poder-se-ia dizer que a história dos Direitos Fundamentais tem origem na idéia que prevalece em toda a Antigüidade helênica - de que existe um direito que não é criado pelos homens, não é fruto da deliberação, seja de um rei, de um tirano ou do próprio povo. Afinal, quem pode esquecer os embates trágicos das personagens de Sófocles³⁰, num dos documentos literários mais sensibilizantes - o diálogo onde Antígona recusa-se a cumprir os desmandos do rei tirano, Creonte, afirmando não saber que ele tinha poder para estabelecer leis e muitos menos para estabelecer leis que contradissem o direito estabelecido para todos os tempos pelos deuses: "Ele não tem direito a impedir os meus deveres sagrados"³¹. Essa idéia que Sófocles exprime, sem dúvida, a idéia prevalecente na época: o direito não é o que o legislador declara, o direito é algo que projeta o justo e, conseqüentemente, independe, como o justo, da mera vontade dos homens. Esta é, sem dúvida, a raiz mais profunda da doutrina dos Direitos Fundamentais³².

Como bem posto por Antunes Rocha, os Direitos Fundamentais “concebem-se, antes, nas idéias, nas lutas, nos movimentos sociais, nos atos heróicos individuais, nas tensões políticas e sociais que antecedem as mudanças, como o ar pesado que prevê a tempestade”. Os direitos humanos foram os primeiros, ”crimes ditos políticos pelos

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁹ Cf. SARLET, 2005, p. 86/87, passim.

³⁰ As falas das personagens de Sófocles parecem demonstrar a existência de uma preocupação com as leis, com o *nómos* para além dos aspectos meramente jurídicos. Aliás, como observa muito bem Jean-Pierre Vernant, os gregos não têm a idéia de um direito absoluto, fundado sobre princípios, organizado num sistema coerente. Para eles, há como que graus de direito. Num pólo, o direito se apóia na autoridade de fato, na coerção; no outro, põe em jogo potências sagradas: a ordem do mundo, a justiça de Zeus. Também coloca problemas morais que dizem respeito à responsabilidade do homem. Cf. VERNANT, Jean-Pierre e NAQUET, Pierre Vidal-Naquet. *Mito e Tragédia na Grécia Antiga*. Tradução de Anna Lia de Almeida Prado, Filomena Yoshie Hirata, Maria da Conceição M. Cavalcante, Bertha Halpem Gurovitz e Helio Gurovitz. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1999, p. 03.

³¹ Cf. SÓFOCLES. *Antígona* (333-376). Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Coimbra: Instituto Nacional de Estudos Clássicos, 1992. (Antígona,10). Sófocles, na tragédia grega intitulada Antígona, apresenta a oposição entre o Direito Natural (no caso da peça, direito que provinha das crenças – deuses – e dos costumes) e o Direito Positivo (direito imposto pelo representante do Estado). Hegel destacou tal aspecto ao interpretar a peça teatral, que se deixa de analisar por não ser objeto do presente estudo.

³² Leia-se neste sentido in: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 240/241.

quais muitas cabeças rolaram”. Só depois vem o Direito - “muito depois vêm os direitos. A humanidade caminha a passos largos. O direito a conquistá-la arrasta-se em cadência muito mais lenta”³³. Diga-se, ainda, acompanhando Norberto Bobbio, quando os “direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, chamado direito de resistência”³⁴.

Não obstante, o sentido dos Direitos Fundamentais tem suas fontes em processos históricos, que serão motivos de averiguação no próximo item, a partir dos direitos naturais até o reconhecimento dos Direitos Fundamentais na esfera do direito positivo.

2 Perspectiva histórica: dos direitos naturais e ao processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo.

Ao deitar-se o olhar ao panorama histórico da origem e da jornada de proteção aos Direitos Fundamentais, matéria que ainda hoje suscita controvérsias, pressupõe que se sublinhe onde, por que e como nasceram estes Direitos, bem como concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o Reconhecimento destes direitos, em nível do Direito Constitucional positivo no final do século XVIII ³⁵.

Certo é que a influência filosófico-religiosa nos então chamados direitos do homem³⁶, fez-se sentida com as idéias de igualdade entre os homens por Buda (500 a. C), a *posteriore*, surge na “Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem”, tendo como destaque “a previsão de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural e superior as leis escritas, defendidas no pensamento de sofistas e estóicos“, como exemplo a obra citada no Item anterior – Antígona (441 a. C.), onde Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis superiores aos direitos escritos pelos

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais*. In: Portal da Justiça Federal - <http://www.justicafederal.gov.br/> acesso em 21/09/2006

³⁴ BOBBIO, 1992, p. 31.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 24. “A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”.

³⁶ Saliente-se, que Alexandre Moraes utiliza a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”. In: MORAES, 2002, *passim*.

homens”³⁷. “Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade”³⁸

Na verdade, os direitos do homem sempre existiram, pois os mesmos são inerentes ao ser humano, mas, nem sempre eles foram reconhecidos pelos detentores do Poder Estatal. Entretanto, tendo em vista a atual noção do vocábulo, doutrina considerável vincula a origem dos Direitos Fundamentais ao surgimento do Cristianismo, com toda a sua mensagem de igualdade entre os homens. Como destaca Ingo Sarlet, do “Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus”. Nesse diapasão, da “doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)”³⁹.

Por sua vez, a influência das doutrinas jusnaturalistas, principalmente a partir do século XVI, foram de inegável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII. Já na Idade Média, desenvolveu-se a idéia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuavam como critérios de legitimação de seu exercício⁴⁰. Denota-se, especial relevo, o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, “[...] professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo”, advogando que a “desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população”⁴¹.

Na Idade Média, reis pactuaram acordos com seus súditos, pelos quais era confirmada a supremacia monárquica mediante concessões a certos estamentos sociais. A mais conhecida destas Cartas foi a Magna Carta *Libertatum* firmada na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem Terra⁴². Para Ingo Sarlet, “há que descartar o caráter de

³⁷ MORAES, 2002, p. 25.

³⁸ SARLET, 2005, p. 44. “Na Grécia, o trabalho dos filósofos, utilizando-se da razão foi essencial para a afloração do reconhecimento dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens”.

³⁹ SARLET, 2005, p. 44.

⁴⁰ Cf. A PEREZ LUÑO, 1998. Idem, p. 30.

⁴¹ SARLET, 2005, p. 45.

⁴² Cf. SILVA, 1996, p. 136 “[...] a Magna Carta, assinada em 1215, mas só tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, homens livres,

autênticos direitos fundamentais desses ‘direitos’ e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade”, principalmente por cuidar-se de “direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo”⁴³. “A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento”⁴⁴.

Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista. Cumpre ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período⁴⁵.

Em suma, reportando-se ao magistério de Norberto Bobbio, defluiu-se que o ensejo da união da doutrina dos direitos do homem e o contratualismo “é a comum concepção, segundo a qual, primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências”, tomando a “forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas”⁴⁶. O Estado absolutista, sucessor do Estado feudal, malgrado a concentração de poderes concentrada no soberano, foi herdeiro de parte da estratificação social que imperou no período estamental⁴⁷. Convém destacar que a “derrubada do *ancien régime* e a conseqüente instauração do Estado de direito ou Estado Liberal de

nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres”.

⁴³ SARLET, 2005, p. 48.

⁴⁴ SARLET, 2005, p. 46.

⁴⁵ SARLET, 2005, p. 47. Cogita-se com efeito, que a principal contribuição do contratualismo para a garantia dos direitos fundamentais se deu com base no silogismo de que, se o Estado deriva da vontade contratual dos homens, por esta mesma vontade, estes também podem desfazê-lo, ou reconstruí-lo de forma que garanta a liberdade do indivíduo em relação ao próprio Estado.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Brasília: Editora Brasiliense, 1995. Para Norberto Bobbio: “O contratualismo moderno representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo na medida em que, subvertendo as relações entre indivíduo e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, a existir independentemente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carências e o mais amplo exercício de seus direitos”.

⁴⁷ Cf. MIRANDA, Tomo IV, 1993, p. 76/77. Jorge Miranda lembra que o “‘Estado Estamental’ é uma forma de transição entre o Estado feudal e o Estado absoluto ou Estado de polícia”. Assevera que tanto o “Estado estamental como o absoluto não ocorreram em igualdade de tempo e configuração em toda a Europa”. Os conhecidos “estamentos na França pré-revolucionária eram os “Três Estados: o clero, a nobreza e a burguesia”.

Direito, sociologicamente, traz o fim da sociedade estamental e o início da sociedade de classes”⁴⁸.

Para Pérez Luño, a elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais⁴⁹. Assim, e com idêntica importância na evolução dos Direitos Fundamentais encontra-se a participação da Revolução dos Estados Unidos da América⁵⁰, sendo a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América. Essa declaração é de 12.01.1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos EUA”^{51 52}.

Quanto à França, além das contribuições doutrinárias e filosóficas, conforme Ribeiro Bastos, “é sabido que ela também colaborou com a fixação dos direitos individuais por meio de uma declaração que até hoje, possivelmente, seja a mais célebre: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”⁵³, “fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França”. Mas, tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como especialidade comum sua “profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”⁵⁴.

Todavia, faz-se cogente assinalar algumas diferenças relevantes entre a Declaração de 1789 e os direitos e liberdades consagrados pelo constitucionalismo americano. Neste desiderato, Ingo Sarlet, anota “que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a ‘via’ francesa do processo revolucionário e

⁴⁸ DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 27.

⁴⁹ PÉREZ LUÑO, 1998. Idem, p. 33.

⁵⁰ MORAES, 2002, p. 27.

⁵¹ SILVA, 1996, p. 137.

⁵² SARLET, 2005, p. 54. “As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, [...]”

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 153.

⁵⁴ SARLET, 2005, p. 51

constitucional”. Incita, ainda, a atentar “ao fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791” e, sobretudo, “na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados”⁵⁵.

A contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições liberais do século XIX. Certo, que a declaração de Direitos da Constituição francesa esboçou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais que seria, posteriormente, definitiva a partir dos diplomas constitucionais do século XX⁵⁶.

Alexandre de Moraes pontua, “que o início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais”⁵⁷ (Constituição mexicana, 1917; Constituição de Weimar, 1919; Constituição Soviética, 1918, etc). No entanto, Jorge Miranda defende, que do “Estado Liberal ao Estado Social de Direito o desenvolvimentos dos Direitos Fundamentais faz-se no interior das instituições representativas” e de forma a manter “a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais”⁵⁸. Apesar das declarações e da consagração das liberdades, os direitos fundamentais nem sempre foram obedecidos⁵⁹, é só recordar os efeitos da Primeira Guerra Mundial e mais intensamente após a Segunda, quando vários países se viram em regimes autoritários, com a conseqüente supressão de Direitos Fundamentais. E, mesmo após a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, ao adentrar-se o terceiro milênio, transparece o constante desrespeito aos Direitos Fundamentais.

Delimitadas as linhas básicas da perspectiva histórica dos Direitos Fundamentais, passar-se-á a traçar as premissas necessárias à compreensão do alcance e significado de tão relevantes direitos na Constituição Federal Brasileira de 1988, como medida

⁵⁵ SARLET, 2005, p. 52. “Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos”.

⁵⁶ MORAES, 2002, p. 29.

⁵⁷ MORAES, 2002, p. 29/30.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 25

⁵⁹ É salutar conferir, ainda, a tese de BOBBIO de que o nascimento dos Direitos Fundamentais na era moderna coincide com a concepção individualista da sociedade: “no plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...]”. In: BOBBIO, 1992.

necessária, sob pena de obter-se, ao final, um trabalho desprovido da completez teórica indispensável a qualquer ensaio monográfico.

3 Alcance e significado dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.

Delimitadas as premissas a nível da historicidade necessária à compreensão da doutrina dos Direitos Fundamentais, tem-se por certo, que situar tais direitos no contexto social brasileiro é medida imprescindível, sob pena de se obter, ao final, um trabalho desprovido da completez indispensável a qualquer ensaio monográfico. Pois, é de sapiência geral que a declaração de direitos fundamentais em textos contemporâneos, entre eles a Constituição Brasileira - que possui um vasto rol de garantias do indivíduo - não termina com a preocupação sobre o tema - aliás, ele sempre perdurará. Deve-se pugnar, ademais, pela obediência e pelo respeito das garantias declaradas e asseguradas ao indivíduo bem, como pela declaração dos direitos ainda não reconhecidos.

Como ressalta Pablo Verdú, “todo governo e toda Constituição resultam de forças e tendências que impulsionam os homens a reunir-se em comunidades organizadas e a dirigir seus esforços a um fim comum”⁶⁰. O novo Direito Constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da “força normativa da Constituição”⁶¹ e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. Saliente-se que tais mudanças de paradigmas estão imbricadas aos Direitos Fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988, gestada sob a “aspiração de ser um instrumento da cidadania contra o arbítrio, ampliando as liberdades individuais e assegurando vários direitos sociais ao nosso povo”⁶², representou um divisor de águas nos estudos de Direito Constitucional, ao renovar substancialmente a metodologia aplicável a compreensão do Direitos Fundamentais, ante um discurso hermenêutico de índole valorativa, oferecendo

⁶⁰ VERDU, 2004, p. 77

⁶¹ HESSE, 1991, p. 34.

⁶² SCAFF, Fernando Facury. Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Organizador - Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (Apresentação).

suportes teóricos e instrumentais a amparar a realização do sentido da Constituição⁶³. Konrad Hesse infere que para a preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição se funda indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”⁶⁴, o que completa Ingo Sarlet ao afirmar que pode-se falar em uma “vontade dos Direitos Fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação”⁶⁵.

Mantendo a tradição do Direito Constitucional positivo, a Constituição Federal de 1988, destaca, em capítulo autônomo, os direitos e garantias fundamentais. Esta consagração é de extremada importância porque, dada a hierarquia das normas, faz com que tais disposições se sobreponham, tanto ao legislador ordinário, como ao administrador público, sendo original a “outorga aos Direitos Fundamentais, pelo Direito Constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido é que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional”⁶⁶.

Os direitos fundamentais apresentam-se, na normativa constitucional, como um “conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas”, desempenhando, no âmbito do atual constitucionalismo pátrio, uma “dupla função: no plano subjetivo, seguem atuando como garantias da liberdade individual”, mesmo que a essa tessitura clássica se “acrescente a defesa de aspectos coletivos e sociais”; por sua vez no plano objetivo, “assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados”⁶⁷.

Ao se abordar a posição dos direitos elencados na seara da Constituição Federal de 1988, dentre as inovações, “assume destaque a situação topográfica dos Direitos Fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais”. Desta forma, além de “traduzir maior rigor lógico”, na proporção em que os “Direitos Fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da

⁶³ Neste sentido, leia-se: SARMENTO, 2003, SARLET, 2005, BARROSO, 1999; GUERRA FILHO, 2005; STRECK, 2002.

⁶⁴ HESSE, 1991, p. 32.

⁶⁵ SARLET, 2005, p. 81.

⁶⁶ SARLET, 2005, p. 73.

⁶⁷ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004, p. 46. “Na medida em que o Estado Liberal evoluiu para formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para transformar-se em um conjunto de valores diretivos da ação positiva dos poderes públicos”.

melhor tradição do constitucionalismo”⁶⁸ no âmbito destes Direitos. Quanto à terminologia adequada, infere Ingo Sarlet:

Além disso, a própria utilização da terminologia "direitos e garantias fundamentais" constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação "direitos e garantias individuais", desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-Ihes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada.

Ainda, a magnitude do acervo dos Direitos Fundamentais na Carta Magna, “aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência”. Mas, a mais significativa a inovação refere-se ao artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal⁶⁹, de “acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata”, afastando o “cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo”.

Com clareza solar consagrou-se de vez o “*status* jurídico diferenciado e reforçado” dos Direitos Fundamentais na Constituição vigente. Conseqüência dessa arquitetura, a Constituição Federal de 1988, de forma inédita, estabelece ao fim do extenso rol (exemplificativo) capitulado no seu Título II que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais rubricados pelo Brasil.

Repisadas as considerações expendidas até o momento, torna-se inevitável uma incursão ao universo do Estado Democrático de Direito, pois somente através dele tem-se a efetiva institucionalização dos Direitos Fundamentais, corolário da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, por sua vez, fonte ética, que se impõe, hoje, como critério e parâmetro de valoração a conferir unidade de sentido à doutrina dos Direitos Fundamentais, que via de conseqüência, adquire igual força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a concretização das normas constitucionais implica um processo que “vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta — norma jurídica”, que,

⁶⁸ SARLET, 2005, p. 77.

⁶⁹ BRASIL. Constituição, 1988.

de certa forma, será apenas um “resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais, teremos o resultado final da concretização”. A concretização, como se vê, “não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica”⁷⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo, que não se esgotou o tema analisado, nem se tem a pretensão de exauri-lo, pois buscava-se apenas algumas ilações, como balizamento ao rumo da afirmação de que no Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição Federal de 1988, é indubitoso que a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas seja direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado. A Carta de 1988 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as “teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares”⁷¹.

Cumprido, aqui, no que diz respeito a eficácia dos Direitos Fundamentais, propriamente dita, destacar o “cunho eminentemente principiológico da norma” contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, impondo aos órgãos estatais e aos particulares que concedam a “extrema eficácia e efetividade aos Direitos Fundamentais, para os quais impõe uma “presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz”⁷².

Evidentemente que permanece uma enorme distância entre o que se declara e o que se concretiza. Por esta trilha, busca-se acompanhar o pensamento de Gomes Canotilho, no sentido de que “‘concretizar a constituição’ traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais”⁷³.

A Constituição se realiza, isto é, ao torna ‘juridicamente eficazes as normas constitucionais’. Afinal, qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, de uma maneira ou outra (atividade legiferante, administrativa e judicial), aplicam as normas da constituição⁷⁴. Desta tarefa realizadora não de

⁷⁰CANOTILHO, 1993, P. 202.

⁷¹SARMENTO, 2005, p. 328.

⁷²Cf. SARLET, 2005, 441/442, passim.

⁷³CANOTILHO, 1993, P. 201.

⁷⁴Cf. CANOTILHO, 1993, P. 203, passim.

participar, ainda, todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* Tradução de: *Theorie der Grundrechte*. Valdes, Ernesto Garzon, trad. Madrid: CEPC, 1993 (Reimpressão 2002).

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de direito Administrativo*. Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217. jul./set., 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. Brasília: Editora Brasiliense, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 7^a ed. 2^a tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8. ed. Madrid: Taurus, 1981

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2 ed. Reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Organizadores. Tomo 5. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- SÓFOCLES. *Antígona* (333-376). Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Coimbra: Instituto Nacional de Estudos Clássicos, 1992.
- PÉREZ LUÑO. Antonio. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 8. ed. Madrid: Taurus, 1981
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1993.
- VILLALON, Pedro Cruz. *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996; e MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. A cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 240/241.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos Direitos Fundamentais*. In: Portal da Justiça Federal - <http://www.justicafederal.gov.br/> acesso em 21/09/2006
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2002,
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993
- SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Organizador - Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (Apresentação).
- VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.