

CONCEITO ANALÍTICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANALYTIC CONCEPT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

NILSITON RODRIGUES DE ANDRADE ARAGÃO¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo buscar um conceito analítico-epistemológico de direitos fundamentais, uma vez que se constata na doutrina um enorme dissentimento sobre o assunto, problemática que, de tão basilar, dificulta o aprofundamento técnico-científico deste instituto jurídico. Partindo de uma perspectiva de base epistemológica, objetiva-se definir esse conceito com base na identificação de suas características essenciais, as quais devem estar presentes em todas as manifestações específicas dos direitos fundamentais. O trabalho permitiu concluir que somente as fundamentalidades material e formal atendem a esta exigência, excluindo-se da conceituação atributos que, embora de altíssima relevância, não se apresentam como características em uma acepção epistemológica do termo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Conceito; Atributos; Características Essenciais.

ABSTRACT: This paper aims to seek an analytical-epistemological concept of fundamental rights, since it turns out a huge disagreement in doctrine on the subject, which is so fundamental problem hampering the further development of technical and scientific legal institute. From the perspective of epistemological basis, the objective is to define this concept based on the identification of its essential features, which should be present in all specific manifestations of fundamental rights. The study revealed that only the material and formal fundamentalities meet this requirement, excluding the concept attributes which, although of great importance, not presented as features in an epistemological sense of the term.

KEYWORDS: Fundamental Rights; A Concept; Attributes; Characteristics Essential.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Terminologia; 2. Conceituação e Essência; 3. Atributos dos Direitos Fundamentais; 3.1 Historicidade; 3.2 Universalidade; 3.3 Indisponibilidade; 3.3.1 Inalienabilidade; 3.3.2 Irrenunciabilidade; 3.4 Imprescritibilidade; 4. Características Essenciais; 4.1 Fundamentalidade Material; 4.2 Fundamentalidade Formal; 5. Conceito; Considerações Finais; Referências.

Artigo recebido em 06.09.2012. Pareceres emitidos em 26.12.2012 e 29.01.2013.

Artigo aceito para publicação em 10.03.2013.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – CE, Professor da UNIFOR; Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. nilsiton_aragao@hotmail.com

SUMMARY: Introduction; 1. Terminology; 2. Conceptualization and Essence; 3. Attributes of Fundamental Rights; 3.1 Historicity; 3.2 Universality; 3.3 Unavailability; 3.3.1 Inalienability; 3.3.2 Non-waiver; 3.4 Imprescriptibility; 4. Essential Characteristics; 4.1 Material Fundamentality; 4.2 Fundamentality Formal; 5. Concept; Final Thoughts; References.

INTRODUÇÃO

O início do estudo de qualquer instituto jurídico passa, naturalmente, pela construção de seu conceito. Trata-se de uma imposição da própria lógica, porquanto, como a definição do objeto representa um dos pontos mais fundamentais de uma análise científica, somente torna-se possível avançar em discussões mais aprofundadas após a definição de um conceito técnico. Caso contrário, corre-se o risco de o resultado do estudo ficar comprometido, pois ao se partir de um conceito equivocado, muito provavelmente a conclusão sobre ele construída também será errônea.

Trazendo esta realidade para a seara dos direitos fundamentais, cumpre analisar como a doutrina nacional está se posicionando sobre seu conceito. Neste ponto, a despeito da vasta bibliografia sobre os direitos fundamentais, é fácil perceber um enorme dissentimento por parte dos estudiosos.

Uma possível causa deste cenário está no recente enfrentamento teórico da matéria. Como sabido, é praticamente impossível estabelecer datas exatas quando se trata de teorias jurídicas, mas, de certa forma, em nível mundial, a apreciação dos direitos fundamentais na perspectiva atual, tomou maior proporção após o término da Segunda Guerra Mundial, e, no Brasil, o enfrentamento da matéria foi ainda retardado pela Ditadura Militar, que vigorou até meados da década de oitenta. Assim, em termos relativos, trata-se de um tema consideravelmente recente, razão pela qual seus contornos ainda estão em processo de definição.

Por outro lado, como os direitos fundamentais passaram a ocupar lugar de extremo destaque na pauta das discussões jurídicas nos últimos anos, o tema tornou-se centro de atenção dos acadêmicos, ensejando a elaboração de um número elevado de trabalhos. Esse fato foi importante para a evolução da teoria dos direitos fundamentais, pois permitiu a propagação de informações essenciais sobre eles para a sociedade, garantiu a releitura de velhos institutos jurídicos sob sua ótica, ensejou manifestações legais e jurisprudenciais que lhes atribuísem maior eficácia e efetividade, entre outros inúmeros benefícios. No entanto, paralelamente, essa proliferação de trabalhos acadêmicos difundiu algumas pseudo teorias inovadoras e trabalhos carentes de um maior aprofundamento teórico que, na contramão da evolução doutrinária, tumultuaram e desordenaram um pouco a própria definição dos direitos fundamentais.

É neste contexto que se observa, salvo importantíssimas exceções, uma literatura dispersa quanto à conceituação técnica dos direitos fundamentais, realidade que torna o tema do presente artigo, *prima facie* singelo e

despropositado, em verdade, ainda hoje, centro de uma problemática que justifica sua elaboração.

Por certo, não se pretende, nas poucas páginas que seguem, resolver definitivamente uma polêmica de tamanha envergadura. O propósito deste estudo está na busca de unir as manifestações doutrinárias mais sólidas e coerentes e, sob a lógica epistemológica de uma construção conceitual, tentar encontrar uma definição analítica minimamente adequada, construída com base em atributos que se apresentem como essenciais a este instituto jurídico.

No desenvolvimento do presente trabalho será inicialmente abordada a terminologia adequada do objeto, no intuito de isolá-lo de outros a ele relacionados, uma vez que possuem características que impõem a colocação em grupo diverso. Feito isso, abordar-se-á o que a epistemologia indica constar necessariamente em conceito e o que, por exclusão, deve dele ser afastado, para trilhar o caminho da análise. Em seguida serão avaliados os atributos que com maior frequência se apresentam nos direitos fundamentais, com o fim de definir se são eles constantes ou se variam de acordo com a manifestação específica do direito.

Por fim, excluídos os predicados meramente existenciais, serão estudadas as características essenciais e permanentes e, com base nelas, elaborado um conceito analítico-epistemológico de direitos fundamentais.

1. TERMINOLOGIA

No texto da Constituição Federal de 1988 não existe uma unicidade semântica no que concerne à referência aos direitos fundamentais. O constituinte não foi suficientemente técnico ao enfrentar o tema, uma vez que lançou mão das mais diversas terminologias para expressar este grupo de direitos.

Como exemplo dessa variedade terminológica é possível citar as seguintes expressões: “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º), “direitos civis” (art. 12, § 4º, II, *b*) e “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, *b*). Por consequência, observa-se uma formulação tão confusa que somente com a manifestação da doutrina e da jurisprudência é possível determinar que algumas normas constitucionais versam sobre direitos fundamentais.

Outra atecnia que obstaculiza a correta compreensão do tema é a utilização de termos referentes às espécies para designar o gênero. É sabido que a expressão “direitos fundamentais” engloba os de caráter individual, coletivo, social e difuso. Porém, na Constituição, encontram-se referências a algumas destas categorias específicas para designar os direitos fundamentais de modo geral. É o caso da menção a “direitos sociais e individuais” (preâmbulo), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI).

A despeito desta ampla e confusa pluralidade de definições, a compreensão da matéria não resta comprometida. Porém, para construir um trabalho mais

preciso do ponto de vista científico, faz-se necessário a adoção de uma linguagem técnica, motivo pelo qual se deve afastar da imprecisão do texto constitucional com a utilização de cada termo, segundo o sentido majoritariamente atribuído pela doutrina especializada.

Além de utilizar as designações próprias destinadas para as espécies de classificação de direitos fundamentais, é necessário não equiparar estes a outros institutos jurídicos que, embora possuam algumas similaridades, com eles não se confundem totalmente. Nesse contexto, o problema toma proporções mais complexas, pois se utiliza a expressão ‘direitos fundamentais’ para expressar uma variedade de institutos jurídicos diversos.² Essa prática vai de encontro a uma abordagem científica do tema, pela qual um termo técnico tem a função de transmitir uma informação específica, e não uma pluralidade de situações.

As principais confusões observadas nesses casos dizem respeito aos “direitos humanos” e aos “direitos naturais”, em razão da proximidade conteudística existente entre eles e até mesmo da origem das expressões³. Não obstante, ainda que tais direitos estejam materialmente próximos, possuem sentidos distintos. A utilização indiscriminada de referidas expressões como se sinônimas fossem ou a sua mescla, como “direitos humanos fundamentais” ou “direitos naturais fundamentais”, tornam o tema quase incompreensível.

Para afastar maiores dúvidas sobre o assunto, é necessário indicar, ainda que sucintamente, o conceito que será adotado sobre tais institutos. Os direitos humanos se destinam a assegurar ao homem uma existência digna, expressos normativamente em diplomas internacionais e não necessariamente recepcionados pelos ordenamentos nacionais, aspecto formal que os diferencia dos direitos fundamentais.

Os direitos naturais, por sua vez, traduzem proposições normativas ligadas à moral, de fundamento variado, ora religioso, ora racionalista, que, segundo seus defensores, seriam superiores e anteriores às ordens jurídicas, a estas se sobrepondo. Logo, não se confundem com os direitos fundamentais porque estes são expressos por normas jurídicas, enquanto os direitos naturais por normas pré ou sobre jurídicas.

² É o que observa na obra de José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 12): “Aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas. De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser considerados direitos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo – perspectiva universalista ou internacionalistas; como ainda podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinando tempo e lugar, isso é, num Estado concreto – perspectiva estadual ou constitucional”.

³ Neste ponto, bem observa Paulo Bonavides (2002, p. 514): “Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém, o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência, aliás, com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães”.

Outra confusão bastante comum é a que se refere a princípio jurídico como sinônimo de direito fundamental. Tal colocação é igualmente equivocada, uma vez que princípio representa somente uma espécie de norma jurídica e os direitos fundamentais podem se estruturar normativamente como princípio ou como regra, ainda que a primeira hipótese seja a mais comum.

Por fim, importa diferenciar “direitos de personalidade” e “direitos fundamentais”. Não existe uma coincidência total entre estes grupos de direitos, o que gera tal confusão é o fato de que alguns direitos da personalidade possuem também natureza fundamental, diante da expressão da dignidade humana em uma dimensão privatista, como ocorre, por exemplo, no direito ao nome.⁴ Não obstante, tais hipóteses não autorizam que os referidos termos sejam utilizados como sinônimos.⁵

Isolada a expressão “direitos fundamentais” de outras correlatas, superou-se o primeiro passo rumo à análise epistemológica que se propõe neste estudo. Não obstante, as incongruências semânticas somente podem ser definitivamente superadas com a sua conceituação técnica.

2. CONCEITUAÇÃO E ESSÊNCIA

Da literatura jurídica que se debruça sobre os direitos fundamentais é possível extrair os mais variados conceitos, cada um privilegiando um aspecto diferente, abordagens que vão desde a estrutura normativa até a sua eficácia social. No entanto, raros são os títulos que apresentam conceitos analíticos sobre os contornos deste objeto, de modo que, mesmo amparado por diversas lições, ainda persiste uma forte dificuldade na definição de direitos como fundamentais ou não.

Para entrar nessa seara de discussão sem sucumbir aos mesmos obstáculos que geram o problema mencionado, impõe-se enveredar, ainda que sumariamente, nos meandros da epistemologia jurídica e entender no que consiste à própria conceituação.

O conceito é algo que se revela no âmbito da essência e não da existência.⁶ Ele expressa a ideia do objeto, ou seja, este em sua forma ideal,

⁴ Willis Santiago Guerra Filho também realiza esta distinção (2005, p. 44): “Já no âmbito do direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos ‘direitos de personalidade’, por serem estes direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos”.

⁵ Flávio Gonçalves (1997, p. 36): “Preferimos adotar neste ensaio a expressão direitos fundamentais pelo seu caráter mais genérico, abrangendo não só os direitos do homem, considerados em sua individualidade (direitos fundamentais de primeira geração), mas todos os direitos consagrados positivamente em nossa Constituição, sendo mais consentânea inclusive com a denominação ‘nova universalidade dos direitos fundamentais’, a compatibilizar-se também com a sua atual conformação institucional”.

⁶ Segue a mesma linha a doutrina de Maria Helena Diniz (2003, p. 52): “É necessário que se distinga, claramente, o conceito de seu objeto. O objeto é o dado envolvido pela forma conceitual, é aquilo que o pensamento delimita. Sob o prisma ontológico, o conceito é um objeto ideal e o dado pode ser um objeto natural, cultural ou até mesmo ideal. O dado tem propriedades, caracteres,

não podendo ser confundido com o próprio objeto, que se mostra em sua perspectiva real, ligado às imperfeições e variações da existência.⁷ É nele que se identificam as características invariavelmente presentes em todas as suas manifestações, aquelas qualidades distintivas fundamentais que se apresentam de maneira perene, imunes às imperfeições e variações do mundo existencial.⁸

Portanto, se trata de uma atividade de cunho científico, exigindo uma apreciação que ultrapassa a mera precisão sintática e semântica do termo. Para se chegar a um conceito é necessário, inicialmente, identificar os elementos imutáveis que caracterizam o objeto, aqueles que se encontram presentes em todas as suas manifestações e que permitem, por essa razão, distingui-los de outros direitos similares, ou seja, é necessário encontrar suas características.

Uma cadeira, por exemplo, pode ser construída das mais diversas formas, com os mais variados atributos, mas alguns deles sempre estarão presentes, ao passo que outros são prescindíveis. Acessórios como o acolchoamento, o apoio para os braços, o descanso para os pés podem estar ausentes e, ainda assim, a cadeira continuará sendo uma cadeira. Agora, se lhe retirarem o assento, perderá sua identidade, pois este é um de seus elementos essenciais. Logo, a presença do assento é obrigatória no conceito de cadeira. Esta simplória ilustração, que talvez pareça despropositada, revela-se importante do ponto de vista didático, pois realça, de maneira clara, a necessidade da distinção entre essência e existência para a conceituação de um objeto.

Em verdade, os direitos fundamentais compreendem um campo vasto de possibilidades, com um rol extenso de conteúdos a eles atribuíveis e aspectos vários de expressão formal. Esta circunstância torna a tarefa mais complexa, porém, não afasta a possibilidade de constatar-se que certos elementos são comuns a todas essas manifestações. Este grupo de normas possui uma área variável que lhes permite atender a exigências específicas, mas tem, igualmente, um núcleo que se mantém imutável, presente em qualquer de suas manifestações.

Por tais considerações, impõe-se concluir que em todos os direitos fundamentais existem certas características essenciais indiferentes às

e o conceito é constituído de notas que correspondem aos caracteres do objeto. O conceito é, pois, formado por elementos essenciais e permanentes do dado; retém, apenas, o elemento comum, a essência, que em toda multiplicidade se encontra; logo, o conceito não poderia ser uma duplicação, uma reprodução do real, do objeto, uma vez que funciona como um princípio de simplificação, tendo uma função seletiva".

⁷ É exatamente o que leciona Goffredo Telles Jr. (1967, p. 203) ao afirmar que "a idéia não é cópia do objeto, basta lembrar que o objeto é sempre concreto e individual, e a ideia, sempre abstrata e geral".

⁸ É neste sentido a lição de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 50): "As coisas apresentam-se como essência (razão de ser) e como existência (modo de ser). A essência condiciona a existência, isto é, o existente existe em razão da essência. Presta-se a essência a identificar a coisa, distinguindo-a das demais. Essa distinção é perdurável, porque fundada na imutabilidade da essência".

variações temporais, espaciais e ideológicas, as quais permitem identificá-las e distingui-las de outras espécies normativas.⁹

Faz-se, portanto, necessário identificar tais características para que se possa chegar a um conceito satisfatório.

3. ATRIBUTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em busca dessas características dos direitos fundamentais, é comum encontrar na doutrina a indicação de um numeroso rol de elementos sob tal roupagem, entre os quais se destacam a historicidade, inexauribilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e universalidade.

Com a devida vênia, entendemos que, na acepção técnica de característica, concebida como propriedade essencial sem a qual o objeto não se enquadra no conceito, tais qualidades não podem ser assim entendidas. Três aspectos revelam, de maneira mais clara, esta assertiva: I) desvinculação com a essência do instituto; II) hipóteses de não manifestação; e III) ausência de uma proposta uníssona.

A primeira justificativa está na ausência de relação direta com a própria existência dos direitos fundamentais. Como dito, para assumir a feição de característica é necessário que a qualidade constitua a natureza do objeto e esteja ligada à sua substância. Ocorre que os predicados indigitados por alguns doutrinadores se manifestam somente com seu surgimento ou aplicabilidade, situação que lhes afasta o caráter distintivo.

O argumento mais robusto e visível a afastar tais atributos da condição de característica são as inúmeras hipóteses de não manifestação, uma vez que, embora a presença destes atributos seja a regra, não são raras as exceções. Ora, se de fato fossem características deveriam estar sempre presentes, e não somente em alguns casos específicos, pois não é possível que algo exista se uma de suas propriedades fundamentais está ausente.

Por fim, cabe ainda mencionar o fato de que o número de livros e trabalhos científicos que abordam a matéria de maneira direta e específica é relativamente pequeno e que, entre estes, ainda existe pouca sintonia. Os autores dificilmente adotam o mesmo rol de “características”, de modo que determinada qualidade é indicada por uns, mas está ausente na proposta de outros. Essa falta de unicidade decorre das duas questões anteriormente abordadas, visto que a imprecisão e a instabilidade que cercam os direitos fundamentais tornam quase impossível que a elas seja dado o mesmo grau de importância por autores diversos.

⁹ Não se deve imaginar que a norma analisada em sua essência prescinde do caráter fático e axiológico, por estar sendo considerada em uma dimensão ideal. Uma norma jurídica qualquer, objetivamente analisada, conterá elementos fáticos e axiológicos, regulando uma determinada conduta. Já a norma jurídica considerada abstratamente deve simplesmente possibilitar que estes elementos sejam previstos quando da criação prática de uma norma.

Ressalte-se que estes predicados não perdem sua importância pelo simples fato de não poderem ser qualificados como características. Como possuem uma frequência bastante acentuada nas manifestações dos direitos fundamentais e se ligam à sua aplicação, tais elementos devem ser estudados com muita atenção. Por tal motivo, passaremos a analisá-los a seguir, mas sob o rótulo de atributos, de modo a diferenciá-los das características.

3.1 Historicidade

Não se pode utilizar a historicidade na construção de um conceito analítico dos direitos fundamentais, por não ser ela uma especificidade destes direitos, uma vez que, em verdade, expressa uma realidade comum à própria noção de Direito. Como dito, conceituar significa identificar os elementos essenciais de um objeto que o distingue de outros similares, porém, como a historicidade é um elemento comum a todos os direitos, não atenderá a esta exigência, pois sua ausência não o desconfigurará só como direito fundamental, mas como direito.

Advirta-se, entretanto, que este atributo não é enaltecido no estudo dos direitos fundamentais por acaso. Embora não possa ser apontado como uma característica propriamente dita desse grupo de direitos, é sabido que neles este caráter é mais visível e palpável, posto que têm seu surgimento cercado por eventos históricos bem definidos, ao passo que os demais direitos, em regra, se positivam por um processo histórico mais demorado, quase natural, em razão da repetição cotidiana de atos jurídicos relacionados. Os direitos fundamentais são, em sua maior parte, conquistados mediante reivindicações enérgicas ou mesmo por lutas armadas e o seu reconhecimento importa normalmente no redirecionamento da história.¹⁰

Essa afirmação resta evidenciada pela apreciação da evolução dos direitos fundamentais no âmbito mundial após a segunda metade do século XVIII, em especial com a eclosão da Revolução Francesa, momento em que seu processo de reconhecimento foi eminentemente dinâmico. Neste período, observa-se o surgimento de direitos fundamentais como resposta às agressões perpetradas contra valores elementares do ser humano em determinadas conjunturas históricas.

Sem adentrar no exame mais minucioso do instigante tema da evolução histórica dos direitos fundamentais, observa-se facilmente a relação íntima entre os momentos de instabilidade social e o surgimento dos direitos fundamentais. Lutou-se pela liberdade, em razão do modelo político limitador

¹⁰ A historicidade encontra previsão expressa na Declaração de Viena, fruto da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de 1993, que a aponta como característica dos direitos humanos no seu Item 5 – Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

adotado pelas Monarquias Absolutistas; batalhou-se pela igualdade, diante das disparidades sociais causadas pela Revolução Industrial; combateram-se as ditaduras militares, em busca da democracia; e assim por diante.

O reconhecimento da historicidade permitiu a superação das explicações transcendentais dos direitos fundamentais, o que possibilitou uma nova dimensão de estudo destas normas, agregando às perspectivas axiológicas e racionalistas a visão social e política, de modo que sua própria abrangência foi ampliada. Como principal consequência dessa realidade tem-se a identificação do cunho dinâmico que possuem os direitos fundamentais.

As explicações dadas até o século XVII restringiam os direitos fundamentais a um grupo limitado e estático, mas a concepção histórica permitiu constatar ser essa conclusão equivocada. Com o movimento natural das relações humanas, são desenvolvidas situações juridicamente inéditas, até então sequer imaginadas, e as já existentes podem tomar novas feições ou simplesmente ser abandonadas e esquecidas.¹¹ Assim, fica patente a possibilidade de firmação de novos direitos fundamentais, da alteração dos já consagrados e mesmo do seu desaparecimento. Com base nisto, é possível afirmar que, no futuro, novos direitos venham a se acoplar às dimensões já definidas, ou formar outras, e que os direitos fundamentais já reconhecidos serão renovados, em resposta a novas agressões, mediante um processo paulatino de amadurecimento em uma dialética perene com os acontecimentos históricos.

Portanto, da historicidade extrai-se que o rol dos direitos fundamentais é materialmente aberto, mutável e cumulativo. Diz-se que é aberto, quando susceptível de agregação de novos direitos fundamentais, o que implica ser o rol enumerado em determinada época passível de alteração positiva ou negativa;¹² que é mutável, no sentido de que um direito fundamental reconhecido em uma época assume novas vestes e abrange situações antes não albergadas;¹³ e que é cumulativo, em razão da não exclusão de um direito para o reconhecimento de outro, importando um acréscimo e não uma diminuição.

Essa colocação implica, por outro lado, que a correta compreensão de um direito fundamental só pode ser concebida mediante a análise do contexto

¹¹ Neste sentido são os ensinamentos de José Afonso da Silva (2007, p. 153): “O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos”.

¹² Nas palavras do constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1159), “é um sistema aberto porque tem a estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”.

¹³ Cita-se como exemplo clássico desta mutação o direito à propriedade. Em um primeiro momento, no Estado liberal de direito, era tido como um direito absoluto ou pleno, sem limites ao seu exercício. Com o advento do Estado social passou-se a exigir o atendimento a sua função social. Hoje já é tratado no âmbito de um direito difuso ou coletivo.

histórico em que se apresenta.¹⁴ Nessa análise não deve ser considerada somente o elemento temporal, mas igualmente o caráter espacial, pois os direitos fundamentais não se desenvolvem da mesma forma, nem com a mesma velocidade em locais diversos. Por exemplo, não se pode falar em violação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado quando da extração de pau-brasil no período imperial, momento em que este direito não estava bem delineado. Também não é correta a crítica ao sistema monárquico inglês por pretensão desrespeito ao direito fundamental de representação política direta, previsto no ordenamento brasileiro. Cada direito fundamental deve ser examinado de acordo com seu caráter histórico próprio, devidamente delineado temporal e espacialmente.

Diante disto, conclui-se pela incontestável importância da historicidade no estudo dos direitos fundamentais, apresentando-se como um de seus mais relevantes atributos, a despeito de que não se enquadra como uma característica utilizável no conceito analítico-epistemológico a que se propõe.

3.2 Universalidade

O segundo atributo dos direitos fundamentais é a universalidade. Este termo traduz a ideia de algo geral, de abrangência total, o que pode induzir a uma compreensão errônea de que os direitos fundamentais se destinariam a toda a humanidade. Não obstante, este predicado diz respeito somente às pessoas sob a jurisdição de um determinado Estado, em respeito à soberania de cada país. A matéria, todavia, é cercada de alguma controvérsia, mas nada insuperável.

Muito se discute sobre a necessidade de que todos os Estados reconheçam os direitos essenciais a uma existência digna, mas uma série de fatores impossibilita que isto ocorra. Primeiro cabe mencionar a necessária contextualização sociocultural dos direitos fundamentais, pois cada sociedade deve desenvolver seus direitos segundo as necessidades próprias e de acordo com o contexto axiológico particular. O que é fundamental para um determinado povo poderá não o ser para outro, e se o for, poderá não ter a mesma intensidade.

Diante dessa constatação, é inviável a imposição de um rol preestabelecido, afirmação corroborada pelo conhecido aforismo de que “o direito anda sempre a reboque da sociedade e não à frente dela”.¹⁵ A questão se agrava quando

¹⁴ Como observa Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 121): “Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo em todo o tempo e em todo lugar. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico. O recurso à História se mostra indispensável, para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne melhor compreendido”.

¹⁵ Precisos são os ensinamentos do jurista cearense Francisco Meton Marques de Lima (2001, p. 68): “É importante frisar que a posição de um valor na escala axiológica depende da sua necessidade em determinado tempo e espaço. No campo individual verifica-se a mesma coisa, posto que cada pessoa valoriza aquilo que mais necessita. Assim, em tempo de guerra,

estes assuntos dizem respeito a questões específicas de determinados povos, ligadas intrinsecamente a valores religiosos ou a costumes milenares. Em tais hipóteses, certas práticas apontadas como violadoras de direitos tratam de condutas tão arraigadas ao cotidiano da comunidade que as próprias “vítimas” consentem com os atos.¹⁶

Afastada essa concepção equivocada, por excessivamente ampliada, o atributo pode ser mais bem compreendido. Dentro de um Estado, os direitos fundamentais, previstos em sua Constituição, devem ser universais, ou seja, garantidos a todos independentemente da nacionalidade, raça, condição financeira ou qualquer outra forma de discriminação, e não somente a um determinado grupo de pessoas.

A universalidade encontra amparo no texto constitucional, no *caput* do art. 5º, o qual garante que os direitos fundamentais previstos pela Constituição são a todos assegurados, sem distinção de qualquer natureza. A Constituição prevê especificamente o caso dos estrangeiros, e embora textualmente exija a residência no país, já foi judicialmente garantido, mesmo aos que estejam só em trânsito pelo Brasil.¹⁷

Importante perceber que certos direitos fundamentais são exercidos somente por algumas pessoas que se encontram em situações específicas, como é o caso dos trabalhadores (art. 7º). Essa limitação não afasta a nota da universalidade, pois todos podem vir a exercer esses direitos, ainda que não necessariamente os exerçam.

Não obstante, existem de fato certos direitos que, embora possuam natureza fundamental, não são universais, posto que a própria Constituição ressalva hipóteses nas quais somente certas pessoas podem exercê-los. É o caso dos cargos privativos de brasileiros natos (art. 12, § 3º e art. 89, VII),

o valor predominante é a paz; em tempo de sofrimento e indiferença, os bens mais caros são a solidariedade e a caridade. Hobbes, que fora gerado e vivera na iminência de invasão de seu país, elegeu a *proteção do Estado* como bem mais valioso. Jesus Cristo, num tempo de descrença, pregou a *Fé*; São Francisco, numa era de vaidades, pregou a *humildade*”.

¹⁶ Como exemplo, pode-se referir ao fato das civilizações islâmicas não admitirem a igualdade entre os sexos e de os Estados de organização socialista não admitirem a propriedade privada. Por fim, merece referência a eterna discussão quanto à possibilidade de pena de morte, aborto, eutanásia etc. Muitos países orientais e africanos, comumente acusados de transgredir direitos humanos, alegam em seu favor serem estes ‘direitos humanos ocidentais’, uma vez que não mantêm consonância com os valores culturais por eles adotados, frutos de seu desenvolvimento histórico. Cada sociedade possui suas normas de conduta erigidas sobre modos de pensar e agir próprios, compartilhadas pelos indivíduos e dotadas de significado social particular, não sendo possível a transposição automática de uma norma de um Estado para outro. A própria sociedade tem que desenvolvê-la.

¹⁷ A despeito desta previsão, a própria Constituição faz algumas ressalvas entre direitos ligados diretamente a direitos fundamentais, que só podem ser exercidos por brasileiros: art. 12, § 3º e art. 89, VII (cargos privativos de brasileiros natos); art. 14, §§ 2º, 3º, I, e 4º (não são elegíveis); art. 5º, LII (extradição), e LXXIII (não podem ajuizar ação popular), art. 222 (propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens).

dos não elegíveis (art. 14, §§ 2º, 3º, I, e 4º), extradição (art. 5º, LII), da impossibilidade de ajuizamento de ação popular (art. 5º, LXXIII) e da limitação à propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 222).

Portanto, a universalidade não é um atributo de caráter absoluto, circunstância que não permite considerá-la como uma característica propriamente dita, afastando-a do conceito de direitos fundamentais. Para explicar melhor, se efetivamente fosse uma característica, a limitação do art. 222 da CF/88 descaracterizaria a natureza fundamental do direito vinculado, ou seja, importaria em afirmar que o direito de propriedade não é fundamental.

Destaque-se que essa realidade não diminui a importância do atributo em questão, uma vez que as hipóteses de seu afastamento são reduzidas e só ocorrem em razão de uma ponderação de direitos fundamentais conflitantes, feita previamente pelo próprio constituinte, de modo que quase em todas as hipóteses os direitos fundamentais são universais.

3.3 Indisponibilidade

Diante da essencialidade dos direitos fundamentais e de sua relação com uma existência digna, tais direitos são, em regra, indisponíveis, ou seja, ninguém pode deles se desfazer e sobre eles não podem incidir ações executivas por parte de terceiros. Importa advertir que a doutrina defende existirem hipóteses de exceção com base na autodeterminação, situações que serão, mais a frente, analisadas.¹⁸

Um dos principais fundamentos deste predicado está no caráter transindividual da dignidade humana, pois ele engloba não só o interesse do titular do direito, mas de terceiros individualizáveis e da coletividade. Implica dizer que o desrespeito à dignidade não atinge somente o indivíduo ofendido, mas a própria pessoa humana, de modo que a lesão deste princípio fundamental abala toda a sociedade. Dessa forma, se uma pessoa se coloca propositadamente em situação indigna, mediante a disposição de um direito fundamental, não viola somente um direito seu, o que já justificaria a indisponibilidade, mas afronta, também, a dignidade de todos os que tomam conhecimento do fato.

A indisponibilidade dos direitos fundamentais deve ser analisada de maneira ampla, de forma que não podem sobre eles incidir atos de disposição de qualquer natureza, seja jurídica ou material. Nessa esteira, para uma melhor compreensão deste atributo, a doutrina subdividiu a indisponibilidade em *inalienabilidade* e *irrenunciabilidade*.

¹⁸ Sobre a existência de direitos fundamentais disponíveis, adverte Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 123): “Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana, a esta se vincula a potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis”.

3.3.1 Inalienabilidade

A primeira espécie, a inalienabilidade, versa sobre vedação da realização de negócios jurídicos que tenham por objeto direitos fundamentais. O fundamento dessa proibição está na ausência de natureza econômico-patrimonial em tais normas, o que implica a insuscetibilidade de transmissão de sua existência ou exercício, seja ela onerosa ou gratuita. Como consequência prática e imediata deste atributo, tem-se a nulidade absoluta dos contratos firmados em virtude da ilicitude do objeto.

Ressalte-se que é irrelevante a natureza do contrato, seja ele de compra e venda, troca ou permuta, doação, locação etc. Em todos estes casos, o titular do direito fundamental não estará obrigado a adimplir a avença e contra ele não poderão se realizar quaisquer atos de execução forçada. Daí falar-se que estes direitos também gozam de impenhorabilidade, insequestrabilidade e incompensabilidade, etc.

Como hipóteses de eventuais tentativas de negociação de direitos fundamentais, é possível citar, por exemplo, contratos sobre a integridade física (art. 5º, XLIX), através dos quais se vende um órgão para transplante ou se estabelece a vinculação de um contrato de trabalho à esterilização irreversível. Como dito, ambas as situações são totalmente nulas, nelas não se pode invocar o princípio da *pacta sunt servanda*, ou aplicar sanções contratuais pelo seu descumprimento, como multas, retenção de valores pagos, entre outras.

Como é de se imaginar, esta qualidade não possui caráter absoluto. Em algumas situações específicas, em que o negócio jurídico atinge, por um curto período de tempo, apenas parcialmente determinados direitos fundamentais, o Judiciário entende inexistir ilegalidade em tais contratos. É o caso dos conhecidos *reality shows*, nos quais os participantes ficam privados de sua liberdade de locomoção (art. 5º, XV) e de sua intimidade (art. 5º, X) durante o programa.

Cumpra destacar que a inalienabilidade não impede somente que os direitos fundamentais assumam a figura de objeto do contrato, como nos casos antes referidos, mas abrange também a impossibilidade de serem dados como garantia à execução de um contrato que possua um objeto lícito. Neste caso, o contrato é plenamente válido, mas executável pelas formas ordinárias, pois sua garantia é nula.

Colhe-se da literatura mundial um conhecido caso que bem exemplifica uma garantia contratual desta natureza. Na obra Shakespeariana intitulada “O Mercador de Veneza”, dois de seus personagens pactuam, como garantia de um empréstimo, o direito do credor retirar uma “tira de couro” das costas do devedor, que se salva da mutilação, no último segundo, ao argumentar que no acordo não havia menção a sangue, limitação que impossibilita o corte. Contratos com disposições similares, que estabeleçam privações de direitos fundamentais como restrição à liberdade, exposição ao ridículo, ou violações à integridade física são totalmente inadmissíveis em nosso ordenamento.

Tal vedação, como as anteriores, também não é absoluta. Existem hipóteses em que se admite a penhorabilidade do bem de família, relativizando um instituto criado para garantir o direito fundamental à moradia. A jurisprudência já pacificou o entendimento de que é possível a penhora do bem de família como forma de garantir a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação e em razão de débitos provenientes do próprio imóvel, valores relacionados ao IPTU e às obrigações condominiais.

3.3.2 Irrenunciabilidade

O segundo caso de indisponibilidade diz respeito à irrenunciabilidade, que retrata a disposição unilateral e voluntária, parcial ou total, do conteúdo material ou do exercício de um direito fundamental. Neste caso, o titular do direito declara expressamente a vontade de se desfazer dele, ou de não aceitá-lo, independente do concurso de outra vontade para a produção do resultado. Esta hipótese se distingue da anterior por não envolver uma transação jurídica, mas simples abandono do direito por seu titular, sem o transferir ou beneficiar a outrem.

Tal circunstância, na maioria das vezes, é igualmente vedada pelo ordenamento jurídico, uma vez que extrapola, da mesma forma que nas hipóteses anteriores, a esfera individual, e viola a dignidade de outras pessoas. Logo, se a renúncia importar em um ato jurídico, o mesmo é nulo e sem efeitos individuais ou perante terceiros. Esta qualidade é comum às espécies de direitos fundamentais. Assim, embora algumas hipóteses de proibição de renúncia a direitos fundamentais tenham ganhado previsão expressa no ordenamento, a positivação não é indispensável ao seu reconhecimento.

Os mais comuns exemplos de renúncia a direitos fundamentais envolvem relações de trabalho, de modo que sua vedação, inclusive, encontra amparo legal no art. 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Essa proteção especial originou-se da necessidade de defesa dos operários que laboravam em condições subumanas, teoricamente com seu consentimento, por haverem renunciado aos seus direitos básicos frente aos empregadores. Embora seja a hipótese mais frequentemente citada, não é a mais elucidativa, já que a disposição ocorre por pressão de terceiro e por razões econômicas, o que se encaixa no conceito de alienação e não de renúncia.

As greves de fome, normalmente cercadas por motivos políticos; os casos de autoflagelação, comuns em alguns cultos religiosos; as recusas de tratamentos médicos, como a transfusão de sangue por testemunhas de Jeová; além dos casos de eutanásia, distanásia ou ortotanásia consentidas, podem ser citadas como situações que melhor exemplificam a renúncia de direitos fundamentais, além de realçar a polêmica que normalmente a cerca.

Na grande maioria dos casos, a irrenunciabilidade encontra-se cercada por severas controvérsias, que se tornam mais complicadas pelo fato de a disposição de um direito fundamental estar fundamentada na execução de outro. Nos casos acima citados, observa-se que a renúncia à integridade

física (art. 5º, XLIX) e à própria vida (art. 5º, *caput*) se “justificam” na liberdade de manifestação (art. 5º, IV) ou na proteção das liturgias religiosas (art. 5º, VI). Em alguns casos, somente com a intervenção judicial é possível determinar qual direito deve prevalecer, e a eventual ratificação jurídica dessas hipóteses deixa claro que o atributo em comento também é relativo.

3.4 Imprescritibilidade

O exercício dos direitos fundamentais não é prejudicado pela inércia de seu titular, o que implica que sua eficácia continua plena mesmo após um longo período sem exercê-lo.¹⁹

Exemplificando, para uma melhor compreensão: uma pessoa idosa que foi testemunha de determinada ilegalidade, perpetrada continuamente desde sua infância, não tem o seu direito fundamental à livre manifestação do pensamento prejudicado pelo fato de ter permanecido silente até aquele momento. Nada a impede de se manifestar sobre o acontecimento. Na mesma linha, determinado indivíduo que se manteve ímpio por quase toda a vida, não possuindo qualquer tipo de fé ou religião, não tem obstado seu direito a crença e/ou a culto. A qualquer tempo, pode ele abandonar o ateísmo e aderir a uma religião.

Alguns direitos fundamentais, entretanto, possuem certas peculiaridades que sofrem limitações em seu exercício com o decorrer do tempo, circunstância que demonstra não ser o atributo um elemento constante. É o caso da previsão constitucional do direito a indenização por danos decorrentes da violação do direito fundamental à intimidade (art. 5º, X) e do direito de propriedade, na hipótese de utilização da propriedade particular por autoridade pública no caso de perigo iminente (art. 5º, XXV), que deve ser pleiteada no prazo delimitado pelo Código Civil, sob pena de perda da pretensão. Em tais hipóteses não há que se falar em prescrição do direito fundamental à intimidade e de propriedade, o que caduca é a pretensão reparatória para aquela violação específica, que também possui caráter fundamental.

Outro exemplo importante de direito fundamental afetado pelo tempo é a delimitação do período de privilégio exclusivo sobre os inventos industriais (art. 5º, XXIX). Neste caso, também, não se pode apontar prescrição do direito fundamental à propriedade intelectual, que poderá ser exercido a qualquer tempo. O que se perde com o transcurso do tempo é o gozo restrito dos benefícios do invento, em face do interesse público sobre este.

¹⁹ Neste sentido é a doutrina de José Afonso da Silva (2007, p. 185): “O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição”.

Portanto, afastadas algumas situações específicas, observa-se que os direitos fundamentais têm como importante atributo a imprescritibilidade, garantindo aos seus titulares a liberdade no exercício, independentemente de questões temporais.

4. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

Descartados os atributos que não podem ser considerados características dos direitos fundamentais, importa agora estabelecer quais as propriedades que efetivamente são essenciais a todo e qualquer direito fundamental.

A identificação das características essenciais dos direitos fundamentais revela uma complexidade extra diante da atual realidade teórica da matéria. As propostas doutrinárias acerca dos direitos fundamentais vêm se multiplicando em uma velocidade vertiginosa, o que é justificável diante do momento de construção de sua teoria. Contudo, a diversidade de pensamentos e posicionamentos parece multiplicar-se ao invés de convergir para um sentido comum como era de se esperar. Para evitar essa barreira epistemológica deve-se atentar aos ensinamentos modernos, sem, no entanto, olvidar dos escólios clássicos.

Na busca de uma matriz teórica forte, observa-se a lição de Paulo Bonavides (2002, p. 514), que propõe duas acepções não excludentes dos direitos fundamentais, uma primeira, consoante às lições de Hesse, de caráter material, segundo a qual seriam eles os direitos destinados a “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” e outra, de cunho formal, pela qual “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

O professor Paulo Bonavides, de forma direta e concisa, apontou duas características essenciais aos direitos fundamentais. A primeira diz respeito ao vínculo do direito com a existência digna da pessoa humana e a segunda, com sua previsão no texto constitucional, conforme essa qualificação, referidas pela doutrina, respectivamente, como fundamentalidade material e fundamentalidade formal.

Como se sabe, nenhuma destas duas perspectivas de análise representa inovação no estudo do tema, tratando-se, na verdade, de assunto abordado por muitos constitucionalistas e que tiveram suas primeiras manifestações pelo menos no ano de 1791, por ocasião de Emenda IX à Constituição dos Estados Unidos.

O que se propõe neste estudo é adotar estes aspectos formal e material como elementos essenciais para construção de um conceito analítico de direitos fundamentais, por entendermos que, ausente qualquer uma deles, o direito perde esta qualificação especial.

Importa ressaltar que a utilização da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material para a definição do conceito dos direitos fundamentais não é muito comum e que mesmo entre os autores que enfrentam o tema com

mais profundidade é possível observar divergência sobre a essencialidade de ambas as manifestações, existindo quem defenda a existência de direitos fundamentais que possuem somente o aspecto formal ou o material.²⁰

Passemos a analisar o tema de modo mais detalhado.

4.1 Fundamentalidade Material

A noção de fundamentalidade material está ligada ao conteúdo dos direitos fundamentais. Assim, para identificar de maneira objetiva esta característica impõe-se definir a substância que é comum a todos os direitos fundamentais.

Em verdade, não será possível encontrar um elemento concreto que permita um raciocínio totalmente objetivo, motivo pela qual o caráter material dos direitos fundamentais precisa ser complementado por um aspecto formal. No entanto, é preciso identificar um conteúdo base mais firme e aceito para minimizar as discussões que precedem a análise da fundamentalidade formal.

Uma proposta mais ampla procura identificar essa matéria própria dos direitos fundamentais em uma noção geral dos valores constitucionais ou, de modo mais abstrato, em um valor social predominante.²¹ Tais posições possuem uma margem de subjetividade muito elevada, contribuindo pouco para a solução de divergências específicas sobre o caráter fundamental de algum direito.

A posição doutrinária mais consistente, e que encontra maior aceitação, remete ao caráter material dos direitos fundamentais ao valor básico conduzido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois nele se encontra a substância valorativa elementar corporificada em todas estas normas, ou seja, ele é o ponto de convergência axiológica dos direitos fundamentais.²²

Este princípio redireciona a ordem de prioridades de uma sociedade, de modo que o homem passa a assumir o *status* de fim último do Estado e sua existência digna é elevada à categoria de valor mais fundamental,

²⁰ Somente para exemplificar é possível citar o jurista português Jorge Miranda que defende a existência de direitos fundamentais em sentido unicamente material (2012, p. 9): “todos os direitos fundamentais sem sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”.

²¹ Jorge Miranda identifica essa concepção ampla e sua dificuldade (2012, p. 10): “(...) trata-se também dos direitos resultantes da concepção de constituição dominante, da ideia de direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossível, poderá julgar-se que tal concepção, tal ideia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto”.

²² Assim também entende Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES, 2002, p. 116): “De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça”.

condicionando as decisões básicas do Estado e da Sociedade.²³ Analisando, a *contrario sensu*, o indivíduo somente terá sua dignidade respeitada se seus direitos fundamentais forem efetivados.²⁴

Advirta-se que a dignidade humana se manifesta não somente em uma acepção geral, como eixo axiológico das normas de direito fundamental, mas possui, concorrentemente, uma conotação específica, figurando como direito fundamental propriamente dito. Assim, se uma pessoa é submetida a situações que a reduzam a uma condição de indignidade, mas que aparentemente não violam nenhum dos direitos expressamente previstos no rol do art. 5º da Constituição, ainda assim lhe será assegurada a proteção estatal em respeito ao direito fundamental da dignidade humana.

Como não poderia ser diferente, este entendimento não está imune a críticas. A mais comum insurgência contra essa colocação consiste na existência de direitos fundamentais que supostamente não possuem ligação direta com o princípio da dignidade humana.²⁵ Não se pode negar que efetivamente existem dispositivos no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 que somente mantêm ligação indireta ou de segundo grau com o princípio da dignidade humana. Esta prática se coloca na contramão da evolução da teoria dos direitos fundamentais, pois iguala estes direitos a outros de importância valorativa secundária, o que pode comprometer a noção de preponderância que devem possuir os direitos materialmente fundamentais.²⁶

No entanto, entendemos que a maioria das críticas neste sentido envolve muito mais uma subjetividade interpretativa que um vício apto a afastar deste princípio o caráter de vértice dos direitos fundamentais.²⁷ A qualificação de um determinado direito como materialmente fundamental, ou seja, a averiguação

²³ Sobre este aspecto, defende Robert Alexy (2008, p. 522): “Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da Sociedade”.

²⁴ No mesmo sentido é a doutrina de Ana Paula de Barcelos (2008, p. 128): “De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

²⁵ Assim refere Ingo Sarlet (2005, p. 110): “De outra parte, e aqui centramos a nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. Não pretendendo polemizar especificadamente as diversas hipóteses que aqui podem ser referidas, reportamo-nos, a título meramente exemplificativo, ao art. 5º, incs. XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como ao art. 7º, incs. XI, XXVI, XXIX, sem mencionar outros exemplos que poderiam facilmente ser garimpados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais”.

²⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho se coloca no mesmo sentido (2009, p. 102): “A proliferação de direitos fundamentais meramente formais tem o duplo inconveniente de desvalorizar os verdadeiros direitos fundamentais e de trivializar a noção”.

²⁷ Sobre esta colocação, manifesta-se Paulo Gustavo Gonet Branco nos seguintes termos (MENDES, 2002, p. 116): “É reconhecido que discernir num determinado direito a nota da fundamentalidade material encerra atividade marcada pela subjetividade do intérprete”.

de sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, abrange certa discricionariiedade, principalmente quando de uma análise casuística, hipótese em que cada indivíduo quer atribuir a importância de fundamental a seu direito.

O catálogo especificado na Constituição não deve ser alvo de críticas segundo tais argumentos, pois ele foi determinado pelos representantes do povo em Assembleia Nacional Constituinte, circunstância que lhes garante legitimidade maior que a atribuída a qualquer posição doutrinária ou jurisprudencial isolada. Em outras palavras, os direitos que a própria Constituição declara expressamente como fundamentais não devem encontrar barreiras à sua qualificação como tal, em discussões sobre sua fundamentalidade material, ainda que para alguns se tratem de normas só formalmente fundamentais, pois, pela análise do constituinte, esses direitos possuem uma importância axiológica maior que impõe sua diferenciação.

Concluindo, para que seja possível destacar determinados direitos e atribuir-lhes um status especial, é necessário que eles possuam uma importância substancial para o ordenamento, seja por expressarem os valores mais caros da sociedade ou por tratarem das condutas mais relevantes. A diferenciação dos direitos fundamentais não está somente no patamar hierárquico privilegiado que encontram no ordenamento jurídico, por estarem amparados na Constituição, mas se destacam mesmo entre outras normas constitucionais pela importância material que possuem.²⁸

Esta é uma das características dos direitos fundamentais, pois está agregada à sua essência, compõe, de maneira indissociável, a própria qualificação do direito como fundamental, de forma que, se ausente, desnatura sua qualidade fundamental.

4.2 Fundamentalidade Formal

Paralelamente à fundamentalidade material está a fundamentalidade formal, igualmente indispensável para a caracterização de um direito como fundamental, já que reflete, na mesma medida, uma característica essencial deste grupo de direitos.

Como se observou da discussão expressada no tópico anterior, a fundamentalidade material carrega em si uma carga elevada de subjetividade, ante a dificuldade de identificação das normas que se vinculam ou não

²⁸ Na mesma linha, é o escólio de José Afonso da Silva (2007, p. 182) ao conceituar direitos fundamentais em sua análise material, indicando referirem-se a: "(...) princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; e fundamentais do *homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados".

diretamente à dignidade da pessoa humana. De modo que seria possível afirmar que praticamente todas as normas constitucionais, inúmeras normas infraconstitucionais e, ainda, diversas normas previstas em tratados internacionais possuem a fundamentalidade material. Mas isto não é suficiente para que elas adquiram o *status* de direito fundamental, exige-se a presença desta segunda característica, de cunho mais objetivo.

As normas jurídicas ligadas diretamente à dignidade humana, para gozarem do *status* de direito fundamental, devem encontrar guarida no texto constitucional, de modo a manter-se no ápice do ordenamento jurídico, pois só assim podem vincular a atividade dos poderes públicos e dos particulares e irradiar seu conteúdo nas disposições normativas infraconstitucionais.²⁹

Por consequência, uma norma infraconstitucional, ainda que diretamente ligada ao princípio da dignidade humana, não possuirá a natureza de direito fundamental, por carecer da necessária hierarquia superior na estrutura escalonada do ordenamento jurídico. Igualmente uma norma de direito natural ou de direito humano prevista em estatuto normativo desvinculado do ordenamento brasileiro ou de legislação internacional só assumirá a condição de direito fundamental após sua incorporação pela Constituição. Esta exigência revela-se inclusive como um dos critérios de distinção entre tais normas.³⁰

A postura aberta adotada atualmente pela doutrina, principalmente após a superação do positivismo jurídico extremado, pode induzir a um entendimento equivocado. Cada vez mais o caráter material dos direitos fundamentais é priorizado, restando para o aspecto formal uma posição secundária e, para alguns, até dispensável. Tal afirmação não condiz à realidade, por desvirtuar a própria noção de direito fundamental.³¹

Muitos se ressentem com esta colocação, imaginando revelar uma tendência limitativa e formalista que caminha na contramão do desenvolvimento dos direitos fundamentais. Em verdade, a defesa da fundamentalidade formal representa imposição da lógica e coerência teórica.

²⁹ Na mesma linha é o pensamento de Robert Alexy (2008, p. 520): “A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”.

³⁰ Sobre o tema, adverte Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 125): “Essa distinção conceitual não significa que os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incommunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem, no seu catálogo de direitos fundamentais, direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais”.

³¹ Neste sentido, defendem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 55): “Assim, não é possível concordar com uma definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não dependeria da força formal constitucional e sim de seu conteúdo. Com efeito, não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e ‘fundamental’ que seja seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”.

A exigência de amparo constitucional não enfraquece os direitos fundamentais, mas, ao contrário, lhes garante maior força. A desconsideração da fundamentalidade formal acarreta a banalização dos direitos fundamentais, pois nessa linha se torna viável a defesa do caráter fundamental de todo e qualquer direito.³² Todavia, se todos os direitos forem tratados como fundamentais, elimina-se a razão do tratamento diferenciado que se pretendia dar àquele grupo específico de direitos essenciais que efetivamente se mostra indispensável a uma existência digna. Portanto, a fundamentalidade formal é indispensável.

Isso não importa em uma limitação rígida do rol dos direitos fundamentais, pois existem mecanismos de atribuição a outros direitos que não estejam previstos no rol atual. Inicialmente é possível mencionar a emenda constitucional, meio pelo qual foi incorporado, por exemplo, o princípio da razoável duração do processo, mediante a inclusão do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Mas nem toda fundamentalidade formal implica em necessária previsão expressa do direito no texto constitucional. Afastando a confusão comumente imaginada, é possível atribuir fundamentalidade formal a normas materialmente fundamentais encontradas fora da Constituição.

Em Constituições escritas e analíticas, como a brasileira, o melhor seria que todas as normas que possuíssem o caráter materialmente constitucional encontrassem amparo na Carta Política, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, contudo, isto não ocorre. Esta realidade não expressa um equívoco dos constituintes, muito menos uma peculiaridade do ordenamento nacional, mas uma decorrência lógica da inexauribilidade e mutabilidade inerentes a esses direitos, que são extremamente dinâmicos e indiscutivelmente inesgotáveis.

Diante desta realidade, a Constituição prevê a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, presente nos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, a qual permite que estas normas sejam extraídas do regime, dos princípios por ela adotados e de tratados internacionais. Abstraindo toda a complexa discussão que cerca a aplicabilidade dessas normas, por imposição dos limites deste artigo, cita-se como exemplo os direitos das pessoas portadoras de deficiência, previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi incorporado ao ordenamento com *status* de normas de

³² É o que adverte George Marmelstein (2008, p. 16-17): “Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é fundamental. Há quem se considere titular de um direito fundamental de andar armado. Há quem defenda a existência de um direito de manifestar idéias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a ‘ficar doidão’. Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão *direito fundamental*”.

direitos fundamentais, com a aprovação do Decreto Legislativo nº 186, de 8 de julho de 2008.

Esta previsão, que garante aos direitos fundamentais um caráter materialmente aberto, não afasta a fundamentalidade formal, pelo contrário, a confirma, visto que só são admitidos por disposição explícita ou por acolhimento via cláusula de abertura da própria Constituição.³³ Isto implica afirmar que, mesmo nestas hipóteses, só é direito fundamental o que a Constituição define como tal.

Cabe considerar, ainda sobre este assunto, que, segundo a doutrina³⁴, a fundamentalidade formal se manifesta não só pela sua necessária previsão constitucional, mas, também, por garantir aos direitos fundamentais a segurança de cláusula pétrea (§ 4º do art. 60 da CF/88), que assegura a permanência deles no ordenamento, e por gozarem de aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º da CF/88), viabilizando sua maior efetividade.

Assim, identificou-se a segunda, e última, característica dos direitos fundamentais.

5. CONCEITO

Tomando por base tudo o que foi apresentado, é possível construir um conceito analítico-epistemológico de direitos fundamentais que abstrai questões meramente existenciais, como estrutura normativa, eficácia, efetividade, surgimento, titularidade, finalidade etc. Além disso, viabiliza-se o afastamento de atributos, que embora importantíssimos, também não refletem a essência dos direitos fundamentais, como historicidade, inexauribilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e universalidade.

Assim, de forma concisa, os direitos fundamentais são aqueles que possuem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material) e que são admitidos pela Constituição como tais (fundamentalidade formal).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que foi dito, pode-se afirmar, a título de conclusão, que efetivamente existe uma divergência doutrinária sobre a definição técnica dos direitos fundamentais, imprecisão científica que, de tão basilar, reflete negativamente no estudo de temas mais aprofundados.

³³ Sobre o tema, Ingo Sarlet (2005, p. 89): “Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)”.

³⁴ Observação esta que é feita, por exemplo, por Gomes Canotilho (2003, p. 379) e Ingo Sarlet (2005, p. 86-87).

Verificou-se que esta problemática tem início na própria terminologia utilizada para designar este grupo de direitos, em face da utilização de nomenclaturas inapropriadas. E concluiu-se que, para evitar problemas desta ordem, não se pode confundir direitos fundamentais com definições de meras classificações, nem com institutos similares como “direitos humanos”, “direitos naturais”, “direitos de personalidade”, “princípio jurídico” etc.

Observou-se que para a superação dos obstáculos é forçoso socorrer-se a epistemologia em busca de um direcionamento da atividade conceitual. Nessa análise, se inferiu ser necessário identificar as características essenciais dos direitos fundamentais que estivessem presentes em todas as suas manifestações para, com base nelas, construir o conceito.

Com esteio nessa premissa basilar, inicialmente foram identificados os mais importantes predicados dos direitos fundamentais que, no entanto, não se enquadravam na definição de característica, ante a desvinculação com a essência dos direitos fundamentais, ou por hipóteses de não manifestação em determinados casos, ou por ausência de uma proposta uníssona. Restando demonstrado que atributos como a historicidade, inexauribilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e universalidade não compõem o conceito de direitos fundamentais.

Por fim, numa apreciação mais técnica, constatou-se que somente a fundamentalidade material, ou seja, a ligação direta do direito com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e a fundamentalidade formal, relacionada à atribuição de *status* especial pela Constituição Federal, compõem o conceito de direito fundamental. De modo que são direitos fundamentais aqueles que possuem a fundamentalidade material e a fundamentalidade formal.

Com certeza, a proposta ora apresentada não resolve em definitivo os infundáveis questionamentos que cercam a riquíssima e nebulosa problemática da conceituação dos direitos fundamentais, mas serve, ao menos, para amadurecer as incertezas e instigar os questionamentos para a contínua e interminável evolução da temática, instigando aqueles que se debruçarem sobre este texto a pensar um pouco mais sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Livraria Almeida, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Humanos Fundamentais*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RCS, 2005.
- GONÇALVES, Flávio J. M. Notas para a Caracterização Epistemológica da Teoria dos Direitos Fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis S. (Coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LIMA, Francisco Meton Marques. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor"*. Fortaleza: ABC, 2001.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. 9. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1-2.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.