

Direitos humanos fundamentais na constituição de 1988

Renata Cedraz Felzemburg¹

Resumo

O presente artigo se propõe contribuir para uma reflexão sobre a importância da Constituição de 1988 e seu respaldo aos direitos humanos no Brasil. Para tanto, a autora tece considerações sobre a origem e embasamento dos direitos fundamentais, sua aplicabilidade e eficácia na Constituição de 1988, abrangendo algumas questões consideradas relevantes para compreensão do tema. Trata-se, segundo a autora, de uma síntese sem pretensões conclusivas, o que seria inviável, dada a complexidade e riqueza de abordagens que o assunto requer.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Constituição brasileira. Eficácia. Aplicabilidade.

1 Introdução

Objetivando facilitar a análise sobre os direitos fundamentais no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, far-se-á uma divisão na apresentação do trabalho, abordando os seguintes aspectos: origem e fundamentação dos direitos fundamentais sua classificação e características; a eficácia e aplicabilidade desses direitos no Brasil na atual Constituição e, por fim, apontará considerações sobre a Carta de 1988.

Não se pretende aqui, esgotar esse assunto, o qual é bastante amplo e complexo, tendo em vista a gama de informações que o tema dos direitos fundamentais possui. As doutrinas nacional e estrangeira registram infinidades de textos jurídicos

¹ Procuradora Federal, especialista em Direito do Trabalho, aluna especial do curso de mestrado em Direito das Relações Internacionais.

que traduzem teorias e concepções diversificadas, o que dificulta sobremaneira um apanhado sobre as considerações que se mostram relevantes para o presente estudo. Tal afirmação justifica ainda, a predileção pela doutrina nacional, haja vista que a necessidade de síntese do trabalho impõe um estudo mais voltado para os autores que se debruçaram mais especificamente sobre a Constituição Federal do Brasil.

Vale ressaltar que as dificuldades encontradas se apresentaram como um estímulo à pesquisa, na qual tentou-se registrar as questões reputadas como mais importantes para compreensão do tema estudado.

Enfim, esse artigo é um convite para a reflexão sobre a importância da Carta de 1988, para os direitos humanos no Brasil.

2 Direitos fundamentais²

Os direitos fundamentais codificados nas Constituições dos países ocidentais surgiram da necessidade de se limitar e controlar eventuais abusos do poder

² A terminologia adotada nesse artigo guarda sintonia com o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 34), que assim explica sua opção: “Em primeiro lugar, ainda mais se considerando que o objeto deste trabalho é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais a luz do direito constitucional positivo, há que levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do título II se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies e categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos direitos políticos (Capítulo V). Cumpre salientar ainda, que estas categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com os parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como direito de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva), bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais [...]. No que diz respeito ao uso da expressão “direitos fundamentais”, cumpre lembrar que o nosso Constituinte se inspirou principalmente na lei fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.”

estatal, com o objetivo de proteger a esfera individual do cidadão das ingerências indevidas do Estado.

Cite-se a exposição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca da limitação do poder frente aos direitos fundamentais:

Enfim, os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto se preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles. Define esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o estado. E limitando o poder, deixam de fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade (FERREIRA FILHO, 2008, p. 6).

José Afonso da Silva (2001, p. 76) faz um registro importante a respeito da inspiração e fundamentação dos direitos fundamentais do homem:

A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direitos. Fundada na insuficiência e restrita concepção das liberdades públicas, não atina com a necessidade de envolver nessa problemática chama também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chama brevemente direitos sociais. Temos, pois, que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração às declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras a beberam no cristianismo e no jus naturalismo sua idéia de homem abstrato. Mas não é uma observação correta, esta de atribuir ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo. Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram,

elas surgiram, conjugando-se, por condições objetivas e subjetivas para sua formação.

Os direitos fundamentais do homem são frutos do conjunto de condições históricas e ideológicas que, somadas, fizeram surgir Constituições escritas que contemplavam as declarações desses direitos, como proteção do homem contra o arbítrio e abuso do poder político.³ (SILVA, 2007, p. 177-178).

Mesmo se esquivando da discussão tão importante acerca da fonte dos direitos humanos, sem filiação às doutrinas jusnaturalistas, que justificam tais direitos na própria natureza humana, nem na doutrina legalista, que encontram na lei a sua fonte, pode-se assinalar que os direitos fundamentais do homem ao longo da história se apresentam de forma facetada.

Com efeito, ao imaginar-se os direitos fundamentais humanos como um prisma iluminado pelos raios solares, e que esses raios são as condições históricas e ideológicas vividas por determinada sociedade em determinado contexto, verifica-se que o seu reflexo e luminosidade podem ser alterados.

Na sociedade ocidental do século XVIII, em decorrência da ideologia liberal e do absolutismo monárquico, se fazia necessária a proteção das liberda-

³ Em relação às declarações do século XVIII, condições históricas: i) a contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova, tendente à expansão comercial e cultural e condições ideológicas; ii) o pensamento cristão primitivo, baseado na dignidade da pessoa humana, porque o homem é formado à imagem e semelhança de Deus, o cristianismo do séc XVIII afirma o monarca no poder, pois esse poder era vontade divina; iii) a doutrina do direito natural do séc XVII e XVIII, de natureza racionalista, fundada assim, na natureza racional do homem; iv) o pensamento iluminista, sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exala dessas primeiras declarações dos direitos dos homens. Novas condições históricas: i) industrialização, proletariado, domínio da burguesia capitalista, essas novas condições fundamentam a origem dos direitos econômicos e sociais. Novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais: i) o manifesto comunista e doutrinas marxistas; ii) a doutrina social da igreja, a partir do papa Leão XIII, evoluindo para uma igreja dos pobres que aceita os postulados sociais marxistas; iii) o intervencionismo estatal, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas, mediante prestações positivas.

des individuais contra as investidas do Estado. O direito de liberdade, naquele determinado contexto, era a face do prisma dos direitos fundamentais mais iluminado.

No final do século XVIII, o mundo ocidental, diante das crises econômicas e sociais, clamou pelo reconhecimento dos direitos sociais, exigindo prestações positivas por parte do Estado para fazer valer os direitos trabalhistas, previdenciários, à saúde, à moradia, etc. Nota-se que, nesse viés, o prisma passa a ser iluminado de forma mais abrangente e por outro ângulo, refletindo, também, o direito de igualdade.

Nesse sentido, observa-se que a gama dos direitos humanos se expande numa dada sociedade à medida da sua evolução, na proporção da percepção das suas necessidades, passando, no decurso da história, de uma visão individualista para uma visão coletiva. No mundo contemporâneo, a exigência pelo equilíbrio ambiental e o bem estar de todos os seres humanos, permite a valorização da solidariedade, efetivação dos direitos à paz, ao progresso, ao meio ambiente saudável, ao patrimônio comum do povo etc. Apontando as gerações dos direitos fundamentais, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 57) explica:

O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à aplicação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos de todas as raças e nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira -, a dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, observa-se que a gama dos direitos humanos se expande numa dada sociedade à medida da sua evolução, na proporção da percepção das suas necessidades, passando, no decurso da história, de uma visão individualista para uma visão coletiva.

Não obstante, cumpre frisar que o direito iluminado em cada parte da história não se apaga com a iluminação do outro direito, isto é, o direito à liberdade não deixou de existir pela valorização do direito de igualdade, assim como este não perdeu a sua importância com a relevância do direito de solidariedade. Em verda-

de, todas as dimensões desses direitos coexistem porque se completam e formam uma gama única, os direitos fundamentais, o grande prisma⁴ (PIOVESAN, 2006).

2.2 Classificação dos direitos fundamentais

Nesse tópico será abordada a classificação dos direitos fundamentais mais apontados na doutrina, embora seja útil registrar que os autores divergem entre si e utilizam terminologias variadas para tratar do mesmo tema.

As classificações abaixo descritas traduzem uma síntese do que seja considerado necessário para compreensão do assunto em pauta (FERREIRA FILHO, 2008).

Pode-se ter uma classificação de acordo com o titular do direito fundamental:

direitos individuais – aquele cujo titular é a pessoa física ou um ente personalizado;

direitos de grupos – consiste uma agregação de direitos individuais com uma origem comum;

⁴ Essa idéia vai de encontro ao pensamento exposto por Antônio Augusto Cançado Trindade, no trecho do seu texto de apresentação do livro *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* escrito por Flávia Piovesan. Ele afirma que “a noção simplista das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da ‘sucessão geracional’ pareceria supor, os direitos humanos não se ‘sucodem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedidos os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos. Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e. g. os direitos econômicos e sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos Humanos”.

direito coletivo é o transindividual de natureza indivisível, cujos membros de uma coletividade estão vinculados por uma relação jurídica base;

direito difuso – é o transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.⁵

Classifica-se também, conforme o objeto dos direitos fundamentais:

liberdades – são poderes de fazer e não fazer, como por exemplo, a liberdade de ir e vir; direitos de crédito são poderes de reclamar alguma coisa; direitos de situação – são poderes de exigir um *status*. Seu objeto é uma situação a ser preservada ou restabelecida. direitos-garantia subdividem-se em direitos a garantias-limite e direitos a garantias instrumentais. Os primeiros são poderes de mobilizar a atuação do Estado, em especial do Judiciário, em defesa de outros direitos; os segundos são poderes de exigir que não se façam determinadas coisas (FERREIRA FILHO, 2008, p. 106).

2.3 Características

As características dos Direitos Fundamentais indicam os traços distintivos das normas que os disciplinam frente às demais normas constitucionais; nesse sentido, a apresentação desse tópico é relevante para o estudo em pauta.

⁵ A classificação apontada está positivada no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste artigo, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Alguns caracteres postos na doutrina serão apresentados, salientando-se, entretanto, que não se trata de rol exaustivo, até porque, tais características podem sofrer alterações conforme o contexto histórico e cultural onde esses direitos estão inseridos (MENDES et al., 2007).

José Afonso da Silva afirma que esse tema foi desenvolvido utilizando as concepções jusnaturalistas, de onde emanou a tese de que tais direitos são *inatos, absolutos, invioláveis (intransferível) e imprescritíveis* (SILVA, 2007, p. 184-185).

Verifica-se que não é completamente apropriada a afirmação de que os direitos fundamentais são absolutos e universais; tais características devem ser compreendidas em termo:

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade do ser humano constitui situação suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens como direito à vida e há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo (MENDES et al., 2007, p. 230).

Portanto, existem direitos fundamentais que não são destinados a todos os indivíduos da coletividade, mas a determinados sujeitos que gozam de certa condição jurídica, porém, não é menos verdade que há direitos fundamentais que se destinam a todos os homens, independente de sua condição; conforme dito, o direito à vida, é um exemplo clássico. Conclui-se que não são todos os direitos fundamentais que gozam do status da universalidade.

A afirmação de que os direitos fundamentais são absolutos, merece também, ser relativizada. Há de se observar que diante da vida social os aparentes conflitos envolvendo esses direitos são inevitáveis, porém é necessário considerar a observação Gilmar Mendes (2007, p. 230):

[...] os direitos fundamentais podem ser objetos de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico

que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

Isso posto, é certo afirmar que nenhum direito fundamental pode ser alegado para garantir a impunidade para a prática de atividades ilícitas, e.g., o direito à intimidade não pode ser alegado contra a quebra do sigilo bancário e fiscal de um indivíduo que está sendo investigado pela acusação de crime de sonegação fiscal.

Ao tratar sobre a possibilidade de limitação do conteúdo dos direitos fundamentais, devemos indagar a abrangência das limitações, isso porque se deve em todos os casos de ponderação de interesses resguardar o núcleo essencial do direito fundamental, ou seja, as limitações não podem fulminar o conteúdo do próprio direito.

Nessa mesma linha de raciocínio aplica-se o princípio da proporcionalidade e a proibição de restrições casuísticas, em homenagem ao princípio da igualdade. É necessária a compreensão das formas possíveis de restrições.

O importante é fixar posicionamento acerca da possibilidade de limitação e restrição dos direitos fundamentais, desmistificando o seu caráter absoluto.

Corroborando a idéia, cite-se Robert Alexy (2007, p. 230):

El concepto de restricción de un derecho parece familiar y no problemático. Que los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser una opinión evidente e incluso trivial que se manifiesta, con toda claridad, en la Ley Fundamental, cuando ésta habla expressamente de restricciones (em los artículos 5 párrafo y 14 párrafo 1 frase 2 LF), limitaciones (em los artículos 8, párrafo 2; 10 párrafo 2; 13 párrafo 3 y 104 párrafo 1 LF), delimitaciones (em los artículos 11 párrafo 1 y 2 y 19 párrafo 1 LF). El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas sino que los contenidos y el alcance que se permita a las restricciones, así como, de la distinción entre restricción y limitación, por una parte, y otras cosas como regulaciones, configuraciones e concreciones, por outra.

Feitas as considerações preliminares, serão apontados a seguir, outros caracteres dos direitos fundamentais, a par das características marcadas pela doutrina jusnaturalista:

historicidade esse caractere explica que os direitos sofrem diretamente influência do contexto histórico, e a sua incidência varia conforme o momento e a situação vivida por determinada sociedade;

inalienabilidade – são intangíveis de disposição

imprescritibilidade – nas palavras de José Afonso, “são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda de exigibilidade pela prescrição.” (SILVA, 2001, p. 185);

efetividade – o Estado tem o dever de garantir o exercício dos direitos fundamentais, traduzindo-se na exigência de prestações positivas que determinem estruturas materiais e jurídicas para efetivação dos comandos de tais direitos.

Os caracteres ora referidos nos dão conta da completa supremacia dos direitos fundamentais inseridos num dado ordenamento jurídico. A Constituição Federal do Brasil de 1988 reafirma o alcance e a relevância do rol desses direitos no contexto histórico nacional. A amplitude dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderante positiva, digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. É de se observar, contudo, que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais pode, também, ser avaliado sob ângulo crítico, para o que remetemos ao item seguinte. Nesse contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948. (SARLET, 2005, p. 77-78).

O status jurídico gozado pelos direitos fundamentais é decorrência especialmente, dos caracteres apontados.

Por fim, vale acrescentar que, em que pese a evolução trazida pela Constituição de 1988, ela não está isenta de críticas, pois a dispersão com que os direitos fundamentais estão postos no texto da Carta não escapou ao olhar atento e crítico de Manoel Gonçalves (2008, pp. 99-100):

Em primeiro lugar, ele enumera os direitos e garantias fundamentais logo no Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial, enuncia o que chama de “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no seguinte trata dos “direitos sociais”, para que nos subseqüentes reger questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos, e, ao final, aos partidos políticos. Mas, em terceiro lugar, deve-se registrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às limitações do poder de tributar. Qual o critério que ditou essa distribuição de assunto, ninguém sabe. Questão de técnica – dir-se-á – ou de falta de técnica, o que é mais provável.

3 Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais na constituição federal de 1988

3.1 Acepções da palavra eficácia

Para iniciar o estudo desse tema, será reproduzido o significado do termo aplicabilidade, nas palavras de José Afonso da Silva (2007, p.13):

Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita se saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito a sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica.

Percebe-se que a definição de aplicabilidade encontra-se intimamente ligada ao de eficácia, isto porque ambos os termos dizem respeito à capacidade de produzir efeitos. Observe-se o que o próprio José Afonso informa acerca do assunto:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, com a possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, medida da extensão que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer. (SILVA, 2001, p. 65-66).

Consoante as conclusões de José Afonso, aplicabilidade diz respeito a capacidade de produção de efeitos jurídicos, intimamente ligada a aceção jurídica da palavra eficácia social da norma, essa última diz respeito a efetividade no campo das relações sociais.

Eros Grau (2006), citando Antoine Jeammaud e Oscar Correias, tece considerações valiosas acerca da distinção entre eficácia jurídica e eficácia social da norma, o que traz uma conotação especial para o presente trabalho, haja vista que, ao explicar a sua posição doutrinária, utiliza-se do exemplo da aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, assunto que será tratado no tópico a seguir. Eis as considerações:

Antoine Jeammaud (1984, p. 11-12) de um lado, Oscar Correias (2006, p. 93-95) de outro, examinando o tema da efetividade na aplicação das normas por parte dos órgãos do Estado a classifica em: a) *efetividade jurídica* (Jeammaud) *efetividade formal* (Correias) – que se manifesta quando realizada a conformidade de uma situação jurídica concreta ao modelo que constitui a norma (v.g. reconhecimento efetivo, a determinado sujeito de que se beneficia, segundo a lei, por um direito, visto que cumpridos os requisitos prévios para tanto, nela estabelecidos) (Jeammaud); ou – que se manifesta quando tiver sido produzida a norma

individual que interpreta ou atualiza a norma aplicada; b) efetividade material (Jeammaud e Correias) – que se manifesta quando realizada a conformidade da situação de fato à jurídica outorgada ou imposta ao sujeito mercê da efetividade jurídica da aplicação da norma (Jeammaud); ou – que se manifesta quando tiver sido produzida a conduta requerida pela norma individual; Munidos desses novos subsídios doutrinários, teremos retomado o ponto de partida deste trecho da minha exposição – que: a) norma que defina direito ou garantia fundamental, à qual refere o § 1º do art. 5º do texto constitucional, é, evidentemente, dotada de vigência e de eficácia jurídica (eficácia jurídica, aqui, no sentido que à expressão é atribuído por José Afonso da Silva); b) esta norma é de ser aplicada imediatamente – os particulares devem cumpri-las; o Estado tem o dever de torná-la prontamente exequível, impondo o seu cumprimento – razão pela qual, se tanto acionado o Poder Judiciário, estará compelido a conferir-lhe *efetividade jurídica ou formal*; c) além desse momento colocam-se os da efetividade material (que corresponde ao da eficácia social, no sentido que à expressão é atribuído por José Afonso da Silva) e da eficácia (no sentido que ao vocábulo é atribuído pela doutrina mais recente).

Percebe-se que as doutrinas ora citadas guardam consenso à medida que diferenciam as acepções da palavra eficácia, bem assim, concordam que as normas constitucionais têm sempre, ao mínimo, *eficácia jurídica ou formal*, e assim produzem efeitos diretos sobre o Estado, cuja obrigação é criar condições que possibilitem a efetividade das disposições da Constituição, sendo que, especialmente, o Poder Judiciário não pode olvidar dessa eficácia, e, ao julgar os casos postos à sua apreciação, deve desconsiderar toda e qualquer norma que colida com alguma disposição constitucional, mesmo que essa disposição da Constituição esteja destituída de *eficácia social ou material*.

Ingo Sarlet também aponta que “as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, sendo variável consoante seu grau de densidade normativa” O autor ilustra suas conclusões apontando a hipótese do “juiz, ao considerar revogada uma norma legal anterior e contrária, nada mais estará a fazer do que aplicando a norma constitucional. É claro – convém frisá-lo – que tal constatação parte da premissa de que todas as normas são eficazes, afastando-se a existência de normas não auto-aplicáveis no sentido da doutrina norte-americana clássica”. (SARLET, 2005, p. 252).

Portanto, conscientes da posição doutrinária acerca das acepções da palavra eficácia, enfrentar-se-á a seguir, uma questão complicada, que diz respeito à interpretação do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, pois o tema enfrenta dificuldades insuperáveis, diante da existência de direitos fundamentais, disciplinados na Lei Fundamental, que estão condicionados a atuação legislativa para alcançar a *eficácia social ou material*.⁶

3.2 Da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais

Antes de adentrar na análise do problema, qual seja: aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais apontar-se-á com bastante brevidade, a classificação das normas constitucionais.

Segundo a classificação adotada por José Afonso (2007, p. 82), no que tange a *eficácia social*, as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou

complementar executória, prevista ou requerida. Se todas têm eficácia, sua destinação, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como

⁶ Art. 5º [...] inc. XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. É inegável que o dispositivo transcrito não opera efeitos imediatos nas relações sociais, pois que condicionado a forma da lei. Sendo assim, a compreensão acerca da aplicabilidade imediata da norma constitucional definidora de direitos fundamentais (art. 5º § 1º da CF) é uma questão difícil.

insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda em: 1) normas de legislação e programáticas. Essa classificação considera as normas referentes aos direitos e garantias fundamentais como de legislação, quando mencionam uma legislação futura que regulamente seus limites”.

A seguir, a explanação do José Afonso sobre a sua classificação:

Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que prevêem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias:

I – normas constitucionais de eficácia plena;

II – normas constitucionais de eficácia contida;

III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida;

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo diretamente e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dada certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata, reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma

incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou, melhor, meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas às restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limita sua eficácia e aplicabilidade.

O trabalho de José Afonso da Silva é uma referência nacional no que tange ao estudo do presente tema; a classificação das normas constitucionais elaborada pelo autor muito contribuiu no desenvolvimento de tantas outras teses, para compreensão do mesmo problema; tanto é assim, que os doutrinadores nacionais, ao se debruçarem sobre a questão, o apontam como o principal autor a desbravar de forma pioneira a questão no âmbito nacional.

A classificação sustentada por José Afonso refuta a clássica teoria norte-americana que divide as normas constitucionais em *self executing* (auto executáveis) e *non-self-executing* (não auto executáveis). A teoria clássica norte-americana não destaca, como acentua a crítica, a importância das normas programáticas que revelam o caráter das constituições contemporâneas, não oferecendo uma visão ordenada e científica de seus variados efeitos jurídicos, assim como das demais normas de princípios constantes das cartas políticas do mundo atual, que consagram novos valores e reclamam a realização de outros ideais na vida política e social, perseguindo a concretização do bem comum (SILVA, 2007, p. 76, apud TEIXEIRA, 1991).

Em que pese a classificação apontada estar passível de críticas⁷, a mesma será adotada a fim de que se possa esboçar determinadas considerações sobre o sentido da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais instituída na Lei Fundamental de 1988.

É inegável a existência de direitos fundamentais capitulados pela Constituição Federal que não podem ser aplicados imediatamente às relações sociais, pois

⁷ Não serão indicadas as críticas formuladas à classificação adotada por José Afonso da Silva, porque a necessidade de síntese impede a entrada num tema que não é o cerne da atual indagação, qual seja: aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 (Nota do Autor).

que dependem da legislação ulterior que lhes permita efetividade. Sendo assim, por maior esforço envidado para concluir que toda e qualquer interpretação constitucional deve garantir a maior efetividade possível, às normas instituidoras de direitos fundamentais, não se pode negar que existem normas definidoras de direitos fundamentais que são normas constitucionais de eficácia limitada⁸, conforme expõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 102), ao comentar o assunto:

A Constituição de 1988, no art. 5º § 1º, edita uma regra que é novidade no direito pátrio. Trata-se de 'aplicabilidade imediata' das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ele é não executável pela natureza das coisas.

Diante de tal argumento, se mostra evidente a difícil compreensão do parágrafo constitucional em comento, até porque nos filiamos ao pensamento de que não existem disposições inúteis na Constituição e, por esse motivo, tal mandamento é assimilado de forma a permitir-lhe efetividade e eficácia, concluindo que a norma esculpida no art. 5º, § 1º da Constituição é uma norma de cunho principiológico, que carrega em si um comando interpretativo. Essa interpretação é destacada do trecho das lições de Ingor Sarlet, (2005, p. 270), ao afirmar que “a melhor exegese da norma contida no art. 5º § 1º, de nossa Constituição é a parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximi-

⁸ O Título II da Constituição contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º § 1º, por seu lado, estatui que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos do art. 6º ao 11º. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. (SILVA, 2007, p. 165).

zação), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado por Gomes Canotilho e compartilhado entre nós, por Flávia Piovesan.

Nesse sentido, as normas definidoras de direitos fundamentais devem ser interpretadas de forma a lhes extrair a maior eficácia possível, pois que os direitos fundamentais estão para os demais direitos numa posição hierárquica superior, por isso a Carta Magna lhes reserva uma condição privilegiada, gozando de uma presunção de aplicabilidade imediata.

Ademais, o Estado, por conta da norma principiológica, está obrigado a garantir todos os meios possíveis para a efetividade dos direitos fundamentais, tanto assim que a própria Constituição assegura esse princípio de modo a instituir, nos seus artigos 5º, inc. LXXI, e 103º, § 2º, respectivamente, o Mandado de Injunção⁹ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fim de resguardar a efetividade do comando que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, embora existam direitos fundamentais instituídos em normas constitucionais de eficácia limitada, a Constituição previu formas de suscitar o Estado à imediata adoção de medidas para a aplicabilidade desses direitos.

Registre-se que outras posições são encontradas na doutrina, consoante opinião de Eros Grau (2006, p. 326), cujas considerações foram transcritas no tópico anterior, e nos dão conta que aquele autor defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, vez que interpreta o art. 5º, § 1º, da Constituição, à luz dos conceitos acerca da *efetividade jurídica ou formal* das normas constitucionais. O autor afirma que devido a *efetividade jurídica ou formal* as normas definidoras de direitos fundamentais não têm mais caráter meramente programático, isso sig-

⁹ Em face da objetividade pretendida por esse trabalho, não serão tecidas considerações acerca do instituto do mandado de injunção, porém, devido a sua completa pertinência ao tema abordado, remetemos o leitor às obras Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1146) e Ferreira Filho (2008, p. 157 et seq.)

nifica que as normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares e que o Estado deve prontamente aplicá-las. Todavia, reconhece que a Constituição não assegura que estas normas tenham efetividade matéria e eficácia.

Registre-se também, a obra de Luiz Roberto Barroso (2006), tendo em vista que esse autor tem um posicionamento mais estremo acerca do tema, pois que cogita a possibilidade do Poder Judiciário, diante da ausência da lei integradora, preencher a lacuna legislativa e aplicar as normas definidoras de direitos fundamentais. Embora haja divergência doutrinária quanto à aplicação do art. 5º § 1º, todos os autores concordam que a norma estudada é um reforço do princípio da máxima efetividade da norma constitucional instituidora dos direitos fundamentais.

3.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A questão da eficácia dos direitos fundamentais será abordada sobre um outro enfoque, não menos importante do que o enfoque até então estudado, ou seja, a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O poder dos direitos fundamentais de produzir efeitos nas relações entre o Estado e o indivíduo é decorrência histórica da incorporação do rol desses direitos nas constituições escritas. Assim, nas primeiras concepções acerca da proteção do homem contra as investidas arbitrárias e ilegítimas do Estado, permeou durante longo período que o único sujeito passivo das normas que disciplinam os direitos fundamentais é o próprio Estado, na qualidade de detentor do poder.

Com a alteração de paradigma, a transmutação do Estado Liberal para o Estado Social e, futuramente Estado Democrático de Direito, com a conseqüente incorporação nos textos constitucionais, dos direitos sociais, assim também, a assimilação do princípio da solidariedade, criou-se uma concepção abrandada da autonomia da vontade, ou seja, o Estado não pode mais assistir inerte às opressões econômicas e sociais, o bem estar coletivo é o fim buscado pelo poder público. Tal contexto cria condições para a interferência do Estado nas relações privadas, ainda mais quando os sujeitos da relação gozam de condições econômicas e sociais discrepantes.

Nessa perspectiva humanista, os interesses privados não podem estar afastados dos fundamentos que norteiam a ação dos poderes públicos, sob pena de nos depararmos com situações jurídicas que violem até mesmo o princípio basilar dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana. Observe-se a afirmação de Sarlet (2005, p. 374):

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direito de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo da ingerência por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o estado, no Estado Social de Direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nessa esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

Constata-se dessa forma, que os direitos fundamentais trazem valores a serem respeitados por toda a sociedade, e não apenas pelos poderes públicos, estendendo-se a eficácia dos direitos fundamentais às relações horizontais, entre particulares. Segundo Gilmar Mendes (2007, p. 267):

Em outros casos, a leitura do preceito constitucional não deixa dúvida de que o sujeito passivo do direito somente pode ser o Estado. Direitos políticos, como o que se extrai do princípio do voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), não podem ser estendidos às deliberações das entidades privadas como princípio obrigatório. É, igualmente, o que ocorre com os direitos derivados do que dispões no inciso LXXIV do art. 5º ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ -, ‘o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’ – ou, ainda, com o direito à indenização, nos casos de desapropriação, de que fala o inciso XXXIV do art. 5º da Constituição.

No tocante ao tema, salientamos a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal acerca da reintegração de associado excluído da sociedade civil – União Brasileira dos Compositores, sob o entendimento de que o ato que resultou na expulsão do associado violou os direitos do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Abaixo, a transcrição da ementa do acórdão do julgado em comento, tendo em vista que seus fundamentos vão de encontro à posição apontada nesse trabalho, bem assim, indica precedente importante nos julgados do Pretório Excelso quanto ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações e direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições

postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III – SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD, e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV – RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (BRASIL, 2005).

Percebe-se que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi assimilada pelos julgadores pátrios, especialmente no Supremo Tribunal, denotando que se trata de teoria consolidada no âmbito jurídico nacional, em que pese a existência de opiniões dissonantes como é o caso do voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento do caso aqui apontado.

Por outro lado, uma vez aceita sem maiores contestações a teoria ora estudada, não se pode deixar despercebidas questões de toque primordial, qual seja, a forma pela qual se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas,

se de forma direta (imediate), ou indireta (mediate). A questão é polêmica e a doutrina se divide consoante demonstra Ingo Sarlet (2005, p. 375):

Assim, para além das hipóteses em que uma vinculação direta (imediate) dos particulares resulta inequivocamente do enunciado da norma de direito fundamental, controvertendo-se a respeito da forma como se dá essa vinculação, oscilando a doutrina entre os que advogam a tese da eficácia ressaltando-se a existência de posicionamentos que assumem feição mais temperada em relação aos modelos básicos referidos, situando-se, por assim dizer, uma esfera intermediária. De acordo com a primeira corrente, que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas do publicista alemão Durig, os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se nesse sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado. Já para a corrente oposta, liderada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais constituem normas de valor válidas para toda ordem jurídica (princípio da unidade de ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.

A questão não é fácil, a complexidade das teorias aguça objeções mútuas, sendo que o estudo aprofundado sobre o tema demandaria uma exposição mais complexa e extensa, o que o presente trabalho não comporta¹⁰. O que se pretende é trazer ao leitor a informação da existência das duas teorias.

A dificuldade de filiação a determinada teoria, seja vinculação direta ou indireta, se atém às relações entre particulares em que se achem em relativa igualdade de condições, uma vez que não restam dúvidas de que as relações indivíduo/Estado, bem assim as relações que clamam a interferência estatal, se colocam a

¹⁰ Ver ALEXY (2007, p. 461-509). O autor analisa as minúcias e variáveis sobre a questão, fazendo-nos compreender que a maneira pela qual os direitos fundamentais incidem nas relações privadas envolve discussões outras que não só a autonomia da vontade, mas também, gira em torno do próprio sistema jurídico.

margem do problema, pois que nestas, a vinculação aos direitos fundamentais se dá de forma direta. Eis a observação:

No âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, bem como as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdades, já que situadas fora da relação de poder. Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, às que estabelecem entre os particulares e os poderes públicos. Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais. Pelo contrário, quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nesta seara. (SARLET, 2005).

Pontuada a análise sobre a questão, conclui-se que a compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais passa por uma análise da constitucionalização do direito privado, tendo em vista que a autonomia da vontade ganha contornos definidos pelo princípio da fraternidade e solidariedade, portanto, institutos como a boa-fé dos contratantes, função social do contrato, etc., incorporados ao código civil, nada mais são do que o reflexo desse pensamento¹¹.

Finaliza-se esse tópico, com a citação de trecho do artigo escrito por Roseli Fidalgo Pinheiro (2007, p. 506), por entender que suas conclusões guardam íntima sintonia com o que se pretende defender nesse trabalho, acerca do tema:

¹¹ Vale ressaltar que, ao tempo que se defende a constitucionalização do direito privado, acredita-se na necessidade da existência da codificação desse mesmo direito, a fim de que reste resguardado o seu próprio conteúdo principiológico. Na verdade, o que se defende é o estudo horizontalizado dos direitos fundamentais do homem, que ao nosso sentir, toca todos os demais ramos do direito, moldando a compreensão e aplicação desses ramos da ciência jurídica (Nota do autor).

Na medida em que a tutela da autonomia privada deslocou-se do Código Civil para a Constituição, ela deixa de ser considerada como um valor em si mesma. Eis que revela em sua concepção um elemento diverso: cada vez mais, a igualdade formal dá lugar à igualdade substancial no lugar de pressuposto à autonomia privada. Para tanto, em conformidade com a diretiva de ‘existência digna’ e justiça social, que orientam a livre iniciativa, ganha relevo o papel dos direitos fundamentais sociais na funcionalização da autonomia privada.

4 Considerações sobre a constituição federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugura na história constitucional do Brasil, a inserção de um catálogo de direitos fundamentais, decorrência do momento histórico nacional que se deu à época da sua promulgação.

O Brasil de 1988 era um país recém saído do regime militar, período marcado pela forte repressão às liberdades individuais e pelas violações aos direitos humanos; o país encontrava-se sedento por uma reestruturação política e ideológica; o então regime já não mais se sustentava no poder, fruto do desgaste temporal de longos anos no comando do país. Assim, para que se faça justiça à história, é importante registrar que a atual democracia nacional foi muito mais fruto do desgaste político do regime militar, do que um sucesso das reivindicações da população brasileira. A propósito, vale registrar os fatos sinalizados por Barroso (2006, p. 30-40), que prenuncia a derrocada do regime militar: ele remete o leitor ao livro “Caso Herzog: a Sentença (1978), contendo as peças do processo movido pela viúva e filhos do jornalista Vladimir Herzog, morto em dependências do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975. A sentença de 1º grau, mantida pelo Tribunal Federal de Recursos, declarou a responsabilidade da União, pela prisão ilegal, tortura e morte do jornalista. As mortes sucessivas de Herzog e do operário Manoel Fiel Filho, levaram o Presidente da República a exonerar o Comandante do II Exército e, em desdobramento da crise, também foi exonerado o Ministro do Exército. Contudo, esse dado histórico em nada desmerece a conquista nacional, pois que a nova ordem constitucional presenteia a sociedade brasileira com a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais

Acerca do processo histórico nacional registre-se a explicação de Flávia Piovesan (2006, p. 24):

Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial, que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo tenha se iniciado originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos – as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de Outubro de 1988.

Conforme sinalizado, a Constituição de 1988 traz um rol de direitos e garantias fundamentais inéditos na história constitucional brasileira; a doutrina nacional aplaude esse traço característico da Carta. Nesse sentido pondera Ingo Sarlet (2005, p. 377):

Traçando um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita outorga aos direitos fundamentais pelo direito constitucional positivo vigente, de status jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional. [...].

Importante não esquecer que a Carta de 1988 não é a primeira Constituição brasileira que inclui no seu texto um rol de direitos fundamentais. Nas palavras de Ferreira Filho (2008, p. 99):

Todas as Constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram Declarações de Direitos. As duas primeiras contestaram-se com as liberdades públicas, vistas claramente como limitações ao Poder. Todas, a partir de 1934, a estas acrescentaram, na Ordem Econômica, os direitos sociais. A atual já prevê pelo menos um dos direitos de solidariedade.

Porém, o que a diferencia das demais Constituições é que a Lei Fundamental de 1988 ampliou de forma significativa o rol de direitos e garantias fundamentais, abarcando direitos civis e sociais que até então estavam excluídos do nosso ordenamento, mas não só isso, os direitos de solidariedade foram inseridos no seu texto, demonstrando o avanço constitucional.

5 Conclusão

Inicialmente foi enfatizado que o artigo apresentado é uma síntese do estudo sobre a matéria, tendo em vista que os pontos ora abordados não foram tratados com profundidade, bem como outros tantos pontos correlatos da matéria deixaram de ser abordados; contudo, humildemente acredita-se, que o objetivo foi cumprido, levando o leitor à reflexão acerca da importância da Constituição Federal para a efetividade dos direitos fundamentais em nosso país.

Elaborar esse artigo foi uma experiência enriquecedora, especialmente iniciar os seus estudos no ano em que a Constituição Federal Brasileira completou 20 (vinte) anos, sendo uma oportunidade de acompanhar eventos jurídicos que se propuseram a homenagear a data histórica. Ademais, oportuno será destacar que essa data histórica também coincide com o aniversário de 60 (sessenta) anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sobre a originalidade da atual Constituição Federal, Bárbara Hudson (2007, p. 18), escrevendo sobre Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”, faz a seguinte abordagem:

A Constituição brasileira de 1988 é, claro, um proeminente exemplo desse tipo híbrido de constituição. Embora restabeleça um governo democrático e proclame princípios democráticos fundamentais, como a soberania popular através de representantes eleitos, a separação dos Poderes Legislativa, Executivo e Judiciário, e nomeie instituições que irão operar tais princípios, a Constituição é muito diferente das outras constituições mais antigas ao tratar desses tradicionais princípios democráticos. Mesmo o artigo 1º, que parece tratar primariamente das instituições do governo (soberania, cidadania, eleições) dá atenção à diversidade ao incluir o princípio do pluralismo. Os artigos 3º e 4º dizem respeito a direitos individuais e sociais e dá atenção

à diversidade e à divisão com referência às desigualdades, à pobreza e ao bem estar de todos 'sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art. 3º, IV – claramente uma formulação muito contemporânea). O Título II – direitos e garantias fundamentais são, com efeito, uma Declaração de Direitos e Garantias.

Porém, não é menos verdade, que apesar de extraordinário avanço, a Constituição de 1988 é passível de duras críticas, especialmente no que tange a *falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada*, conforme inclusive já foi apontado no primeiro tópico desse artigo, cuja crítica transcrita foi feita por Ferreira Filho (2008, p. 99):

Em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais, logo no Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de 'direitos e deveres individuais e coletivos', enquanto no seguinte trata dos 'direitos sociais', para nos subseqüentes reger questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos, e, afinal, aos partidos políticos. Mas, em Terceiro lugar, deve-se registrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às limitações do poder de tributar. Qual o critério que ditou essa distribuição de assunto, ninguém sabe. "Questão de técnica – dir-se-á – ou de falta de técnica, o que é mais provável.

Porém ele não foi o único a argumentar a falta de técnica do legislador constituinte; Sarlet (2005, p. 79-80), também critica o texto constitucional, apontando, além de outros consideráveis argumentos, "as contradições, ausência de tratamento lógico na matéria, ensejando problemas de ordem hermenêutica", bem como evidencia que a "*amplitude do catálogo*" dos direitos fundamentais acaba por desprestigiar o especial *status* desses próprios direitos.

Em que pese todas as críticas formuladas, a Constituição de 1988 concretiza o ideal democrático nacional, enfatizando os direitos fundamentais como meio para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, eis que elege o valor da dignidade da pessoa humana como informadora e orientadora para interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Finalizando o estudo desse tópico, merece destaque a importância da pessoa humana para a Constituição de 1988, o significado da sua atuação enquanto integrante do povo – sujeito democracia – para tanto, utilizar-se-á das palavras de Luis Fernando Barzotto (2003, p. 193-194):

Para o constituinte brasileiro, o ser humano é ‘pessoa humana’ (art. 1º inciso III; 17, caput; 34, inciso VII, b; 226, par. 7). Dentro da tradição ocidental, como vimos, assumir que o ser humano é pessoa, significa assumir que seus traços constitutivos são: Concretude, historicidade, individualidade, racionalidade, sociabilidade. Essas dimensões da pessoa estabelecem alguns bens como necessários para o pleno desenvolvimento ou para a vida boa do ser humano (liberdade, saúde, segurança, educação, etc.). A expressão ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º inciso III) é a tradução jurídico-constitucional de vida boa da Ética clássica. Os bens que compõem a vida boa, passam a ser considerados, do ponto de vista do direito, como algo devido a cada pessoa humana. ‘Ser digno de x’ ‘ser merecedor de x’. Afirmar no texto constitucional a dignidade da pessoa humana equivale a afirmar que o ser humano é merecedor ou credor dos bens necessários para que ele alcance a vida boa como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social. A busca desses bens estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa, na medida em que o direito não reconhece a disponibilidade de alguns desses bens (ex: liberdade).

Diante do contexto, o tema desse artigo se mostrou ainda mais evidente e instigante, pois foi objeto de palestras, seminários e congressos, no decorrer do ano de 2008, fomentando no ambiente jurídico nacional, terreno fértil para o desenvolvimento de trabalhos semelhantes.

Na verdade trata-se de uma feliz coincidência, que ajudou a refletir sobre os diversos aspectos dos direitos fundamentais, bem como da dificuldade política, social e econômica enfrentada atualmente pelo nosso país, o que impossibilita a real efetividade desses direitos para a maioria dos brasileiros.

Entretanto, não se deve encarar essa constatação com desânimo, nem mesmo com incredulidade ao que reza o texto constitucional, pois que, se estamos

longe de atingir os objetivos da Carta Magna, pelo menos, experimenta-se viver em uma época histórica em que os valores sociais estão sendo lenta e gradualmente alterados, haja vista que a sociedade brasileira está evoluindo, fato este, incontestável.

Acredita-se que, assim como posto na Constituição, os direitos fundamentais são o caminho a ser trilhado para o alcance da dignidade de todas as pessoas humanas que vivem no Brasil, com a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza e da marginalidade.

O país está amadurecendo, tanto que os direitos de liberdade já foram assimilados pela sociedade; não se pode afirmar hoje, que a população brasileira vive sob a ameaça do poder público quanto ao seu direito de ir e vir, expressar-se, associar-se etc. Porém, o país também, ainda está engatinhando no que diz respeito aos direitos sociais; embora longe de atingir o ideal, deve-se manter o otimismo na crença de um dia chegar a efetivá-los.

Assim, é de se presumir que os direitos de solidariedade ainda estão em fase gestacional, pois que, infelizmente, não existe ainda condições sociais, econômicas, políticas e culturais para assimilá-los e implementá-los em toda a sua plenitude. Falta um longo e penoso caminho a percorrer.

O processo de transformação é lento e gradual; nesse processo, a Constituição Federal foi o marco inicial de amadurecimento, aprimoramento e consolidação dos direitos fundamentais em nosso país.

Fundamentals humans rights in the 1998 constitution

Abstract

The present article aims to contribute to a reflexion about The 1988 Federal Constitution of Brazil and its concern with the human rights of Brazilian people. The author emphasizes the origins and fundaments of the basics citizen's rights,

its applicability and efficacy for the 1988 Brazilian Constitution. According to the author, this study does not intend to be a conclusive one, considering the infinite aspects encompassed by the subject.

Keywords: Fundamentals Rights. Brazilian Constitution. Efficacy. Applicability.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. traducción y estudio introductorio de Carlos Berna Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sociedade Civil sem Fins Lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de Sócio sem Garantia de Ampla Defesa e do Contraditório. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Recurso Desprovido*. Re 201.819/RJ, Segunda Turma. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, vencidos Ellen Gracie, relatora e o Ministro Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, Brasília 11 out. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

HUDSON, Bárbara. Direitos humanos e “novo constitucionalismo”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHEIRO, Roseli Fidalgo. Autonomia privada e estado democrático de direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo PAGLIARINI, Wolfgang; Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Malheiros: São Paulo, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.