

O surgimento e a eficácia dos direitos fundamentais

Fernando Augusto do Livramento¹

Sheila Martignago Saleh²

Resumo

O direito fundamental é um direito perseguido ao longo dos séculos, nascido de uma marcada por lutas, sacrifícios e vitórias, firmando-se como direitos humanos, fundamentais e os direitos sociais. Para compreender a teoria dos direitos fundamentais, faz-se uma análise histórica evolutiva, vistando as cartas inglesas, as declarações francesas e americanas. Momentos destacados historicamente firmam-se como direito de liberdade, conquistando força e legitimidade. Nascem dos direitos fundamentais, atributos dos direitos naturais, sagrados e inalienáveis, intrínsecos e próprios das sociedades democráticas. Surgem os direitos nas suas quatro gerações e as Constituições na sociedade moderna que garantem os novos direitos conquistados, desde o direito à liberdade ao direito à democracia e pluralismo.

Palavras-chave: direito fundamental; direitos humanos; eficácia normativa; Constituição.

Abstract

The fundamental right is a right chased throughout the centuries, born from a marked by struggles, sacrifices and victories, establishing themselves as human rights, fundamental and social rights. To understand the theory of fundamental rights, it is a historical analysis, evolutionary vistando the English letters, French and American claims. Historically notable moments-sign up as a right to freedom, winning strength and legitimacy. Born of fundamental rights, attributes of natural rights, intrinsic and inalienable and sacred, own of democratic societies. Rights arise in its four generations and the constitutions in modern society that ensure the new rights won, since the right to freedom of the right to democracy and pluralism.

Keywords: fundamental right; regulatory effectiveness; human rights; the Constitution.

¹ Bacharel em Direito pela UNESC- Universidade do Extremo Sul Catarinense. Pesquisador do NUPEC – Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Cidadania do curso de Direito da UNESC. E-mail: ferlive@brturbo.com.br

² Professora do curso de direito da UNESC-Universidade do Extremo Sul Catarinense e pesquisadora do NUPEC-Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania da UNESC. Mestre em Fundamentos do Direito Positivo pela UNIVALI- Universidade do Vale do Itajaí-SC. E-mail: sheilamsaleh@hotmail.com.

Sumário

Introdução – 1. Os fundamentos dos direitos do homem – 2. Contextualização histórica dos direitos humanos-breve esboço - 2.1. Os direitos humanos na Antiguidade - 2.2. Os direitos humanos na Idade Média - 2.3 Os direitos humanos na Idade Moderna - 2.4. Da Revolução Francesa à Constituição Mexicana – 3. A positivação dos direitos humanos e os direitos fundamentais no século XX - 4. Os direitos fundamentais na atualidade - 4.1. A finalidade protetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia - 4.2. A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais – Considerações finais – Referências.

Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo geral estudar a evolução os direitos fundamentais dentro do contexto histórico mundial e sua consagração como direito fundamental e social.

Buscou-se diferenciar os direitos do homem, dos direitos fundamentais e direitos humanos, num primeiro momento. A partir de então, apresenta-se breve esboço histórico sobre o surgimento dos direitos humanos, até chegar aos direitos fundamentais no Brasil, na atualidade.

O próximo item cuidará de tratar da finalidade protetiva dos direitos fundamentais e de sua eficácia, finalizando com um breve comentário sobre os direitos fundamentais em nossa Constituição Federal, classificando-os como direitos subjetivos do cidadão brasileiro.

1. Os fundamentos dos direitos do homem

A palavra "fundamental" compreende tudo aquilo que serve de fundamento, que é necessário, que é essencial. Todavia este conceito não fica distante do termo na esfera jurídica, pois o direito fundamental é o mínimo necessário para existência da vida humana, destacando que o mínimo essencial está diretamente ligado à garantia de uma vida existencial digna, sem destoar do princípio da dignidade da pessoa humana (MENDES, 2008, p. 232).

No momento, torna-se pertinente, de uma forma sucinta, diferenciar: direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos.

São considerados direitos do homem os direitos naturais não positivados, ou ainda não positivados. Já direitos fundamentais são os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de um Estado, enquanto que os

direitos humanos são os direitos do homem reconhecidos na esfera internacional. Estes últimos referem-se ao reconhecimento de posições jurídicas ao ser humano como tal, independente da ordem jurídica estatal envolvida (SARLET, 2001, p. 33).

Cada Estado acabou por adotar os direitos do homem, a partir de um conjunto de valores e direitos, até que fossem elencados como direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico interno, positivando-os na Constituição.

Os direitos fundamentais, numa visão mais clássica, surgiram a partir de instrumentos que pudessem garantir a proteção da pessoa face ao Estado.

Para a adoção dos direitos fundamentais, nossa Constituição Federal tomou como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual, os cidadãos têm o dever de participar e vigiar o cumprimento de tais direitos, não deixando a incumbência de proteção e aplicação apenas para o Estado.

Desde os primeiros passos nossa civilização percorreu um longo caminho quando se fala em transformações políticas, sociais, econômicas e religiosas. Esse relacionamento entre história e Direito nos leva a entender melhor, juridicamente, o nascimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, pois ambos não surgem repentinamente de teorias, pesquisas ou de forma milagrosa; muito pelo contrário: foram erguidos com o passar de longos e dolorosos anos, imersos em acirradas lutas contra o poder opressor que, centralizado, pouco caso fazia com relação aqueles que distantes estavam do poder.

Inicialmente, houve a necessidade de positivação desses direitos pelo Estado, para que o próprio viesse a reconhecê-los e respeitá-los:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde nas constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência, transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. (BOBBIO, 2004, p 31.).

Hoje, já positivados em muitos Estados, a luta continua para que atinjam eficácia e plenitude. A seguir, breve esboço histórico sobre o surgimento dos direitos humanos: fatos e documentos mais importantes.

2. Contextualização histórica dos direitos humanos-breve esboço

2.1. Os direitos humanos na Antiguidade

Da Mesopotâmia, durante a primeira dinastia babilônica, século XVIII a.C., o primeiro mecanismo de proteção individual de que se tem conhecimento. Muito citado e constantemente usado como exemplo, trata-se de um código com 281 leis escritas, que foi eternizado numa pedra de basalto, e nos dias de hoje, repousa no museu do Louvre, em Paris, onde pode ser visto (BOUZON, 2003, p. 23).

Criado pelo rei Hamurabi³, assim levando o seu nome, o Código de Hamurabi já trazia em seu texto a “defesa da vida”, juntamente com o direito de propriedade, da dignidade, da honra e da família, fazendo com que se sobrepusesse aos governantes que imperavam na época. Hoje, ainda são adotados alguns dispositivos desse Código. Esse conceito existe em vários sistemas jurídicos modernos e deu origem à expressão em língua inglesa *written in stone*⁴.

Ela dá aos que procuram o seu direito, confiança na justiça do rei e, para os sucessores de Hamurabi, no trono de Babel. O exemplo de Hammurabi cria uma obrigação moral de imitá-lo em sua justiça e em seu interesse pelo bem comum. (BOUZON, 2003, p.28).

Referido documento, derivado do Cristianismo⁵, que trouxe a concepção que todos os homens são irmãos independente de origem, raça, sexo ou credo, enquanto filhos de Deus, é considerado um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos que tornam os homens iguais, forte influência na consagração dos direitos humanos (COMPARATO, 1999, p. 04).

Segundo o citado Código, a limitação do poder político surge com a distinção entre o que é céu e o que é terra, com o jargão: “Dai a César⁶ o que é de César e a Deus o que é de Deus”, além de pregar que a salvação é possível para todos os povos. “A bíblia apresenta, pois, o homem como situado entre o Céu e a terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno” (COMPARATO, 1999, p. 06).

³ Rei Hamurabi: Rei da Babilônia e fundador do I Império Babilônico. Sexto rei da primeira dinastia babilônica. Transformou a Babilônia, às margens do rio Eufrates, na capital de um reino que compreendia o sul da Mesopotâmia e parte da Assíria - território que atualmente corresponde ao Iraque. Durante seu reinado, de 1728 a.C. a 1686 a.C. (FOLHA DE SÃO PAULO, 1996, p. 435).

⁴ Escrito na pedra.

⁵ Cristianismo: Religião cristã, baseada na crença em Jesus Cristo (FOLHA DE SÃO PAULO, 1996, p. 242).

⁶ Tibério Cláudio Nero César, em latim *Tiberius Claudius Nero Caesar*; nasceu em 16 de Novembro de 42 a.C. e faleceu em 16 de Março de 37 d.C.. Foi o imperador romano que governou durante a época em que Jesus Cristo viveu. Era filho de Tibério Cláudio Nero e Lívia Drusilla (FOLHA DE SÃO PAULO, 1996, p. 944).

2.2. Os direitos humanos na Idade Média

Na Idade Média⁷ a necessidade pela descentralização da política fez com que os reis começassem a reivindicar mais poderes junto à Igreja, até então centralizadora do poder, soberana e onipotente, decorrente da dificuldade em praticar a atividade comercial.

Dentre os documentos da época, destaca-se o escrito pelo Rei João da Inglaterra, também conhecido como o João Sem Terra, que, em 1215, assinou a chamada Carta Magna, o qual, impelido pelas pressões exercidas pelos barões com o aumento de taxas fiscais para financiar campanhas bélicas, objetivava também deter os vários conflitos que se propagavam, entre os senhores feudais e a Igreja.

Tal documento reconheceu direitos como a liberdade eclesial, a não existência de impostos, a propriedade privada, a liberdade de locomoção e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca. Esse foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. Segundo Comparato:

O sentido inovador do documento constitui, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres, a nobreza e o clero, existem independentemente do consentimento do monarca e não podia, por conseguinte, ser modificado por ele". (1999, p.65).

A *Petition of Right*, de 1628, desobrigava expressamente em seu texto, entre outras garantias, a contribuição com doação, empréstimo ou mesmo ao pagamento de qualquer tipo de taxa, sem que antes tivesse consentido o Parlamento (CANOTILHO, 1993, p. 66).

Dizia também em seu texto que, devido ao não pagamento dos tributos, nenhuma pessoa seria chamada a responder por tal ato e nem mesmo executar algum serviço como forma de compensação referente ao inadimplemento (CANOTILHO, 1993, p. 67).

Mesmo antes da Magna Carta do Rei João Sem Terra da Inglaterra o *Habeas Corpus*⁸ já existia na *common law*⁹ como mandado judicial. Porém, como remédio jurídico sua eficácia era muito reduzida. Para corrigir esse defeito, o instituto do *Habeas Corpus Act*, de 1679 veio dar a regulamentação devida¹⁰. Esta lei trazia em seu texto que ao indivíduo que manifestasse descontentamento, desde que por escrito a seu favor ou a favor de outrem que se encontrava

⁷ Idade Média: Período na Europa que vai de cerca de 700 a. C. a 1553 (FOLHA DE SÃO PAULO, 1996, p. 471).

⁸ Habeas Corpus: é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo - o direito do indivíduo de ir, vir. (MORAES, 2003. p. 137).

⁹ Common law: Usado na Inglaterra, onde os direitos e princípios atrás assinalados eram garantidos pelo direito comum e pelas leis do Parlamento. (CANOTILHO, 1993, p. 350)

¹⁰ Esta lei trazia em seu texto que ao indivíduo que manifestasse descontentamento desde que por escrito a seu favor ou a favor de outrem que se encontrasse no cárcere, acusado de praticar algum crime, seria concedido *habeas corpus* em benefício de quem estivesse privado da liberdade de ir e vir, o que de imediato seria executado perante o Juiz.

no cárcere, acusado de praticar algum crime, seria concedido *habeas corpus* em benefício de quem estivesse privado da liberdade de ir e vir, o que de imediato seria executado perante o Juiz.

A origem mais apontada pelos diversos autores é a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymed, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do *habeas corpus* no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights* que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679. (MORAES, 2003, p. 136).

Com a abdicação do trono do rei Jaime II, a *Bill of Rights* foi outorgada pelo seu sucessor o Príncipe de Orange, em 13 de fevereiro de 1689, a qual trouxe grandes limitações para o poderio do Monarca na Inglaterra, instituindo a monarquia constitucional:

O documento mais importante é a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) que decorreu da revolução de 1688, pela qual se afirmara a supremacia do parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas. Daí surge para a Inglaterra, a monarquia constitucional submetida a soberania popular que teve em Locke seu principal teórico. (SILVA, 2008, p.153).

Nesse sentido, a Igreja também perdeu poder, pois, por influência dos lordes, ficou estabelecido que qualquer pessoa que comungasse as mesmas idéias da Santa Sé ou tivesse ligação a essa seria excluída e proibida de ocupar o trono da Inglaterra.

2.3. Os direitos humanos na Idade Moderna

No Estado da Virgínia, Estados Unidos da América, reunido em assembléia geral e livre, o povo buscava direitos que correspondiam a uma idéia de democracia, como base e fundamento do governo. O texto original foi compilado de George Mason no ano de 1776, que posteriormente representaria o Estado na convenção da Filadélfia no ano de 1787 (SILVA, 2008. p.153).

A declaração da Virginia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; todo poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis. Vê-se que, basicamente, a declaração da Virginia se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. (SILVA, 2008. p.155).

No ano de 1776, na América do Norte, as treze Colônias britânicas que há muito buscavam o fim do vínculo com a coroa inglesa, influenciaram Thomas Jefferson a declarar a independência dos Estados Unidos da América, marcando o rompimento das colônias americanas com a Inglaterra¹¹.

¹¹ Inglaterra: Maior país da ilha da Grã-Bretanha, localizado no noroeste europeu (SÃO PAULO, 1996, p. 495).

Um dos principais fatores que contribuíram para a revolta das Colônias inglesas foi a concorrência do comércio colonial com o comércio metropolitano, surgindo atritos que resultaram na emancipação das colônias.

Na verdade, a idéia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Uma nação só está legitimada a auto-afirmar sua independência, porque o povo que a constitui, detém o poder político supremo. E toda vez que alguma forma de governo torna-se destrutiva, é direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir uma nova forma de governo. (COMPARATO, 1999, p.89).

2.4. Da Revolução Francesa à Constituição Mexicana

Ocorreu na França absolutista, no ano de 1789, a consagração normativa dos primeiros direitos humanos.

Luiz XV¹² era rei que governava com poderes absolutos, controlava o poder julgador, a economia, a política e até mesmo a religião. O seu povo clamava pela democracia. A vida dos trabalhadores e camponeses era de extrema miséria, portanto, desejavam melhorias na qualidade de vida e de trabalho.

A situação social era tão grave e o nível de insatisfação popular tamanho, que o povo foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a Monarquia. O primeiro alvo dos revolucionários foi a Bastilha, com sua queda em 14/07/1789. O lema dos revolucionários era "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", pois ele resumia muito bem os desejos do terceiro Estado francês.

O povo francês, por intermédio de Assembléia Nacional, em agosto de 1789, consagrou um conjunto de direitos naturais inalienáveis do homem, cancelou todos os direitos feudais que existiam e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Dentre as importantes previsões podemos destacar os seguintes direitos: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, legalidade, presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento.

A revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios. (COMPARATO, 1999, p.117).

A França continuou alavancando os direitos humanos e agora fundamentais. Os líderes da Revolução Francesa, em 1791, reunidos numa assembléia aprovaram a primeira Constituição francesa e aí já estabeleceram regras que deformavam completamente a idéia de

¹² Luiz XV: Rei da França (1710-1774). Neto de Luiz XIV (FOLHA DE SÃO PAULO, 1996, p. 579).

cidadania. De acordo com seus termos, o governo passaria a ser comandado por uma monarquia constitucional. O poder passou a ser exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assinada em Genebra, no ano de 1864, em matéria internacional, a Convenção de Genebra inaugura o Direito Internacional Humanitário, marco dos direitos humanos no âmbito internacional.

Ela inaugura o que se convencionou chamar *direito humanitário*, em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. (COMPARATO, 1999, p.152).

No ano de 1917 foi assinada a Constituição Mexicana. Em verdade, ainda que não tivesse suas provisões sociais efetivamente materializadas, a Constituição Mexicana garantia direitos sociais e individuais, trazendo tendências sociais, quando atribuiu como presença marcante os direitos trabalhistas com o status de direito fundamental. A nova Constituição incluiu como "garantias individuais" em grande parte de seu texto, direitos considerados hoje como direitos humanos:

O que importa na, verdade, é o fato de que a constituição Mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. A constituição Mexicana estabeleceu firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários [...] (COMPARATO, 1999, p.172).

3. A positivação dos direitos humanos e os direitos fundamentais no século XX

No século XX, a Constituição de 1919 da República Federativa Alemã, conhecida como Constituição de Weimar, assinala um momento importante na presença do Estado na afirmação e garantia de "novos direitos". Os direitos sociais com o compromisso de realização dos direitos individuais, decorrentes do constitucionalismo social, surgido da idéia de que a felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, pelo Estado.

Os novos direitos humanos positivados são os direitos econômicos e sociais que a Constituição de Weimar consagrou, realizando o compromisso do individual com o social. Além dos direitos sociais expressamente previstos em seu texto, manifesta um intenso espírito de defesa dos direitos sociais, ao proclamar que o Império buscaria uma forma de regulamentar internacionalmente a situação jurídica dos trabalhadores, dando à classe trabalhadora o mínimo de direitos sociais.

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objetivo a organização do Estado, enquanto a Segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a Segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. (COMPARATO, 1999, p.184).

Foi em 1945 que representantes de 50 Estados reuniram-se em San Francisco, nos Estados Unidos da América, na Conferência das Nações Unidas, para uma Organização Internacional. No encontro foi elaborado um rascunho da Carta das Nações Unidas. A Carta foi assinada em 26 de junho de 1945 e ratificada por 51 países em 24 de outubro de 1945.

A missão da ONU parte do pressuposto de que diversos problemas mundiais como: pobreza, desemprego, degradação ambiental, criminalidade, AIDS, migração e tráfico de drogas, podem facilmente ser combatidos por meio de uma cooperação internacional.

As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana. (COMPARATO, 1999, p.200).

Cabe a todos considerar que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. E que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da Humanidade.

Com o seguinte preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob Sua jurisdição. (Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm - Acessado em 26 de maio de 2009).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi assinada em Paris, França, surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de combater as atrocidades causadas pela xenofobia, o racismo, o anti-semitismo e a intolerância que se alastraram na Europa durante a referida guerra mundial, cometidas contra a dignidade humana, um ideal a ser alcançado. Com isso, nasce a primeira tentativa de estabelecer direitos humanitários universais, sem se ater a raça, credo, língua ou até mesmo ao poder (SILVA, 2008, p. 154).

Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, mas sem sua expressão individualista, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, de reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo primeiro. Destaca Bobbio que:

Mas é também verdade que somente depois da segunda guerra mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela primeira vez na historia de todos os povos. (BOBBIO, 1992, p 46).

4. Os direitos fundamentais na atualidade

Quando se conceitua o direito fundamental dentro de uma doutrina constitucional mais atualizada, nota-se que este tem uma estreita ligação com a evolução da sociedade como um todo. Enquanto a sociedade segue evoluindo, surgem as lacunas, as falhas no ordenamento jurídico. Quanto aos direitos fundamentais, revela-se a necessidade de que essas lacunas sejam preenchidas. Isso só é possível com o surgimento de novos direitos que passam a preenchê-las.

São esses novos direitos que suprem as necessidades das tutelas pretendidas. Como esses novos direitos evoluem junto com a sociedade, pode-se dizer, então, que os direitos fundamentais transpassam a dimensão em que se encontram e passam para uma dimensão seguinte, mais moderna, mais evoluída.

Conforme afirma Comparato:

O caráter abstrato e geral das formulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referencia indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos. (1999, p. 132).

Foi a Revolução Francesa que antecipou, ou adiantou o modo de como se institucionalizaria a seqüência histórica dos direitos fundamentais com sua ideologia. Muito embora, por muito tempo, mal compreendida. Assumia um caráter humano de grande valia, transparecendo sua universalidade e demonstrando a pertinência desses direitos. Como consequência gradativa, muitos autores mencionam uma divisão em três dimensões dos direitos fundamentais, falando-se, hoje, em uma quarta dimensão.

Os direitos fundamentais considerados de primeira geração, de cunho materialista, são representados pelos direitos civis e políticos. Em primeiro plano, desponta a proteção à vida, à liberdade, à propriedade, em suma, tendem a proteger o individuo em face do poder do Estado. Diante disto, os direitos fundamentais de primeira geração segundo, Bonavides:

São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (2006. p. 563).

Os direitos fundamentais de primeira geração estão presentes em todas as Constituições das sociedades civis democráticas. Essa geração dos direitos fundamentais esteve em atividade até o início do século XX, pois, a partir deste, surgiram novos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de segunda geração assim considerados se relacionam intimamente com os direitos da coletividade, de cunho social cultural e econômico, valorizando o direito à saúde, à previdência e à assistência social. Tanto é que em nossa Constituição Federal foram elencados em capítulo próprio: “dos direitos sociais”. Para Bonavides:

Os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. (2006, p. 564).

Na esteira da evolução dimensional, eis que surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, preconizando uma síntese dialética dos valores decantados nas duas primeiras versões, pois nessa dimensão não é valorizado exclusivamente o indivíduo, muito menos são evocadas apenas as conquistas sociais. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais passa a enaltecer o conceito humanitário, enfocando a adequação dos valores consagrados pela experiência humana, face uma nova condição social, cultural e econômica.

Emerge um novo escopo jurídico que se funde aos direitos do homem, juntamente com os direitos de liberdade e igualdade. Diante disto, Bonavides descreve:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. (2006, p. 569).

Enfim que nos chegam os dias atuais acompanhado dos direitos fundamentais de quarta geração, cujo principal defensor é Bonavides. Chega como consequência da preocupação política neoliberalista que os avanços tecnológicos trazem ao meio social e que interferem nas esferas econômicas, culturais e jurídicas da atualidade

Assim descreve Bonavides acerca do neoliberalismo:

Sua filosofia de poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. (2006, p. 571).

O pensamento de Bonavides acerca dos direitos fundamentais da quarta geração corresponde à verdadeira institucionalização do Estado Social. “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo.” (2006, p. 571).

Dessa forma, a globalização dos direitos fundamentais se confunde com a universalização do meio institucional, já que reconhece a existência desses direitos de quarta dimensão. Sarlet comenta:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais. (2006. p. 571).

Assim, tornar globalizados os direitos fundamentais denota universalizar os mesmos para que seja possível aos direitos da quarta geração atingir a sua objetividade como as outras duas dimensões de direitos anteriores, sem privar a subjetividade da primeira dimensão, para a conquista de um futuro melhor, sem deixar de ser um sonho distante o merecido reconhecimento no âmbito do direito positivo interno e internacional.

4.1. A finalidade protetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia

Existe em nossa atual democracia uma ferrenha restrição no que tange a atuação do poderio estatal, que está intimamente ligado à soberania popular, já que é esse conjunto de pessoas ligadas entre si, por motivos e ideais em comum, que escolhem seus representantes, delegando-lhes aos eleitos o poder de ditarem os rumos da nação.

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Os direitos humanos fundamentais, que fazem parte da nossa Constituição Federal, não exprimem apenas uma formalidade de princípios; pelo contrário, vêm integralmente positivizar os direitos que cada cidadão poderá reivindicar junto ao Estado, para que seja tutelada e efetivada a democracia.

Nesse sentido é importante lembrarmos a lição de Branco:

Um dos principais parâmetros de aferição do grau de democracia de uma sociedade, ao mesmo tempo em que a concreta e real existência de uma sociedade democrática

revela-se como pressuposto indissociável à plena eficácia dos direitos fundamentais. (2002, p.104).

A coluna que sustenta a edificação do autêntico Estado Democrático de Direito ergue-se no respeito que é concedido principalmente pelo Poder Público aos direitos humanos fundamentais. Deve esse ter como direcionamento básico e certo de resguardar a dignidade da pessoa humana, dando o mais amplo e irrestrito sentido possível.

Tendo como pano de fundo a influência das idéias filosóficas difundidas de cada época, o desenvolvimento econômico e as práticas políticas, o relacionamento entre Direito e Estado tem crescido ao longo do tempo, porém com discreta harmonia.

A sociedade que se serve do Estado como um todo faz com que o próprio Estado passe a ser alvo de litígios, que buscam engrandecer valores como a dignidade da pessoa humana e a igualdade formal, material e moral, incumbindo o Estado do dever de exercer de forma positiva a efetivação dos ideais personificados na forma de prestar positivamente dentre outros benefícios e direitos o direito à saúde.

A primeira atribui à efetivação da adesão quanto à maneira na qual a norma é recebida pelo cidadão, que o faz modificar suas condutas, frente ao atendimento de uma ordem jurídica constituída. A eficácia social da norma é aquela que se presta aos apelos e expectativas do legislador com intuito de que sejam cumpridas, da forma em que foram escritas por todos envolvidos diretamente na condição que fora tipificada (SILVA, 2001, p. 83).

Já a segunda espécie, que leva o nome de eficácia jurídica, trata do processo que ocorre no mundo dos fatos, também chamada de causalidade jurídica, já que partindo dessa ligação que existe entre o evento ordenado no antecedente e ao acontecimento no mundo dos fatos, origina a relação jurídica emanada pelos efeitos que contêm dentro da norma jurídica. Concluimos assim, que o resultado jurídico, não é imposição apenas da norma, mas do fato que nela está descrito (SILVA, 2001, p. 114).

As normas constitucionais podem produzir efeitos imediatos ou não; as que produzem efeito imediato são as de eficácia plena que produzem efeito imediato e pleno e as de eficácia limitada não produzem efeito imediato, determinam ao legislador infraconstitucional a direção a seguir, sob pena de perderem sua eficácia. As imediatas, segundo descreve Silva:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados. (2001, p. 99).

Já as normas constitucionais de eficácia mediata dizem respeito àquelas que no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o poder de compor todos os efeitos esperados, já que necessitam de um meio introdutório para outorgar a certeza necessária a fim de que sejam aplicadas (SILVA, 2001, p. 114).

Fica evidente a existência de normas constitucionais que dependem da intervenção do legislador ordinário para positivar seus efeitos jurídicos. Por outro lado, existem normas que por apresentarem eficácia jurídico-técnica, não precisam da intervenção do legislador infraconstitucional (CANOTILHO, 193, p. 541).

As normas relativas a conduzir os direitos fundamentais têm aplicação imediata, isto é, possuem a qualidade aplicável imediata, diferente do que acontece com as normas de eficácia mediata, como descreve Sarlet:

O art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não existe consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. (2007, p. 77).

A norma contida em nossa Constituição Federal é orientada para todos os cidadãos, sem discriminação. As normas que se direcionam e disciplinam os direitos fundamentais dispõem sobre a conduta dos cidadãos sem individualizar, ou seja, sem identificar isoladamente o cidadão ou grupo social, podendo-se incluir os diversos grupos determináveis ou indetermináveis, como aposentados, trabalhadores, inclusive, estrangeiros que residem no país ou que por aqui estejam de passagem. Assim leciona Sarlet:

A extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residente, mesmo nos casos em que tal não decorre diretamente de disposição constitucional expressa. Neste contexto, há que invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros. Também aqui assume relevo o que poderia ser chamado de função interpretativa do princípio da universalidade, que, na dúvida, estabelece uma presunção de que a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas. (2007, p.232).

Faz jus ressaltar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais apóia-se em três princípios pilares que lastreiam sua eficácia: O princípio da universalidade, da dignidade da pessoa humana e da isonomia (SARLET, 2007, p. 142).

Assim, a aplicabilidade normativa dos direitos fundamentais, no aspecto de uma aplicação direta e imediata, está garantida no artigo 5º, § 1º da CRFB, o qual traz a sua

efetividade imediata e não está condicionada e muito menos vinculada à produção de qualquer outra norma jurídica, para que torne efetivos todos os resultados jurídicos e sociais contidos na norma constitucional.

4.2. A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais

A nossa Constituição Federal de 1988, depois de relevantes acontecimentos em nossa história, deu um sentido especial aos direitos e garantias individuais. Também denominada de “Constituição Cidadã” pela forma com que o legislador incluiu de forma intencional e especial um rol de direitos fundamentais, que vão do artigo 5º ao 17.

Impossível abolir de nossa Constituição Federal os direitos fundamentais nela contidos, de uma forma democrática. Por vontade do legislador constituinte, esses são elementos que identificam e integram a Constituição Federal e ficam ao longe de qualquer possibilidade de ser alvo de reforma Constitucional, pois assim reza o artigo 60, §4º da CRFB:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.
(BRASIL, 2006, p.60.)

Os direitos fundamentais no Brasil são classificados como direitos subjetivos, pois os direitos fundamentais concedem ao titular do direito ser possível a imposição de seus interesses, frente aos órgãos obrigados em satisfazer o direito aspirado ao caso necessário, quando não o fazem. Como também objetivos, já que há os direitos fundamentais que sustentam a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito dando suporte para a concretização das garantias individuais.

O direito objetivo na sua totalidade estabelece uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma. A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também com o próprio instrumento (remédio processual) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado. (BONAVIDES, 2004. p. 532).

Os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal Brasileira asseguram direitos aos cidadãos ao conviver em forma de sociedade ou mesmo de uma forma individual, exercendo a proteção que lhes é devida contra o poder Estatal, ou de qualquer outro fato que seja praticado por terceiros, que lhe ponha em risco a sua integridade e o seu regular estado de

direito. Os direitos fundamentais são de caráter assecuratório, nem sempre estão na Constituição de forma expressa. Já os direitos individuais fazem parte de forma expressa no texto constitucional, conferindo-lhes um caráter declaratório (BONAVIDES, 2004. p. 528).

A positivação dos direitos individuais constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade. Essa consagração jurídico-positiva dos direitos do homem é uma garantia de que se reconhece, na carta magna, uma relação jurídica entre governado e o Estado e suas autoridades. (SILVA. 2005, p. 419).

Os direitos fundamentais possuem cunho de normatização constitucional, ou seja, presunção de serem positivados na Constituição Federal. Esses direitos têm a eficiência e aplicação imediata, porém, compondo uma fase que pode ser abrandada, levando-se em conta critérios proporcionais e razoáveis, desde que previstos em lei ou ainda que possam ser julgados levando em conta a sua aplicação ao caso concreto.

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional. Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 1993, p. 497).

Adotando uma posição de proteção, vista do ponto jurídico fundamental, evidencia que os direitos fundamentais não ficam restritos apenas no âmbito da igualdade e da liberdade, vão muito além, uma vez constitucionalizados, abraçam posições jurídicas distintas, que buscam proteger e garantir o espontâneo manifesto da personalidade, garantindo um campo de autodeterminação pessoal.

Considerações finais

O nascimento dos direitos humanos e sua contextualização histórica nos mostra que desponta no século XVIII, o primeiro indício de proteção individual, passando pela Idade Média, Idade Moderna, Revolução Francesa, e o compromisso e afirmação da garantia dos novos direitos com a Constituição de Weimar. Lembrando que a evolução dos direitos fundamentais foi marcada por muitas lutas e sofrimentos.

Todo o conjunto de direitos e garantias voltados ao cidadão giram em torno do respeito à dignidade da pessoa humana, exercendo uma proteção contra a arbitrariedade e o poderio Estatal. Tais garantias estabelecem mínimas condições de vida e meios para o desenvolvimento da pessoa humana.

É de absoluta necessidade a inclusão dos direitos humanos em todas as Constituições, vindo a consagrar o respeito ao cidadão com base na dignidade humana visando o seu pleno desenvolvimento.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Centro de estudios constitucionales. Madrid: Imprensa Farezo, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: ed. Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 187).

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **Direitos humanos: fundamentos, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos fundamentais: anuário 2004/2005** / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.