

FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Força normativa é a prerrogativa que ostentam as normas constitucionais de serem obedecidas e cumpridas pelos entes estatais e pela sociedade de forma geral. Teoricamente, pela supralegalidade que elas gozam apresentam uma maior intensidade de coercibilidade, produzindo maior efeito do que as outras normas. Ela se configura como requisito inexorável para que a Constituição deixe de ser um texto semântico, destituído de qualquer eficácia, e passe a ser uma norma respeitada, dotada de coercitividade e limitando as opções do *lower lawmaking track*.¹

Segundo Konrad Hesse pelo fato da Lei Maior se constituir como a ordem fundamental jurídica da coletividade, ela estabelece os princípios diretivos que forjam a unidade política, regula os procedimentos de superação de conflitos no interior da sociedade e os procedimentos de formação da unidade política. Desses predicativos advém a força normativa da Constituição.² Como é a norma mais importante do ordenamento jurídico, regulamenta todo o núcleo do poder político estabelecido.

Concretização é a possibilidade que as normas constitucionais possuem de produzir efeitos na seara fática, realizando efeitos concretos na subsunção da norma ao fato. Ocorre quando seus dispositivos conseguem ultrapassar a barreira do ser e do dever ser e se entrelaçam para produzir os efeitos tencionados quando de sua elaboração. Significa densificação de sua normatividade, elidindo as possibilidades dessas normas serem classificadas como semânticas.³

Para Canotilho, concretização traduz-se por um processo de densificação de regras e princípios, no que implica um processo que percorre o texto da norma para uma norma concreta, já que apenas com a “descoberta” da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais ter-se-á o resultado final da concretização.⁴

A força normativa da *Lex Mater* e o seu inexorável procedimento de concretização são apanágios da supremacia constitucional, que faz com que os mandamentos constitucionais sejam considerados como as normas mais importantes do ordenamento jurídico.

1 - ACKERMAN, Bruce. *We the people. Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. P. 285-290.

2 - HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. P. 37.

3 - LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1964. P. 218-219.

4 - CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003. P. 1201.

Várias são as assertivas lógicas que tentam explicar a teoria da supremacia constitucional como norma ápice do ponto de vista hierárquico do ordenamento jurídico, sintetizando a soberania estatal como fora propugnado por Hauriou.⁵ Frise-se, ancorados na lição de Gustavo Zagrebelsky, que os ordenamentos jurídicos pré-revolucionários não reconheciam essa proeminência aos textos constitucionais.⁶ Devido às dimensões do presente trabalho, preferiu-se reduzir essas correntes em três grandes grupos.

A necessidade de densificação da força normativa da Lei Maior e a conseqüente premência de concretização de suas normas assinala a superação da ideia de um constitucionalismo clássico em que a função das normas constitucionais era apenas a de delinear a estruturação de repartição de poderes e outorgar direitos fundamentais de primeira dimensão.⁷

Esse tipo de constitucionalismo se atinha a fornecer a moldura para a organização de poder, ficando ao legislador infraconstitucional a incumbência de determinar a confecção das políticas públicas sem nenhum tipo de imposição normativa.⁸

Sua função reduzia-se a formular os procedimentos básicos de funcionamento dos poderes estabelecidos, destituindo-se de qualquer conteúdo que deveria ser estabelecido para cumprimento dentro de um considerável lapso temporal. Inclusive Klaus Stern afirma que a concepção antiga de Constituição, que regulamentava apenas a estruturação dos poderes e estabelecia os direitos fundamentais, fora ultrapassada por um novo conceito que incluía elementos de caráter substancial.⁹

Contudo, esse tipo de constitucionalismo clássico¹⁰ não mais se adequa às problematizações complexas das sociedades hodiernas.

5 - HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. 12^a ed., Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916. P. 678.

6 - ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 2 ed., Bologna: Il Mulino, 1988. P. 14.

7 - A grande contribuição desse modelo constitucional foi o sepultamento definitivo do Estado despótico, personificado na figura do Rei absoluto. MCLLWAIN, Charles H. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bologna: Il Mulino, 1990. P. 44.

8 - Para Ricardo Lobo Torres os direitos econômicos dependem integralmente da concessão do Legislador para sua concretização. TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária." In: *Direitos Fundamentais. Orçamento e 'Reserva do Possível'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 80.

9 - STERN, Klaus. "Global Constitutionalism Movements and New Constitutions". In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. N. 2. jul/dez. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 344.

10 - FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica*. Porto: Gráfica de Coimbra, 1990. P. 135.

As Constituições deixam de ser uma moldura que podem ser livremente preenchidas, segundo o alvedrio dos poderes constituídos, para incorporarem determinados conteúdos que passam a vincular os legisladores infraconstitucionais,¹¹ ao menos de forma teórica, em moldes imperativos, mesmo que suas normas intervenham em atividades produtivas ou estabeleçam políticas de redistribuição de renda.

O que se propugna é a criação de uma Constituição efetiva, que possa se sedimentar como “pacto vivencial da sociedade”, incorporando-se no imaginário coletivo da sociedade. Uma Carta Magna que sirva de parâmetros em todas suas normas, envolvendo tanto a ordem econômica quanto a ordem social.

Tem-se o cuidado de não se adotar tipologias que são conceitos indeterminados, como Constituição Dirigente, que fora até mesmo renegada por um de seus corifeus mais importantes.¹² A Constituição que se vislumbra não é só a garantia do existente, mas também um programa para o futuro,¹³ atuando como vetor para a política, sem substituí-la, podendo cumprir todas as prerrogativas delineadas pelo Texto Maior.

Mas deve-se deixar claro que não há escopo de colonização da seara política por qualquer tipo de processo de judicialização que não seja de forma supletiva.¹⁴ Da mesma forma que se discorda da concepção absoluta da separação de poderes, não há nenhuma apologia a mitigação das atribuições do Poder Legislativo, que deve servir de “caixa de ressonância da sociedade”.¹⁵

Diante das demandas da sociedade brasileira, que ostenta um tecido social bastante esgarçado, faz-se urgente uma teórica constitucional que possa resgatar as promessas de uma modernidade que ainda não se realizou.¹⁶

11 - GIOVANNELLI, Adriano. *Dottrina Pura e Teoria Della Costituzione* in Kelsen. 2 ed., Milano: Giuffrè, 1983. P.282-283.

12 - Canotilho relativizou a importância da Constituição Dirigente ao admitir que as normas não podem ser voluntaristas nem pode relegar o pluralismo que é uma das características da pós-modernidade. “Na Constituição prevê-se um esquema de segurança social unificado. Acreditávamos nesse esquema, mas hoje há outros esquemas, privados, que alguns consideram mais rentáveis e mais eficientes, que podem conduzir aos mesmos objetivos de defesa de uma segurança social mais ou menos sólida. Por isso mesmo, pergunta-se: deveria ter-se cristalizado na Constituição essa política que se traduz apenas na existência de um serviço público de segurança social, limitando o legislador democrático? Ora bem. O problema que efetivamente se coloca é o de saber se deveremos cristalizar políticas na Constituição ou se deveremos ter abertura para as várias políticas possíveis. Hoje penso que o momento de maior tensão é este.” CANOTILHO, J. J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 19-20.

13 - BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)” In: *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. P. 169.

14 - VIANNA, Luiz Werneck et Alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. P. 43.

15 - Ely afirma que o Poder Legislativo consome a maior parte de seu tempo em atividades outras que não a produção legislativa. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. P. 131.

16 - STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 69.

Um texto que possa pautar as lutas da cidadania e esboçar o esquadro de uma sociedade que possa ser includente e ao mesmo tempo factível, sem cair na tentação de reprodução de utopias.

TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

INTRODUÇÃO

A Preponderância dada, atualmente, aos direitos humanos decorre do entendimento de que eles são essenciais para a proteção do homem, juntamente com sua positivação no Texto Constitucional e o reconhecimento da supremacia da Lei Maior no ordenamento jurídico. Trata-se de uma categoria fundamental que deriva da própria condição humana, erigindo o homem como pilar essencial na construção de um Estado Democrático Social de Direito. Essa importância ganha maior densidade principalmente em sociedades que ostentam altos níveis de desigualdade social, necessitando de políticas públicas que possam incorporar a grande massa de excluídos, sob pena de padecer de intenso caos social.

Como prova principal da relevância dos direitos fundamentais, podemos citar o preâmbulo do Texto Constitucional que afirma com um de seus objetivos a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança.

RETROSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O sentido de direitos fundamentais como norma obrigatória é decorrência direta de seu processo de evolução. Desse modo, pode-se observar que tais direitos não foram sempre os mesmos e, sim, que evoluíram no decorrer do tempo. Contudo, convém ressaltar que esse desenvolvimento não é uniforme em todos os países, nem é linear, no sentido de sempre ocorrer um avanço no teor dos direitos conquistados.

Retrocessos são possíveis, como nos chama a atenção à barbárie nazista. Sua evolução estar intrinsecamente ligada a questões sociais, econômicas e culturais, modulando-se de acordo com a mobilização social para garantir que suas demandas possam ser atendidas.

Difícil traçar um marco cronológico para a evolução dos direitos fundamentais, haja vista a complexidade dos fatos e a identificação de pontos aleatórios para traçar tal análise.

Prefere-se começar essa evolução a partir do período clássico grego, em que o homem começa a ser vislumbrado como uma entidade dotada de liberdade e razão.

Não estaria mais ele ao talante de desígnios divinos, abre-se a possibilidade de palmilhar seu próprio caminho, tornado-se senhor de seu destino. Convém ressaltar que essas liberdades e preponderância da razão não eram compartilhadas por todos, apenas os homens que participavam das discussões políticas na praça pública eram considerados cidadãos, o que excluía as mulheres, os escravos e os estrangeiros.

Aristóteles estabeleceu a discussão jurídica a respeito da justiça e de sua importância para a proteção das relações sociais. Ele a dividiu em justiça distributiva e justiça comutativa. A primeira consistindo naquela em que há relações desiguais para a proteção da parte desfavorecida, vislumbrando de forma precursora a ideia de seguridade social.

A segunda se refere aquelas relações em que deve existir uma equivalência entre o ônus e o bônus, impedindo desequilibrados que prevaleçam uma parte em detrimento de outra.

A participação romana foi através do conceito de *jus gentium*, tomado como uma pluralidade de normas reguladoras de relações em que intervinha um estrangeiro. Reconheceu-se, portanto, que eles igualmente são sujeitos de direito. Progressivamente houve a atribuição de direitos aos habitantes do Império e até da própria cidadania romana, demonstrando, pela primeira vez, a universalidade dos direitos humanos.¹⁷ Roma ainda produziu a diferenciação entre direito público e direito privado e normatizou as relações familiares sob a égide do *pater familia*.

A partir do cristianismo o homem assume uma importância preponderante, gozando de uma dignidade que não possuía antes, em razão de ser considerado a imagem e a semelhança de Deus, o que, em nível teórico, contribuiu para preservar sua incolumidade física e garantiu-lhe certo grau de dignidade.

Contudo, a Igreja Católica também incentivou a ideia de que ela se ocuparia apenas com a esfera espiritual, ficando a esfera temporal ao encargo do governo estabelecido – teoria que se mostrou imprescindível para sua existência e desenvolvimento durante o Império Romano.

Mesmo na época feudal, em que a Igreja desempenhou relevante papel em assuntos temporais, exercendo poder fático em vastas extensões territoriais, não houve preocupação com a preservação dos direitos fundamentais. As torturas praticadas pela Santa Inquisição eram consideradas como meio de expiação dos pecados e caminho para a sublimação eterna.

O jusnaturalismo, já desenvolvido pelos gregos e depois amplamente difundido na Idade Média, ajudou a firmar a concepção dos direitos humanos quando declarou de forma solene que o homem é dotado de direitos que independem dos entes estatais, visto que tais prerrogativas resultam da natureza humana, sem a exigência de nenhuma condição para que eles fossem assegurados.

Quando Antígona disse ao Rei Creonte que existiam direitos superiores e que não dependiam da vontade de qualquer tipo de autoridade para sua realização, ela consolidou uma tradição tipicamente jusnaturalista. Como consequência, o Estado deixa de ser o mostro Leviatã e passa a ser visto como uma instituição que visa garantir os direitos básicos dos cidadãos.

O Renascimento, derrubando as amarras impostas pela religião, representou o continuar das melhores tradições gregorromanas, no sentido de recolocar o homem como objeto central de suas especulações. Todas as áreas do pensamento, como a pintura, escultura, literatura, etc., fizeram do ser humano o centro das atenções.

Houve uma crença generalizada em suas potencialidades, no desenvolvimento da razão em detrimento do obscurantismo. Dentro dessa efervescência cultural houve o incremento dos direitos humanos, sendo alicerçados por várias correntes doutrinárias, podendo ser citadas o contratualismo, o socialismo, o humanismo, o racionalismo etc.

As guerras religiosas, travadas entre cristãos e protestantes, ocuparam uma relevância ímpar nesse processo, fazendo com que a liberdade religiosa e a tolerância ocupassem papel central nas discussões do período. Perseguições advindas de divergências religiosas foram responsáveis por vários massacres e impeliu minorias religiosas para a América onde esperavam poder professar suas crenças. O resultado foi o surgimento de pactos e declarações em que essas prerrogativas foram protegidas.

Almejando consolidar as prerrogativas conseguidas pela população através de textos escritos e, posteriormente, em decorrência da fecundidade cultural do renascimento, foram produzidas várias declarações de direitos que fortaleceram os direitos dos cidadãos.

Esse contexto levou a Declaração da Magna Charta Libertatum (1215); da Declaração de Direitos de Virgínia (1776); da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa; da Declaração do Homem Trabalhador e Explorado (1917); da Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), adotada pela Assembleia Geral da ONU.

A *Magna Charta Libertatum* apesar de ter sido outorgada em virtude de uma derrota do Rei João Sem Terra para os senhores feudais, pode ser entendida como uma verdadeira carta de direitos. Inicialmente era um pacto concessivo de privilégios aos barões, porém, com o passar do tempo, as disposições nela contidas passaram a ser aplicadas a todos os homens livres.¹⁸ Dessa forma, pode-se observar uma evolução interpretativa. Até hoje muitas de suas disposições são aplicadas,¹⁹ com sua importância ressaltada ao longo da história.²⁰

Com o *Bill of Rights* da Virgínia há um maior desenvolvimento dos direitos fundamentais, ocorrendo a positivação dos direitos imprescindíveis ao desenvolvimento humano.

Ela foi importante pela afirmação de que os homens possuem direitos que são inerentes a sua própria natureza, de acordo com os ideais jusnaturalistas; e por asseverar que todos são livres e iguais, sem distinção de qualquer natureza, no que contribuiu para sepultar a ideia de superioridade da realeza e da nobreza advindas da Idade Média.²¹

Em 1789, a Assembleia Nacional da França, votou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²² Sua importância se configura na mudança das relações entre os direitos humanos e o Estado, positivando tais prerrogativas e obrigando os entes estatais a respeitá-los e garanti-los.²³

18 - TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 412.

19 - "(...) serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade". SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4 ed. 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 48

20 - "Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro deste período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto, a Magna Carta foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se a partir desta última data, direito permanente. Três de suas disposições – as de números 1,9 (13 na versão de 1225) e 29 (39 e 40 na versão de 1225) – ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor". COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação História dos Direitos Humanos. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 74/75.

21 - No art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia é proclamado: "Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança".

22 - No art.2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.". No art. 4º da mesma: "A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei."

23 - O real escopo da declaração francesa e norte-americana era assegurar a defesa da propriedade contra o regime de privilégios classistas e contra os atos arbitrários praticados pelo Estado. Ao contrário do que se possa imaginar o fim não era a defesa dos interesses da população pobre e, sim, a defesa dos interesses da burguesia. SCHAFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. Direitos Humanos & Seu Processo de Universalização: análise da convenção americana. Curitiba: Juruá, 2003. P. 29

Sua preponderância em relação às outras declarações consiste em seu caráter universal, ou seja, a declaração americana estava voltada a garantir a independência das treze colônias, restabelecendo antigas liberdades e costumes; já a Declaração de 1789 tinha como objetivo levar a ideia de liberdade a todos os povos e a todos os tempos.²⁴

A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado surgiu em decorrência da Revolução Bolchevique de 1917, implantando de forma pioneira uma experiência socialista com a criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Foi a primeira declaração que defendeu a adoção de direitos sociais, garantindo prestações mínimas que deveriam ser providas pelos entes estatais. Ela restringiu a propriedade privada, conferiu direitos às mulheres, expandiu as liberdades associativas e, principalmente, colocou os trabalhadores, ao menos em nível teórico, como classe dominante da sociedade.

As atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial deixou chocada a opinião pública internacional; como em pleno Século XX o homem pôde cometer tamanhas barbaridades ? A sobrevivência do homem estaria em perigo se essas barbáries tornassem parte de um círculo vicioso. Para evitar novas hecatombes, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou uma declaração com a finalidade de instituir mecanismos capazes de assegurar universalmente a proteção dos direitos agasalhados. Ela retoma os ideais de outras declarações, reconhecendo como valores supremos a igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens.²⁵

DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS HUMANOS

A doutrina divide os direitos fundamentais em duas dimensões: a primeira é a dimensão subjetiva, que consiste na autorização ao titular do direito em reclamar perante o judiciário determinada ação – omissiva ou comissiva; a segunda é intitulada de dimensão objetiva, pois compreende o compromisso do Poder Público e dos entes privados em respeitar os direitos fundamentais, vinculando seus atos aos mandamentos constitucionais definidores de tais direitos²⁶.

²⁴ - "Trata-se de uma declaração, enfatize-se. Os direitos enunciados não são aí instituídos, criados, são" declarados " , para serem recordados". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 22

²⁵ - COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 226.

²⁶ - CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, SP , v. 14, n. 54, jan./mar. 2006. Pg. 33

Com isso, podemos pontuar que os mandamentos infraconstitucionais, os atos do Poder Público e os atos privados sofrerão uma releitura, sendo interpretados conforme os direitos fundamentais presentes na Carta Magna.

Dimensão subjetiva

Os direitos fundamentais assumem dentro desse prisma, a função de direitos prestacionais, de defesa e de não-discriminação.

Caso tais funções não sejam realizadas pelo Estado, o indivíduo tem o direito de reivindicar, perante o judiciário, a concretização do dispositivo normativo.²⁷

Os direitos fundamentais são inseridos no espaço público independentemente de declarações solenes de sua justicialidade e exequibilidade imediata, representando elementos imprescindíveis do ordenamento jurídico, impedindo que o Estado ou qualquer outro ente possa agredir seu conteúdo.²⁸

Dimensão objetiva

Por essa dimensão, o Poder Público e os entes privados se encontram obrigados a respeitar e concretizar os direitos fundamentais, existindo a possibilidade de pleitear a efetividade de tais direitos na via judiciária. A prestação jurídica ocorrerá através de medidas que visem sua disponibilização a todos, mormente aos mais necessitados.²⁹ Nesse diapasão, o legislador deve atuar criando condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos e fornecer aos cidadãos prestações que reforcem o substrato dos direitos subjetivos, executando – dessa forma - as imposições constitucionais.

27 - “Los derechos entendidos como pretensiones de la voluntad tienen naturaleza esencialmente subjetiva em um doble sentido. Son, em facto, instrumentos para la realizació de intereses individuales, confiados a la autónoma valoración de sustitulares, y además su violación autoriza a estos últimos a procurar su tutela (en lãs diversas formas posibles: autotutela, recurso judicial, resistência)” ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derechos Dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta. 1995. Tradução: Marina Gascón. Pg. 85.

28 - CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina. 7 ed. Pg. 476

29 - ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derechos Dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta. 1995. Tradução: Marina Gascón. Pg. 65-66.

TEORIA DOS QUATRO STATUS DE JELLINEK

Os direitos fundamentais exercem um vasto número de funções no ordenamento jurídico, seja em decorrência de seu desenvolvimento, exercendo cada um deles uma determinada concepção de conteúdo (direitos de primeira, segunda, terceira, quarta dimensões e as demais), seja em virtude de sua perspectiva subjetivo-objetiva.³⁰

Esse enorme âmbito de funções exercidas pelos direitos fundamentais pode ser estudado levando-se em consideração a teoria do status de Jellinek. Segundo essa teoria todo indivíduo inserido no âmbito de convivência social encontra-se vinculado ao Estado, e relaciona-se com este a partir de quatro modos: *status passivo*, *status negativus*, *status positivo* e *status activus*. Passaremos a analisar cada um desses prismas separadamente.

Status passivo se refere aos deveres que o cidadão tem perante o Estado, ou seja, indica a coercitividade no cumprimento de determinadas obrigações em razão das exigências da manutenção da vida em sociedade de forma harmônica. Nesse prisma, o cidadão se encontra em uma condição de subordinação em relação aos poderes públicos.

Status negativo garante ao cidadão uma esfera de liberdade (*status libertatis*), protegendo-o da interferência arbitrária dos entes estatais, no que outorga a coletividade livre arbítrio para alcançar seus objetivos. Assim, o cidadão é dotado de um poder que poderá ser exercido dentro de limites jurídicos pré-estabelecidos, só podendo o Estado intervir quando houver uma extrapolação. Atualmente entende-se que o *status negativo* ou *status libertatis* tem como base a Constituição, isto ocasiona o entendimento de que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes, inclusive o poder legislativo, não sendo admitida a existência no ordenamento jurídico de normas que os contrariem.

Status positivo defere ao cidadão a prerrogativa de exigir do Estado prestações materiais, a fim de satisfazer necessidades garantidas pela Constituição Federal. A partir desse *status* é que se fundamenta o direito dos cidadãos exigirem a prestação de uma densidade suficiente dos direitos fundamentais.³¹

30 - JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Trad. Fernando de los Rios. México: Fundo de Cultura Econômico, 2000. P.46-47.

31 - JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Trad. Fernando de los Rios. México: Fundo de Cultura Econômico, 2000. P.46-47.

Como consequência, todos aqueles que se sentirem lesados por um ato comissivo ou omissivo que viole uma prestação constitucional pode recorrer ao Poder Judiciário para ver sua prerrogativa assegurada.

Status activus se configura no direito que possuem os cidadãos de participarem das decisões políticas tomadas pelos organismos governamentais, no que define o rumo das políticas públicas implementadas. Trata-se dos direitos políticos, que nas sociedades hodiernas devem ser vislumbrados em uma perspectiva formal e material, proporcionando condições para que todos possam participar da vida pública da maneira mais livre possível.

FUNÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Função de defesa

Inicialmente, os direitos fundamentais tinham como escopo a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades estatais.³² Assim, há uma situação restritiva para o Estado, visto que este fica impedido de interferir na esfera juridicamente protegida da coletividade; já para o cidadão acarreta uma situação positiva, pois este será dotado de uma liberdade de agir dentro da esfera jurídica e de exigir que o Estado se omita de intervir em suas liberdades.³³

Essa função surge do contraponto ao Estado Absolutista, leviatã, em que não havia limites ao arbítrio dos governantes.

Os direitos fundamentais de defesa protegem os cidadãos contra atitudes estatais que agridam bens jurídicos fundamentais, classificando essas condutas como agressivas, inconstitucionais. Em decorrência do princípio da responsabilidade estatal, os atos da administração que violem os direitos fundamentais devem ser anulados e os terceiros prejudicados ressarcidos de forma moral e material pelos prejuízos sofridos.

Canotilho relaciona os direitos de defesa com as liberdades, pois estas últimas podem ostentar o mesmo âmbito de incidência daquelas, dependendo da esfera em que atuem.

32 - Pontuamos que não há uma vedação absoluta da intervenção estatal e – sim – que a intervenção ocorra de forma abusiva, ultrapassando as barreiras da constitucionalidade.

33 - CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1997. P. 383

O mencionado autor exemplifica se referindo ao direito à vida, afirmando que ele tem uma natureza defensiva contra o Estado, contudo não pode ser classificado como uma liberdade, já que seu titular não pode dispor.

Já o direito de escolher uma profissão se caracteriza como um direito de defesa e uma liberdade, isto é, o seu titular pode escolher de forma discricionária sua profissão e ao mesmo tempo possui proteção jurídica para efetuar essa escolha.³⁴

Função de prestação

Essa função ocorre quando o Estado tem a obrigação de atuar para satisfazer os direitos fundamentais através da prestação de serviços ou da disponibilização de bens, sem os quais a população não poderia usufruir de tais direitos.

Essas prerrogativas se encontram vinculadas à existência de normas jurídicas de Direito Público que protejam os direitos subjetivos e os tornem oponíveis ao Estado. A tutela desses direitos consiste na prestação de caráter positivo, material, por parte do Estado com o intuito de assegurar condições sociais, econômicas e culturais³⁵.

Canotilho observa que a função prestacional gera três problemas relacionados com os direitos sociais. O primeiro refere-se aos direitos sociais originários, ou seja, direitos que o cidadão auferir diretamente do Texto Constitucional.

O segundo abrange os direitos sociais derivados, que correspondem ao direito de exigir que o legislativo regulamente os mandamentos constitucionais que definem os direitos sociais – caso aconteça uma omissão legislativa pode haver a impetração de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de um mandado de injunção. O terceiro corresponde ao questionamento sobre a vinculação dos direitos sociais a todos os poderes estatais, obrigando-os a execução de políticas públicas com esse objetivo.³⁶

34 - CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. P. 1128.

35 - PEÑA de MORAES, Guilherme Braga. Dos Direitos Fundamentais, contribuição para uma teoria. São Paulo: Editora LTR. 1997 p. 192

36 - CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. P. 384.

Função de proteção perante terceiros

Esta função visa proteger o titular de determinado direito contra atitudes de terceiros que os afete. Assim, é dever estatal a adoção de medidas que garantam o livre exercício dos direitos pelos seus titulares, sem a interferência de terceiros. Essa função simboliza que os direitos fundamentais incidem também com relação aos particulares, no que a doutrina denomina de verticalização das prerrogativas ou *Drittwirkung*. Pensamento em contrário não se justifica porque se os direitos humanos são considerados imprescindíveis à organização harmônica da sociedade, eles necessitam ser respeitados por todos, inclusive pelos sujeitos privados.

Função de não-discriminação

Esta função deriva do princípio da igualdade, no que impõe a obrigação do Estado não discriminar seus cidadãos, tratando-os de forma igual. Deflui esse postulado do princípio da isonomia, que marcou os direitos de segunda dimensão e que se expande, em maior ou menor intensidade, a vários direitos fundamentais. Devido ao seu conteúdo, os direitos humanos não podem ser outorgados a alguns em detrimento de outros, a não ser que haja uma motivação fática que possa justificar tal diferenciação. Discriminações apenas são toleradas quando são proporcionais e visam a incorporar hipossuficientes à organização social estabelecida.

CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais possuem características em comum que os diferenciam de outras categorias de direitos. Saliente-se que essas características não são universais e gerais, dependendo de certos contextos para sua individualização e pertinência.

Historicidade

Os direitos fundamentais não resultam de um único acontecimento histórico, mas de uma evolução que os concretizou nos ordenamentos normativos ocidentais.

Isto significa que são direitos mutáveis com o decorrer dos anos, sofrendo transformações com o passar dos anos.³⁷ Eles são fruto de processos históricos e da evolução das ideias e valores que acompanham tais processos.³⁸

Em decorrência dessa característica, para se compreender corretamente os direitos fundamentais deve-se levar em consideração o contexto histórico ao qual se encontra inserido.

Sofrem influência direta de fatores sociais, culturais e econômicos, que, por sua vez, depende da área geográfica analisada. É muito difícil, para não dizer impossível, seu enquadramento como categoria exclusivamente jurídica em razão de que esses fatores metajurídicos os condicionam de maneira primordial.

Universalidade

Os direitos humanos têm como destinatários todos os seres humanos pelo fato de serem considerados imprescindíveis para o convívio harmônico da sociedade.³⁹

Apesar de serem direitos que pertencem a todos os indivíduos, pode-se visualizar algumas especificidades, como os direitos dos trabalhadores que só pertencem a grupos profissionais individualizados e os direitos indígenas que abrangem apenas os habitantes autóctones brasileiros.

Deve ser lembrado que para se entender o caráter universal dos direitos humanos é necessário levar em consideração as particularidades de cada comunidade e o momento histórico em que ela se encontra inserida.

Como essas prerrogativas assumem significados diferentes dependendo do contexto sócio-político-econômico que se encontram inseridas, não há hipótese de serem vislumbrados de uma mesma forma, não obstante possuírem um mesmo conteúdo. Portanto, não é errôneo afirmar que apesar de serem universais, os direitos humanos não são uniformes.

37 - Os direitos fundamentais “Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indulgências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.” BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 6.

38 - LEITE SAMPAIO, José Adércio. Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P.107.

39 - PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999. P.299.

Inalienabilidade

Esta característica encontra-se presente desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em que no seu preâmbulo estabeleceu que: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, **inalienáveis** e sagrados do homem (...)”

Por essa característica, eles não estão à disposição de seu titular, o que se torna um impedimento para serem transferidos a outrem ou serem negociados, mesmo que alguns deles detenham um conteúdo econômico patrimonial, como o direito à imagem ou a propriedade intelectual.⁴⁰ A inalienabilidade dos direitos fundamentais liga-se, diretamente, ao poder de autodeterminação do indivíduo, protegendo uma parcela de liberdade considerada imprescindível ao desenvolvimento do ser humano.

Quando em decorrência dos direitos fundamentais há a produção de bens patrimoniais, como os direitos autorais que são inerentes a liberdade de pensamento e expressão, esses podem ser alienados sem maiores restrições. O que permanece de livre disponibilidade do cidadão é sua capacidade de pensar e se exprimir.

Imprescritibilidade

Decorrente do caráter inalienável, os direitos fundamentais não prescrevem no tempo, podendo ser acionados a qualquer momento ao Poder Judiciário. Prescrição é o efeito deletério do tempo que acarreta a perda de uma ação quando ela não fora impetrada em tempo hábil descrito em lei.

Pelo fato de serem inalienáveis e pela sua importância no ordenamento jurídico, eles podem ser justiciáveis em qualquer elastério, mesmo havendo dispositivo em sentido contrário.

Irrenunciabilidade

O seu titular não pode dispor, embora tenha a possibilidade de não exercê-los, dos direitos fundamentais porque eles são considerados irrenunciáveis.⁴¹

⁴⁰ - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 185.

⁴¹ - “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração,

Em certas situações é possível a autolimitação voluntária de seu exercício, contudo existe sempre a possibilidade de voltar a exercê-lo em plenitude ou até mesmo revogar alguma decisão que o limitava.

Limitabilidade

Ao contrário do que muitos imaginam, os direitos humanos não são absolutos.⁴² Existe a possibilidade de serem regulamentados por leis infraconstitucionais, como também possuem âmbitos de incidência conexos, fatos esses que frequentemente propiciam uma colisão entre eles.

Para evitar que a mencionada antinomia normativa se transforme em uma antinomia fática, recorre-se a alguns princípios como o da proporcionalidade ou concordância prática com a finalidade de delimitar a incidência de cada um. Conclui-se que os direitos humanos são relativos em virtude de serem limitados por outras prerrogativas, restringindo-se uns aos outros em uma interferência recíproca.⁴³

Como exemplo, cite-se o direito à vida, que, a priori, pode ser entendido como absoluto, mas que após uma análise mais atenta, percebe-se que pode ser relativizado pela possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada.

Outro exemplo de relativização dos direitos fundamentais é o caso do direito à propriedade, que pode ser flexibilizado para que os imóveis atendam a sua função social ou o direito à liberdade de expressão que pode ser limitado pela não divulgação de segredos profissionais.

Concorrência

Esta característica decorre da possibilidade dos direitos humanos serem exercidos em conjunto com outros, ultrapassando uma visão isolada e na maioria das vezes deturpada.

que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” MS 22.164, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

42 - “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” MS 23.452. Rel.Min. CELSO DE MELLO.

43 - QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais. (Parte Geral). Coimbra: Editora Coimbra, 2002. P.199-202.

Como a vida em sociedade é cada dia mais complexa, uma mesma conduta dá ensejo à incidência de mais de uma prerrogativa, como, por exemplo, o direito de reunião em que seus membros estão exercitando o direito de crença, liturgia e culto.

Constitucionalização

Esta característica é extremamente relevante, pois os direitos humanos necessitam de uma ampla proteção para saírem do papel e se transformar em realidade, principalmente para os excluídos da sociedade. Como já fora visto, os direitos fundamentais são anteriores ao Estado e inerentes à condição humana. No entanto, como são signos de reestruturação do poder muitos são os obstáculos que se levantam a sua realização. A finalidade de serem positivados em nível constitucional é dotá-los de maior força normativa, densificando seu conteúdo através da legitimidade do texto constitucional e de sua supralegalidade.⁴⁴

⁴⁴ - “O que se pretende então com a formulação das constituições do pós-guerra ao estabelecerem a aplicabilidade imediata dos preceitos consagradores de direitos, liberdade e garantias ? Fundamentalmente isso: reforçar a sua normatividade, tornando claro (1) a sua natureza de direito constitucional e, (2) mais do que isso, a sua força normativa autónoma, independentemente de uma lei concretizadora. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. P. 146.