

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS EFETIVIDADE E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Antônio da Silva NETO.

**RESUMO:** Os direitos fundamentais são tema de relevantes discussões jurídicas entre muitos doutrinadores, citarei neste trabalho desde sua origem remota nos primeiros códigos, sua evolução paulatina, até a sua atual divisão em gerações, ou dimensões melhor dizendo, das barreiras existentes a sua aplicação, sua efetividade no ordenamento jurídico, e algumas das garantias asseguradas por estes direitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, dignidade, igualdade, sanção, humano, garantias, ordenamento jurídico, constituição.

## **1- INTRODUÇÃO**

Os direitos fundamentais estão presentes desde os primeiros códigos de leis escritas que se tem notícias o Código de Hamurabi (1690 a.C)

Estes códigos já citavam e defendiam o direito a vida, a propriedade, a dignidade, a honra, a supremacia das leis em relação aos governos, a família

Estes direitos são produtos da associação desde tradições arraigadas de diversas civilizações, até o desenvolvimento do pensamento filosófico jurídico e das idéias do cristianismo e direito natural, e do jusnaturalismo.

Em 10/12/1948, após terem sido apresentados ao mundo os horrores da Segunda Guerra Mundial, deu-se origem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o intuito de criar parâmetros humanitários, validos a todos, independentemente de sexo, raça, religião, poder, língua, crença, o que sem duvida alguma exprimiu uma evolução social dos países, que juntos se comprometeram a respeitar todos os Direitos Fundamentais, ou Naturais do homem, que durante o transcorrer das guerras, haviam sido deixado de lado, sendo sobrepostos pela gananciosa disputa de forças. Esta declaração sem duvida é o alicerce dos direitos e garantias fundamentais.

A escolha de tal tema, parte da suma importância do mesmo em nosso ordenamento jurídico, e da contribuição em relação ao estado em que hoje vivemos, um estado democrático de direito, onde sem dúvida são limitadores do poder absoluto, conquanto não fossem não haveriam de receber um título em nossa lei maior, a Constituição.

Os direitos fundamentais tem extrema relevância social, político e administrativa, além de jurídica.

Eles asseguram as principais garantias humanas não somente e tão somente do direito brasileiro, como no direito internacional, são, como anteriormente mencionado, limitadores do estado. Daí a relevância de se discutir tal tema, um tema que nos assegura plena segurança em relação ao poder sancionador do estado.

Neste trabalho, temos como principal objetivo, explorar, esmiuçar, todos os lados dos direitos fundamentais, sua efetividade, a clara presença jurídico – política, sua aplicabilidade, e breve comentário histórico evolutivo.

## **2 – Definição de direitos fundamentais.**

Não há de se falar em direitos fundamentais sem antes transcorrer a respeito de seu árduo surgimento, e dos custos em prol disto.

Quando se pensa em direitos fundamentais, quase que instantaneamente, nos vem a cabeça, direitos sem os quais não poderíamos ficar sem, essências, imprescindíveis, o que não está errado.

Todavia é necessário que saibamos o quão abrangente é o tema.

Me permito a dispor, a definição de alguns renomados autores a respeito de tão discutido assunto.

*“A maioria dos autores sustenta que direitos fundamentais têm uma longa história.*

*Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano*

*2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana, e quem diga que se trata de uma idéia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval.*

*Estas opiniões carecem de fundamento histórico. Para provar nossa afirmação, deveríamos percorrer um longo caminho teórico, referindo-se com a devida profundidade aos elementos da moderna história do direito que critica a visão continuísta do direito, assim como todas as teleologias que apresenta a história da humanidade como marcha de continuas conquistas rumo a um ideal. Este trabalho não pode ser feito aqui. Limitamo-nos a destacar que, para se poder falar em direitos fundamentais, deve se constatar a presença de três elementos: Estado, indivíduos, e texto regulador da relação entre Estado e indivíduos.*

*(Teoria Geral dos Direitos fundamentais, DIMOULIS, Dimitri, 2008; 24, 25p; 2ª tiragem)*

*“A doutrina dos direitos fundamentais surgiu da fusão de varias fontes, mas tem como base o cristianismo, com a idéia de que “criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir”, o direito natural, e o constitucionalismo”*

*(Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, BREGA FILHO, Vladimir; 2002; 3p; 1ª edição)*

*“A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e na Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O código de Hamurabi (1690 a.C.), talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de*

*direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.*

*(Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral; MORAES, Alexandre de; 2007; 6p; 8ª edição)*

Mesmo renomados autores divergem a respeito do surgimento, limitar-me irei ao dispor disto.

Seguindo a doutrina de Alexandre de Moraes<sup>1</sup>, o primeiro código escrito que se tem conhecimento, o Código de Hamurabi, já citava em seu conteúdo algumas garantias e direitos essenciais aos homens, como por exemplo, direito a vida, bem jurídico que outrora pertencia somente e tão somente ao estado, se a vontade do rei era executar, executava-se, porém com a instituição destes direitos não mais o soberano detentor do poder, dispunha dos direitos de seus súditos, sendo, inclusive ele, sujeito a eficácia e supremacia das leis.

Outro grande avanço que não poderia deixar de mencionar, foi o direito de propriedade, que era sujeita ao Estado, e após a instituição não mais foi.

Outro documento não menos importante foi a “Magna Carta Libertatum” outorgada por João Sem Terra, que assegurou direitos em relação a impostos, pôs “freios” ao poder absoluto, além das *Bills of Rights*, *Petitions of Rights*, etc.

Para se alcançar estes direitos que hoje detemos, houve um longo caminho, de protestos, confrontos, por isso não poderia me abster de citar a evolução histórica.

### **3- Direitos fundamentais nas Constituições Brasileiras**

As constituições pelas quais o Brasil foi dirigido, sempre trouxeram direitos fundamentais em seus textos.

Estes direitos eram influenciados pelos pensamentos filosóficos, e por fatos nacionais, internacionais, e históricos, respectivamente com a sua ordem

1- Alexandre de Moraes. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral

cronológica. Foram evoluindo desde os direitos individuais, até os de solidariedade, definidos pelos doutrinadores em gerações, as quais disporão este trabalho.

Faremos um breve comentário das constituições, e o que inspirou cada uma delas no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

A constituição de 1824, outorgada, inspirou-se no liberalismo e no constitucionalismo, esta, passou a reconhecer direitos individuais (inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência), direitos de liberdade, direitos sociais, estes reconhecidos mais adiante, em seu texto constitucional, aboliu os açoites, castigos como a marca de ferro, entre outras torturas até então impostas.

Constituição de 1891 inspirou-se nas idéias republicanas e no liberalismo, deu importância aos direitos individuais, grande mudança, estendeu sua efetividade aos estrangeiros, algo antes não concebido, e aboliu os foros de nobreza, desconhecendo e extinguindo ordens honoríficas.

Esta, porém, não demonstra preocupação com direitos sociais, e faz-se entender individualista, além de demonstrar enorme distanciamento do Brasil da época. Mais tarde se faria necessária preocupação com caráter social devido à evolução de movimentos sociais.

Constituição de 1934, fruto de movimentos sociais da época e embasada nas constituições européias, deu relevância ao social, instaurou medidas relativizadas no que diz respeito a propriedade, estabeleceu o título “Da Ordem Econômica e Social”, organizou-se de forma a conceder a todos existência dignas, proíbe existência de diferenças salariais por idade e sexo, instaura elementos de suma importância ao trabalhador. Apesar de inovadora para a época, não vigorou por muito tempo, porém foi de grande importância para o desenvolvimento constitucional.

Constituição de 1937, oriunda do totalitarismo outorgado por Getúlio Vargas, restringiu direitos e garantias individuais, proíbe direitos de reunião, foi denominada de “A Polaca” pois derivou-se da Constituição da Polônia totalitária.

Os direitos individuais foram totalmente desconsiderados, mesmo estando previstos na própria constituição, com a concentração do poder nas mãos do Presidente, que governava por meio de decretos de lei, e leis constitucionais,

Constituição de 1946, tornou-se a instaurar os direitos fundamentais do homem, foram abolidas as penas perpétuas e de morte, restauram-se os *habeas corpus*, tornam-se legítimos novamente o direito a reunir-se, partidos políticos, e demais garantias antes instituídas mantiveram-se.

Constituição de 1967, período do golpe militar, manteve-se a constituição, porém os militares editavam os chamados “Atos Institucionais”, os quais tinham força de lei constitucional, no que tange aos direitos fundamentais, o ato institucional de nº1, suspendeu as garantias constitucionais presentes até então, como inamovibilidade dos juízes, direitos políticos em geral.

Por fim a constituição de 1988, vigente, novamente inspirada em preceitos democráticos e de liberdade, oriunda de um período de total repressão, tem expressivo em seu texto as garantias e direitos fundamentais do homem, expressando também tendência internacional, válida a existência de direitos fundamentais derivados de tratados internacionais instituídos, e garante aos direitos fundamentais um título em seu texto como já mencionado anteriormente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, demonstrando a importância do tema.

O aspecto histórico dos princípios fundamentais, e de notável importância para o melhor entendimento e porque não valorização dos mesmos.

### **3.1- Gerações**

Os direitos fundamentais são divididos por doutrinas em gerações ou dimensões, porém, existem doutrinadores que preferem o termo dimensão, pois, subjetivamente, interpreta-se que citando como geração subentende-se que uma sobrepõe-se a outra, o que não acontece, e não deixa claro o caráter evolutivo que propicia a força e a extensa proteção dos direitos fundamentais, onde a cada avanço de geração, ele assimila mais dispositivos que o fortalece.

- a) Direitos de Primeira geração ou dimensão: São direitos ligados a liberdade, presentes na maioria das constituições, oriundos de um período absolutista, onde a liberdade era cerceada arbitrariamente, direito a vida, a dignidade da pessoa humana, entre outros direitos do

indivíduo frente ao estado, não intervenção do estado, nestes preceitos julgados individuais, demarcação de um limite ao poder.

- b) Direitos de segunda geração ou dimensão: Direitos ligados ao social, igualdade, requer-se a intervenção do estado para propiciar acesso a meios de subsistência, participação estatal para o bem estar social, asseguram ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, etc.
- c) Direitos de terceira geração ou dimensão: Solidariedade e fraternidade, são os presentes nesta geração, não mais o homem como indivíduo isolado, mas, ao grupo social ao qual pertence (família, povo, nação), direitos de titularidade coletiva e difusa. Direito a meio ambiente de qualidade, desenvolvimento, qualidade de vida, comunicação, etc.
- d) Direitos de quarta geração ou dimensão: Na atualidade já se fala em direitos de quarta dimensão, estes porém ainda não são tão definidos como os das demais, sendo inclusive citado por alguns autores como Luiz Ricardo Lorenzetti “direito de ser diferente”, questões relacionadas a homossexualidade, aborto, recusar tratamentos médicos, manipulação genética, entre outros. É desta geração de direitos que se discute em bioética e biodireito, até que ponto o ordenamento jurídico é capaz de responder a esse tipo de demanda como, manipulação de células tronco, clonagem genética, alimentos transgênicos, etc.

#### **4- Efetividade e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.**

O assunto o qual tenho como tema deste trabalho, e extremamente polemico, é pauta pra apaixonantes discussões, principalmente no que diz respeito a sua efetividade e aplicabilidade.

Os direitos fundamentais são de tamanha importância para um estado que, estão presentes efetivamente em todos os poderes.

Sua presença é notável na constituição, mais precisamente, titulo II, artigo 5º , e sua efetividade se demonstra no § 1º do mesmo artigo : “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata*”.

Permito- me a fazer citação da obra de Ingo Wolfgang:

*“Ao artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de duvidas o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da Republica Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em ultima analise, significa- de acordo com a lição de Jorge Miranda- que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos devem tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Importante ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente de forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual- como assevera Gomes Canotilho- inexistente ato de entidade publica que seja livre dos direitos fundamentais”.(A eficácia dos direitos fundamentais ; WOLFGANG SARLET, Ingo; 2009; 366p; 10ª edição).*

Esses direitos são tidos como “clausulas pétreas”, ou sejam, são invioláveis, imutáveis.

Nos termos do art. 5º ,§1º, entende-se que o constituinte impõe aos poderes públicos que nos termos desta aplicabilidade, haja maior eficácia possível.

E dever dos poderes públicos respeitar e promover os direitos fundamentais, e , cabe ao legislador, formular leis que não se oponham contra estes, leis inconstitucionais, e que ele atue de forma a concretizá-los.

Quanto à aplicabilidade, se sugere que quanto ao caráter do alcance que se restrinja, e quanto ao caráter de eficácia que estenda.

Celso Bastos<sup>1</sup> diz: “Os direitos fundamentais são em princípio aplicáveis (na medida do possível), regra que conquanto comporte exceções, quando a constituição expressamente remete ao legislador a concretização do direito fundamental, estabelecendo, por exemplo, que apenas será exercido na forma prevista em lei, e quando a norma não contiver os elementos mínimos que lhe propiciem aplicabilidade, no sentido que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária assunção pelo judiciário da posição reservada ao legislador.”

1- Citação livro Ingo Wolfgang “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”.

## **5- CONCLUSÃO**

O objetivo deste trabalho antes de qualquer coisa é tornar o mais claro possível a presença dos direitos fundamentais e humanos no ordenamento jurídico brasileiro, para assim entendermos com um pouco mais de clareza alguns critérios do legislador, alguns benefícios jurídicos os quais são concedidos embasados nos direitos fundamentais, como um dos instrumentos mais utilizados pelos advogados, o Habeas corpus, remédio constitucional derivado da Magna carta libertatum, instrumento de direitos fundamentais, explicitar os direitos essenciais do homem, os quais são garantidos constitucionalmente, como direito a moradia, educação, saúde, um meio ambiente saudável a todos ;garantias estas que necessitam ser efetivadas, já que positivadas já estão.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DE MORAES, Alexandre (2007). **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral.** Editora jurídico Atlas, 2007 8ª edição.

BREGA FILHO, Vladimir (2002). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, Conteúdo jurídico das expressões.** Editora Juarez de oliveira, 2002. 1ª edição.

DIMOULIS, Dimitri (2008) **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Editora revista dos tribunais, 2008, 2ª tiragem.

WOLFGANG SARLET, Ingo (2009) **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Editora livraria do advogado, 2009, 10ª edição.