

Apontamentos sobre direitos fundamentais

João Alves Bastos¹

Resumo

A partir de alguns apontamentos sobre direitos fundamentais, levantam-se algumas questões a eles atinentes que parecem não haver sido bem consideradas, abrindo caminho para algumas discussões a serem apontadas. Comentam-se as gerações e os destinatários dos direitos fundamentais e a imprecisão linguística do legislador em relação a deixar claro o que sejam direitos e o que sejam garantias fundamentais. Apontam-se as gerações de direitos fundamentais como não só um reconhecimento dos anseios sociais mas também como um reflexo da evolução sociopsicológica do homem na história; os destinatários dos direitos fundamentais como fruto da produção jurisprudencial em razão da imprecisão da linguagem posta pelo legislador quanto a eles; e a imprecisão linguística do legislador constituinte que deixou de cumprir seu dever de bem declarar o direito, ao usar indevidamente conceitos relativos a direitos e garantias, refletido em um uso vocabular inadequado a expressar o que de fato são uns e outros.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; gerações; destinatários; garantias; linguagem jurídica.

Abstract

This article aims from some notes on fundamental rights to raise some issues attached to them that seem not to have been well considered, paving the way for some discussions raising. The notes are about the generations and the addressees of fundamental rights and about linguistic imprecision of the legislature in relation to say precisely what are rights and what are fundamental safeguards. The generations of fundamental rights are described not only as a recognition of social concerns but also as a reflection of social and psychological evolution of man in history; also the addressees of the fundamental rights as a result of jurisprudential production linked to the imprecision of language placed by the legislature to them, and the linguistic vagueness of the constituent legislator who layed aside their duty to declare clearly and by using improperly the concepts to rights and guarantees, which is reflected by an inappropriate use of vocabulary to express what they really are each other.

Keywords: Fundamental rights; types; addressees; safeguards; law language.

Introdução

Direitos fundamentais caracterizam-se por serem fatos da vida social que o Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, reconhece como direitos tão importantes que lhes atribui um estado superior devido a sua essencialidade no mundo jurídico.

¹ Mestre em Teoria do Direito, programa Hermenêutica e Direitos Fundamentais, pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) Juiz de Fora/MG, Brasil. Contato: joaoabastos@uol.com.br.

Ao longo dos três últimos séculos, em especial ao longo do século passado, os anseios sociais tornaram-se mais vigorosos, e os Estados passaram a atuar, cada vez mais, em prol da sociedade. A cada momento, a sociedade obteve o reconhecimento jurídico de algumas de suas pretensões, principalmente aquelas relativas à sua proteção e defesa em face do Estado. A cada novo fato da vida social, as pessoas passam a sentir necessidade de que algo deve ser assegurado pelo Estado. Muitas necessidades, porém, não são percebidas como necessidades de um momento ou de um contexto, mas necessidades intrínsecas ao ser humano em sociedade, merecendo por isso maior segurança em sua existência jurídica. Tais anseios sociais têm se convertido ao longo do tempo em direitos fundamentais, representativos do que há de mais essencial para uma justa convivência social.

Inicialmente, os direitos fundamentais foram vistos como direitos *contra* o Estado, porque (talvez) a sociedade o visse como seu único algoz. O Estado, então, era seu único destinatário. Hoje, todavia, o destinatário dos direitos fundamentais já não tem sido mais compreendido como unicamente o Estado; a sociedade tem percebido que outras forças – tais como forças econômicas – têm agido de modo a, de certa forma, enfraquecer esses direitos. Por conta disso, já se tem discutido se os direitos fundamentais também se destinam a relações não só verticais, entre o Estado e o particular, mas também horizontais, entre um particular e outro, e qual a extensão dessa destinação.

Ao lado dos direitos fundamentais estão as garantias fundamentais. A par da imprecisão da linguagem jurídica usada na Constituição Brasileira para designar o que são direitos e o que são garantias desses direitos, as garantias fundamentais são o instrumento jurídico capaz de assegurar, de um lado, que um direito fundamental não será violado nem ameaçado e, de outro lado, que se esse direito for violado, então ele será remediado, ou que se ele for ameaçado, então ele será precavido. A exemplo disso, a Constituição Brasileira de 1988 estabelece no inciso VI, do parágrafo 4º, de seu artigo 60, a irredutibilidade qualitativa de cada direito individual, e mesmo a mera pretensão (ameaça) de o assim reduzir.

A Constituição Brasileira Imperial de 1824, a primeira Constituição do mundo a expressar em termos normativos os direitos do homem², já dispunha em seu artigo 179, entre outros, o direito à liberdade e à propriedade e a garantia de inviolabilidade doméstica.

Gerações de direitos fundamentais

Ao falar-se em gerações de direitos fundamentais adota-se não um critério jurídico mas um critério didático³, cujos objetivos são demonstrar a evolução histórica da concepção de direitos como direitos fundamentais pelo direito e sua natureza⁴.

A par de a Constituição Brasileira de 1988 haver estabelecido cinco espécies ao gênero direitos (e garantias) fundamentais⁵, os direitos fundamentais

² BULOS. *Constituição Federal Anotada*, p.103.

³ BULOS. *op. cit.*, p. 103.

⁴ CAVALCANTE FILHO. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 12.

⁵ GUERRA; Emerique. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*, p. 28.

classificam-se pela doutrina em quatro gerações (ou dimensões), o que representa cada etapa de conquistas efetuadas pelo homem, as quais umas somam-se às anteriores. À primeira geração correspondem direitos civis e políticos; à segunda, direitos econômicos, sociais e culturais; à terceira, direitos coletivos – fraternidade ou solidariedade –, à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à solidariedade universal, à comunicação e ao desenvolvimento; à quarta geração correspondem direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação⁶.

Direitos fundamentais representam, enquanto direitos, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de proteção e defesa de anseios sociais por um regramento estatal de fatos da vida social necessários à convivência comum das pessoas da maneira que, num certo momento, parece-lhes o mais apropriado ou o mais justo; e, enquanto fundamentais, o também reconhecimento por esse ordenamento de que tais direitos, mais do que direitos que visam ao ordenamento social por parte do Estado num determinado momento ou contexto, são essenciais, inerentes à condição social humana, sem os quais nem mesmo os demais direitos estariam protegidos e defendidos.

As gerações de direitos fundamentais representam a evolução humana refletida, a cada momento histórico, no reconhecimento pelo ordenamento jurídico da essencialidade de tais direitos.

Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração surgiram no final do século XVII, e visam proteger as pessoas da esfera de atuação do Estado, determinando a este *prestações negativas* em relação àquele, por meio de um dever de comportar-se negativamente (não fazer).

Caracteriza-os a individualidade, posto que visam proteger – limitando o poder do Estado – a pessoa individualmente. Refletem o individualismo predominante no século XIX, influenciados pelos dogmas do Estado Liberal, que eram antagônicos à forte ingerência estatal na vida privada⁷.

Nascidos da Revolução Francesa, atualmente encontram-se inscritos no direito internacional no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

São exemplos desses direitos a proteção à vida, à igualdade formal, à liberdade de crença, à propriedade e à manifestação do pensamento, os quais estão previstos na CRFB/1988 no artigo 5º, *caput* (direito à vida, à igualdade e à propriedade), IV (manifestação do pensamento) e VI (liberdade de crença).

Direitos fundamentais de segunda geração

Os direitos fundamentais de segunda geração surgiram após a – e talvez mesmo como uma reação à – Primeira Guerra Mundial. Tais direitos visam forçar

⁶ CONSELVAN. *O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais*, p. 18.

⁷ PINTO. *Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*, p. 4.

o Estado a comportar-se positivamente (fazer), determinando a este *prestações positivas*, que demandam, em regra, serviços e políticas públicas⁸.

São exemplos desses direitos o direito à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia, os quais estão previstos na CRFB/1988, artigo 6º.

Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração englobam os denominados direitos de solidariedade ou fraternidade⁹, “que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”¹⁰.

São exemplos desses direitos o meio ambiente equilibrado (art. 5º da CRFB/1988), a vida saudável e pacífica, o progresso, o avanço da tecnologia, e outros componentes de seu vasto catálogo. Seu traço mais marcante é a proteção aos direitos de titularidade coletiva, não buscam, portanto, proteger interesses individuais, mas difusos, ou seja, direitos e grupos de indivíduos¹¹.

Direitos fundamentais de quarta geração

Os direitos fundamentais de quarta geração correspondem à fase de institucionalização do Estado social, direitos que “consistem nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo”¹², assim como os “relativos às biociências, alimentos transgênicos, clonagens”¹³ e outros.

Quadro comparativo das três primeiras gerações de direitos fundamentais

	1ª geração	2ª geração	3ª geração
<i>Titular</i>	Indivíduo	Grupos sociais	Difusa
<i>Natureza</i>	Negativos	Positivos	Supraindividuais
<i>Contexto histórico</i>	Revoluções liberais	Revoluções industrial e russa	Revolução tecno-científica
<i>Exemplos</i>	Vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei	Saúde, educação, moradia, lazer, assistência aos desamparados, garantias trabalhistas	Meio ambiente, comunicação social, criança, adolescente, idoso
<i>Valor-objetivo</i>	Liberdade	Igualdade real (material)	Solidariedade e fraternidade

Fonte: CAVALCANTE FILHO, p. 14-15.

⁸ PRADO. *A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos: uma análise da reação da imprensa à proposta de criação do Conselho Federal de Jornalismo*, p. 9.

⁹ BULOS. op. cit., p. 104.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança MS 22164/SP. Relator Min. Celso de Mello.

¹¹ PINTO. op. cit., p. 5.

¹² PINTO. op. cit., p. 5.

¹³ BULOS. op. cit., p. 104.

Destinatários dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais dirigem-se diretamente ao Poder Público, entendido quando as pessoas jurídicas de direito público puras e as pessoas naturais quando agem em seu nome, no exercício de quaisquer de suas funções legislativas, executivas e judiciárias¹⁴, quando então deverá agir negativa (prestações de não fazer) ou positivamente (prestações de fazer) em relação aos indivíduos.

O cidadão aparece como destinatário nesse ponto, direto e indireto das normas de direitos fundamentais. Será ele seu destinatário direto quando essas normas tiverem por fim prestações negativas do Poder Público, protegendo-o face a tentativas estatais de intervenção no domínio privado; o será indireto quando essas normas tiverem por fim prestações positivas desse Poder, defendendo-o de possíveis ou concretas violações ao exercício desses direitos por inação do Estado¹⁵.

Embora, sem dúvida, entenda-se que os direitos fundamentais vinculam o Estado, “há cada vez menos autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado”¹⁶. Essa relevância significa: os direitos fundamentais deveriam aplicar-se não somente nas relações entre o Estado e os indivíduos mas também nas relações entre um indivíduo e outro indivíduo, daí denominar-se tal relação de eficácia horizontal, ou eficácia em relação a terceiros.

A controvérsia instala-se porque a CRFB/1988 não foi explícita quanto a afirmar se essa eficácia em relação a terceiros existe, limitando-se a dizer que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm *aplicação* imediata¹⁷.

A par disso, as teorias referentes à eficácia desses direitos nas relações entre particulares divergem quanto a ser essa eficácia indireta, ou mediata, ou direta, ou imediata.

Os particulares como destinatários dos direitos fundamentais – as eficácias indireta e direta

A eficácia indireta reflete o modo de aplicação *mediante* a interposição de um órgão estatal a que se está atribuído o poder de aplicar os direitos fundamentais às relações entre particulares. Tais órgãos são o legislador e o juiz; o primeiro criando direitos ordinários a partir de direitos fundamentais, em que tais direitos ordinários regulariam, então, as relações entre particulares com base em direitos fundamentais; o segundo, aplicando ao caso *sub judice*, mas por *intermédio* das normas ordinárias de direito privado, os direitos fundamentais, em outras palavras, o juiz aplicará o direito privado às relações entre particulares sob a orientação dos direitos fundamentais.

¹⁴ Cf. BULOS, op. cit., p. 110. CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 55. SARLET. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado*, p. 21.

¹⁵ Nesse sentido, BULOS, op. cit., p. 110.

¹⁶ UBILLOS. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, p. 270.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, § 1º.

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares reflete o modo *não interventivo* do Estado nessas relações, pelo qual tais direitos não precisam para sua aplicação às questões jurídicas entre particulares da *mediação* do Estado, seja por meio do legislador seja por meio do juiz.

Então, a eficácia indireta pressupõe que haja uma mediação legislativa ordinária, seja pela criação dessa legislação pelo legislador seja pela aplicação dessa legislação sob a orientação dos direitos fundamentais; isso quer dizer que de todo modo os direitos fundamentais têm sua eficácia entre particulares *mediada*, dependente de uma legislação, seja por sua criação – o que reflete o direito fundamental que a origina – seja por sua aplicação – o que reflete o direito fundamental que lhe orienta a aplicação.

A eficácia direta não depende dessa interposição do Estado, que se realiza por meio de uma legislação de direito privado, à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a qual se realiza ou por meio da consciência dos particulares, reconhecendo-os, ou por meio do juiz, aplicando-os *sem a mediação de uma legislação ordinária*.

As pessoas jurídicas como destinatárias dos direitos fundamentais

As pessoas jurídicas, unidade em que pessoas naturais ou bens reúnem-se para atingir fins comuns, também são destinatárias dos direitos fundamentais¹⁸ (e deveres deles decorrentes).

298

Embora se diga¹⁹, não se precisaria dizer que nem todos os direitos fundamentais²⁰ destinam-se às pessoas jurídicas; todavia, outros há que se lhes aplicam, como o mandado de segurança, o direito de propriedade, o de igualdade e, destaca-se, o da livre iniciativa, esta prevista como fundamento da República (CRFB, inc. IV, art. 1º) e como princípio geral da atividade econômica (*ibidem*, inc. IX c/c caput do art. 170).

Outras unidades em que pessoas naturais ou bens reúnem-se para atingir fins comuns, porém sem poder ostentar personalidade jurídica, as coletividades despersonalizadas (Senado da República, tribunais de justiça) e os núcleos patrimoniais (massa falida, espólio), são, com as mesmas limitações, destinatárias dos direitos fundamentais, tais como o devido processo legal (*ibidem*, inc. LIV), o contraditório e a ampla defesa (*ibidem*, inc. LV).

Garantias fundamentais

Garantias, ao menos tecnicamente, não se confundem com direitos, porque enquanto os direitos são declarações de *atos* da vida reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico, as garantias são *instrumentos* reconhecidos como tais por

¹⁸ BULOS. op. cit., p. 111.

¹⁹ BULOS. op. cit., p. 111.

²⁰ O habeas corpus (CRFB/1988, inc. LXVIII, art. 5º), por exemplo, não é aplicável às pessoas jurídicas, as quais, por não serem pessoas naturais, não possui liberdade de locomoção.

esse ordenamento como meios de proteção e de defesa de tais direitos, constituindo as garantias direitos em si mesmas.

O ordenamento jurídico, ao reconhecer como direito de uma pessoa o fato de ela poder defender-se (CRFB/1988, 5º, inc. XXXIV, a), esse ordenamento reconhece como direito instrumental de proteção a possíveis violações desse direito de defesa a garantia do direito de petição (*ibidem, ibidem*), o qual em si já é um direito; ao reconhecimento do direito à liberdade (como gênero) de locomoção (como espécie) (*ibidem, LXVIII*) corresponde a garantia à fruição desse direito quando violado ou ameaçado de violação pelo instrumento *habeas corpus* (*ibidem, ibidem*).

Essa questão conceitual, em que direitos e garantias possuem traços semelhantes de significado, pois a garantia de um direito já é um outro direito, traz consigo uma dificuldade em se distinguir o que é direito do que é sua garantia. Muitas vezes, direitos e suas garantias estão presentes numa única declaração. Isso verifica-se no inciso LXVIII, do artigo 5º, da CRFB/1988, que ao afirmar que será concedido *habeas-corpus* contra violação ou ameaça à “liberdade de locomoção” declara de uma só vez o direito (liberdade de locomoção) e sua garantia (instrumentalizada no *habeas-corpus*).

Outro ponto de dificuldade decorre da questão vocabular. A falta, o abandono ou o descaso com a precisão vocabular na escolha de verbos usados para referir direitos e garantias tornam ainda mais tormentosas as desgastantes pesquisas da dogmática jurídica para determinar o apropriado sentido pretendido pelo legislador para referi-los. O jurista, em tais casos, precisa separar o joio do trigo, o que seria desnecessário se verbos fossem devidamente empregados. O legislador muitas vezes (ou quase sempre) “se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias”²¹. Veja-se, no *caput* do artigo 5º da CRFB/1988 o direito de igualdade é assim declarado: “Todos são iguais perante a lei”, apropriadamente declarado pelo verbo ser, mas poderia ter sido declarado por “É garantido/assegurado a todos a igualdade perante a lei”, caso em que o “joio” representado pelo uso impróprio de qualquer dos verbos, garantir ou assegurar, teria de ser interpretado, uma vez que não estaria presente o instrumento garantidor/assecuratório de tal igualdade, do que se teria que tal declaração referir-se-ia a um direito propriamente, não a uma garantia desse direito. Mais adiante nesse artigo temos este uso indevido: “garantido-se [...] a inviolabilidade do direito [...] à propriedade”, que seria melhor declarado por “sendo [...] invioláveis os direitos [...] à propriedade”, porque o que se declara é um direito, não uma garantia.

Mas, em que diferem direitos e garantias de direitos e garantias, estes, fundamentais? Difere que direitos e garantias fundamentais são aqueles declarados (formalmente) como tais na Constituição Brasileira, bem como aqueles direitos que embora não escritos são intrínsecos a garantias formalmente fundamentais que os asseguram, e ainda aquelas garantias que embora não formalmente fundamentais visam assegurar direitos fundamentais²².

²¹ SILVA. *Curso de Direito constitucional positivo*, p. 186.

²² Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 65 e ss..

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança MS 22164/SP*. Relator Min. Celso de Mello.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almeida, 2006.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em http://www.tvjustica.jus.br/apostilas_saber_direito.php. Acesso em 1º/07/2012.
- CONSELVAN, Jussara Seixas. *O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais*. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Brasília, v. 5, n. 5, jan./jul. 2009. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/8/showToc>. Acesso em 1º/07/2012.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 7, dez. 2005. Disponível em https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:6Ux2PplEYPoj:fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf+fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShWUhTpnYLLJwNBqxls5Toe-9m9NVRKQo61_HMyrJLgtroBnFDKn8G6N2H2-xVyrLxlXEHxIKdwLEjwE2a4TbGUtRp5qP6tjBz96tUmXgFsjWkkYTIeRnyPvIGw3zZ2DoUIHE9U&sig=AHIEtbRc2QGEU36DspQQ-yJ6yxnErbXpww. Acesso em 1º/07/2012.
- PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. In: Revista de Direito, n. 79, 2009. Disponível em <http://portaltj.trjr.jus.br/web/guest/institucional/dir-gerais/dgcon/artigos-juridicos>. Acesso em 1º/07/2012.
- PRADO, Daniel Nicory do. *A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos: uma análise da reação da imprensa à proposta de criação do Conselho Federal de Jornalismo*. Disponível em https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:NITcxq5wfXUJ:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel_nicory_do_prado-1.pdf+daniel+nicory+do+prado&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsGtfgxBPvjO2H0MlQ7P7vNrVAXeszj5I6bFAqRhR9kFoLocBQ3Zw2FVfxOzpf_6dfvkknYS-E2pjn3EmDrNuF-XvIno45819Wrp8O-Ll_Jv2A_zs_3yxmsmYufpMQ5w8E-AcxMqu&sig=AHIEtbSWMpWhGWcn9UHPY4MBSdgZFu8RwA. Acesso em 1º/07/2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiro, 2005.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 263-93.