

DEFININDO A FUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS

DEFINING THE RIGHTS FUNDAMENTABILIDADE

DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES

Mestre e Doutorando em Direito Político Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professor universitário da mesma instituição, campus Campinas, Coordenador de Atividades Complementares e Estágio. Professor na Facamp. Advogado. Endereço eletrônico: nagao.menezes@gmail.com.

EDUARDO PAPAMANOLI RIBEIRO

Mestrando do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie nos cursos de Direito e Administração, campus Campinas. Advogado. Endereço eletrônico: epapamanoli@yahoo.com.br.

RESUMO

O presente estudo busca apresentar uma perspectiva sobre os critérios de fundamentabilidade utilizados pela doutrina para a classificação dos direitos fundamentais. Parte-se de pontos necessários à compreensão dos direitos fundamentais, como origem e conceito para em seguida se analisar as características que a doutrina aponta como inerentes a um direito que se atribui a fundamentabilidade. Busca-se assim, tratar sobre os critérios formais e materiais utilizados para a definição de fundamentabilidade dos direitos.

PALAVRAS CHAVES: Fundamentabilidade – Direitos Fundamentais – Características.

ABSTRACT

The present study aims to present a perspective on fundamentabilidade criteria used for classification by the doctrine of fundamental rights. This is based on points needed to understand the fundamental rights, such as origin and concept to then analyze the characteristics indicates that the doctrine as an inherent right that attaches to fundamentabilidade. The aim is thus to treat about the procedural and substantive criteria used to define fundamentabilidade rights.

KEYWORDS: Fundamentabilidade - Fundamental Rights - Characteristics

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva analisar as diversas manifestações doutrinárias acerca dos critérios usados para definição de fundamentabilidade dos Direitos. A precaução com a terminologia, deriva da polissemia que envolve a temática, em se verificar os reais critérios que podem ser utilizados para que se determine a fundamentalidade de um direito. Tal equívoco pode gerar uma proliferação da utilização do termo gerando um entrave no desenvolvimento da ciência do Direito em prol da realização do indivíduo em sociedade.

E isto porque atualmente é facilmente observável na doutrina e principalmente no discurso forense dos nossos tribunais a atribuição de fundamentabilidade às diversas normas que não as possuem, banalizando o uso do termo para abarcar situações que refletem na vida em sociedade e, por vezes, dificultam a realização da sociedade refletindo no ser humano em interação dialética com o Estado.

Além da questão polissêmica, a doutrina constitucionalista e também a jurisprudência não possuem um critério claro quanto ao grau de fundamentalidade de um direito. Em outras palavras, não existe um critério claro de tarifação dos direitos fundamentais. A pergunta que o artigo tenta responder é: Qual o critério que torna um direito fundamental?

A classificação de um determinado direito como fundamental é tarefa de grande relevância prática, diante da proteção constitucional e efetividade judicial que

ela recebe e seus reais efeitos nos fatos sociais que se desdobram no tempo e no espaço numa determinada sociedade civil, facilmente comprovado pela análise da história.

Desta forma, resgata-se a origem e conceito dos direitos fundamentais, suas principais características, para depois analisar os critérios formais e materiais utilizados pela doutrina como critério de fundamentabilidade de um direito, buscando contribuir para a criação de um critério de atribuição do adjetivo “fundamental” a um direito específico.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E CONCEITO

Os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, estão ligados ao surgimento do constitucionalismo e aos instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, ou seja, os “Direitos Fundamentais são sempre opostos ou oponíveis ao governo, para limitar ou exigir sua atuação, conforme se cuide de defender ou de promover o indivíduo na sociedade ou o poder atua e o indivíduo se realiza” (BARROS, 2003, p. 89).

As declarações de direitos no final do século XVIII¹, e todo o movimento histórico do constitucionalismo que as seguiram, alicerçaram os direitos fundamentais, mas sua larga utilização e ascensão ocorreram após a Segunda Guerra Mundial, com a banalização do mal² em nome do Estado que o mundo acompanhou.

Os julgamentos das atrocidades nazistas pelo Tribunal de Nuremberg³ distanciaram-se da prática dominante do Estado legalista elaborada por Kelsen⁴, e

¹ Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) em 12 de junho de 1776 nos Estados Unidos da América e Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789 na França.

² Expressão desenvolvida por Hannah Arendt no livro **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Nele, a autora relata o julgamento do nazista alemão Adolf Eichmann, no início dos anos 60, que justificava seus crimes em nome da obediência estrita a normas vigentes.

³ Logo após a Segunda Guerra Mundial, um tribunal se reuniu em Nuremberg, na Alemanha, com o objetivo de julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a guerra. De 1945 a 1949, o Tribunal de Nuremberg julgou 199 homens, sendo 21 deles líderes nazistas. As acusações foram desde crimes contra o direito internacional até de terem provocado de forma deliberada a Segunda Guerra Mundial.

⁴ Hans Kelsen criador da “Teoria Pura do Direito”, que entre outros afirmava que se a norma jurídica fosse válida, deveria ser cumprida independente de justa ou injusta.

reconheceram a importância e validade de um princípio, no caso o princípio da dignidade humana, acima de qualquer sistema jurídico válido e vigente, ou seja, atribuíram-lhe um valor suprapositivo.

Assim, o reconhecimento da existência de um valor ético e a sua utilização como norma para integração de um sistema pós-positivista⁵, alçou o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo para o desenvolvimento da nomenclatura direito fundamental, transformando-o em uma preocupação filosófica, sociológica e política, e não apenas jurídica. E, assim, a “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que por primeiro erigiu a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental” (SILVA, 2007, p. 33).

Desde então, a definição do que sejam os direitos fundamentais mostra-se ainda mais complexa quando busca um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo a garantir sua correta atribuição e cumprimento, mas principalmente como meio de coação para sua observância de maneira universal.

Norberto Bobbio aponta quatro dificuldades para a busca do fundamento absoluto dos direitos fundamentais⁶. A primeira delas é que a expressão “*direitos do homem*” é mal definível e desprovida de conteúdo e, quando este aparece, introduz termos avaliativos, os quais são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete.

Segundo dificuldade é a mutabilidade histórica dos direitos fundamentais, pois para ele reconhecidamente as condições históricas determinam as necessidades e interesses da sociedade. Para ele, são direitos relativos, não lhes cabendo assim a atribuição de um fundamento absoluto.

Bobbio dá continuidade apontando a heterogeneidade dos direitos fundamentais, ou seja, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. As razões que valem para sustentar alguns não valem para sustentar outros. Alguns direitos fundamentais são até mesmo atribuídos a categorias diversas, enquanto outros valem para todos os membros do gênero humano.

⁵ Corrente jusfilosófica que inseriu na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana cedendo espaço para os valores e os princípios.

⁶ Para maior aprofundamento consultar a primeira parte da obra de Norberto BOBBIO (2004, p. 15).

Por fim, elenca sobre a existência de Direitos Fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto os segundos necessitam de uma atitude positiva para sua efetividade, eis que “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos” (BOBBIO, 2004, p. 21)

Dentro desse contexto, decorre a amplitude que o conceito de direitos fundamentais adquiriu, e as eventuais distorções e até mesmo equívocos cometidos pela doutrina e prática jurídica. Aliás, muito comum constatarmos o uso indiferente das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

A própria Constituição Brasileira atual faz referência a diversas expressões: direitos humanos (art. 4º, I), direitos e garantias fundamentais (título I), direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17).

Pelo vocábulo “fundamental”, em seu significado lexical, compreende-se tudo aquilo “*que serve de fundamento; o que importa, o essencial.*” (FERREIRA, 2004, p. 421) Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, o mais usual é entender os direitos fundamentais como o mínimo necessário para a existência da vida humana dignamente.

No tocante à expressão “direitos humanos”, o significado atribuído é o mesmo, ou seja, são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade, entretanto, enquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados em uma Constituição, os direitos humanos são os provenientes de normas de caráter internacional. Paralelamente os direitos dos homens seriam valores éticos não positivados.

Diante disso, Canotilho sugere um argumento para a distinção dos direitos do homem. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta. Para ele,

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente (CANOTILHO, 1998, p. 359).

Neste raciocínio, os direitos fundamentais representam a concretização daqueles direitos e garantias reconhecidas como essenciais a todos os indivíduos indistintamente e, por estes, oponíveis contra todos, limitando-se aos próprios direitos fundamentais alheios.

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há consenso na doutrina em estabelecer características que se adequem a todos os direitos a que são atribuídos a fundamentabilidade. Parte da dificuldade é porque os direitos fundamentais estão ligados à concepção de dignidade humana, um princípio aberto, sem unanimidade doutrinária.

Atualmente a doutrina debate as características dos direitos fundamentais são absolutas ou sofreriam relativização, a exemplo dos direitos autorais em pesquisas científicas e a destituição de paternidade.

Como a grande parte da doutrina brasileira reconhece o princípio da dignidade humana como tronco comum, as características abaixo são as que a doutrina costuma elencar com alguma frequência.

a) Historicidade: os direitos fundamentais são frutos do contexto histórico. Os parâmetros de dignidade, as proteções e limites se explicam pela história. As necessidades geram as medidas, moldam à sua época e delas surgem os direitos fundamentais. É a construção histórica de uma sociedade que explica o direito a que se atribui a fundamentabilidade. Exemplo disto são as conquistas da igualdade entre os sexos na sociedade ocidental, e o que já foi resumido a tríade francesa de liberdade, igualdade e fraternidade, hoje alcança ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

b) Relatividade: os direitos fundamentais não são absolutos. Eles admitem sua relativização não só porque não podem ser usados para a prática de ilícitos, mas também porque podem entrar em conflito. Neste caso, deverá ocorrer o sopesamento, respeitando a razoabilidade e proporcionalidade, porque não

se pode limitar um direito fundamental além do estritamente necessário, para aplicabilidade no caso concreto. Como exemplo, a liberdade do pensamento violando a honra ou privacidade de pessoas.

- c) Imprescritibilidade:** os direitos fundamentais não sofrem prescrição, eles não se perdem pela passagem do tempo. Quem nunca exerceu seu direito a livre manifestação ao pensamento, não o perde ou a ele renuncia. Exceção a característica é o direito de propriedade que no Brasil pode ser perdido pela passagem do tempo no caso do usucapião.

- d) Inalienabilidade:** os direitos fundamentais não podem ser alienados, ou seja, não pode ser transferida a sua titularidade onerosamente. Exceção novamente o direito a propriedade, que pode ser transferido. O sujeito não pode desinvestir-se de seus direitos fundamentais, embora possa deixar de atuá-los na prática, aplicando-se aqui a clássica distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível). Ainda por força da inalienabilidade, tem-se que os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, sendo imprescritíveis inclusive quanto a seu exercício.

- e) Irrenunciabilidade:** regra geral os direitos fundamentais são indisponíveis principalmente por sua importância coletiva. A doutrina aponta os direitos fundamentais a intimidade e privacidade como exemplos de exceção a indisponibilidade, mas destacando que mesmo assim, só pode ocorrer de forma temporária e se não afetar a dignidade humana. Em tempos de “reality shows” trata-se de referencial teórico pouco respeitado.

- f) Indivisibilidade:** os direitos fundamentais não podem ser avaliados isoladamente, trata-se de um conjunto. A ofensa a um deles ofende a coletividade. Exemplo a restrição ao direito fundamental à saúde. Assim, pode-se compreender esta característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade indivisível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no

sentido de que não se pode aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos

g) Eficácia vertical e horizontal: sua aplicabilidade não é apenas vertical, entre o Estado e o cidadão, sua eficácia também é horizontal, entre particulares, contra terceiros. Como exemplo o direito fundamental a educação das crianças com síndrome de Down *versus* escolas particulares.

A teoria da eficácia horizontal surgiu na Alemanha nos meados do século XX, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros. O caso-líder dessa teoria foi o “*caso Lutch*” julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, de Erich Lutch crítico de cinema contra Veit Harlam, diretor da época do nazismo. Lutch convocou o povo alemão a boicotar o filme de Harlam, que fora conivente com o regime nazista. Harlam processou Lutch por danos, e chegou a ganhar em primeira instância, contudo em grau de recurso, o Tribunal Alemão reconheceu o direito fundamental de liberdade de expressão de Lutch contra Harlam, ou seja, de particular para particular, originando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

h) Conflituosidade (concorrência): Diante do caráter principiológico dos direitos fundamentais que estabelecem diversas obrigações em diferentes graus como assinalado por Alexy⁷, os direitos fundamentais podem entrar em conflito. Muito semelhante a característica da relatividade, no caso de conflito, apenas analisando o caso concreto pode-se definir qual direito deve prevalecer. Como exercício de cedência recíproca, não se pode desprezar totalmente um dos direitos em conflito. Exemplo são os casos de transfusão de sangue em testemunha de Jeová, no conflito entre o direito à vida *versus* o direito à liberdade religiosa.

⁷ Para aprofundamento ver a obra de Robert Alexy, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

i) Aplicabilidade imediata: nos termos do art. 5 § 1º da nossa Constituição Federal, todo direito fundamental possui aplicabilidade imediata, vinculando todos os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

(...) os titulares de direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer os seus direitos fundamentais. Se o legislador for omissivo em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. (DIMOULIUS, MARTINS, 2009, p. 90)

Aplicabilidade não se confunde com eficácia, que poderá ser limitada “na forma da lei”.

4. CRITÉRIOS DE FUNDAMENTABILIDADE

Os direitos fundamentais representam a concretização daqueles direitos e garantias reconhecidas como essenciais a todos os indivíduos indistintamente. Assim, tal reconhecimento não poderá ficar apenas na seara formal, devendo-se, necessariamente, ocorrer a realização material de seu objetivo, ou seja, tornar-se concreto na realidade social, para servir de instrumento de realização do ser humano em sociedade, existindo porém, um critério que também garanta a existência das minorias que não se enquadram nos modelos formais e materiais propostos.

4.1. Fundamentabilidade Formal.

O primeiro critério para definição da fundamentalidade de um direito é o critério formal. Independentemente da existência da existência de garantias fundamentais, devem haver requisitos formais, decorrentes das Constituições, que criem categorias especiais de direito fundamentais, as quais, não podem ser atingidas por leis ordinárias e, especialmente, pelo poder discricionário atribuído ao governante de época.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a fundamentalidade formal que decorre da constitucionalização dos direitos, apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão

e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos (SARLET, 2005, p. 86).

É chamada formal porque trata de garantias que a própria constituição formal já estabelece. Em um primeiro momento a fundamentabilidade está baseada no fato de serem direitos consagrados pela constituição. A primeira qualidade da fundamentalidade seria a supremacia normativa desses direitos fundamentais naquela ordem jurídica. Se não houver supremacia normativa, eles não são fundamentais.

Neste cenário, então todo direito consagrado na Constituição possui nota de fundamentabilidade?

Não, só isso não basta. Para que os direitos sejam realmente fundamentais eles devem ter algo a mais, alguma característica que os diferencie dentro da própria constituição, uma fundamentalidade qualitativa entre os direitos fundamentais que os diferencie do restante das normas constitucionais.

Para Robert Alexy essa fundamentalidade se estabelece a partir de dois pilares: em sentido material e sentido formal (ALEXY, 2011, p. 98). A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo do direito, o que é dito e a referência aos valores supremos do ser humano e preocupação com a promoção da dignidade humana, mas revela-se também pela posição normativa, ou seja, dentro da Constituição. Assim toda norma para que seja declarada pertencente aos Direitos Fundamentais devem estar inserida no bojo da Constituição Federal ou ter conteúdo constitucional fundamental.

Assim sendo, as Constituições além de estabelecer o critério formal de protetividade dos direitos, estabelecendo explicitamente quais direitos foram reconhecidos como fundamentais por determinada sociedade durante seu processo constituinte; também faz a Constituição, a relação com os direitos fundamentais materiais, isto é, estabelecendo critério materiais para a implementação de direito reputados fundamentais.

4.2. Fundamentabilidade Material.

A fundamentabilidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade. Aliás, neste sentido, vale observar as intenções constitucionais manifestadas no preâmbulo da Constituição de 1988, o qual estatui expressamente como “valores supremos” da sociedade “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Da mesma forma encontramos os primeiros artigos da atual Constituição Federal brasileira informando quais são as diretrizes da atuação do Estado brasileiro, diretrizes de conduta como erradicação da miséria, pleno emprego, integração latino americana, dentre outras.

O critério material se desdobra em dois. O primeiro determina que todas as ações estatais, independente do nível federativo (união, estados e municípios) bem como as ações dos particulares, sejam direcionais para os fins gerais da nação previsto nos artigos 1º a 4º.

O segundo critério resulta na implementação destes direitos entendidos como fundamentais. Esta implementação depende da atuação do Estado no fornecimento destes direitos fundamentais e, dependerá da discricionariedade do Poder Executivo implementá-los dentro de um cenário de escassez.

Isto é, para eu um direito seja considerado fundamental, sua prestação ou garantia deve ocorrer de fato, não bastando a sua existência no texto da Constituição. Diante de um cenário de escassez de recursos econômico, principalmente em quadro como dos países da América Latina, a efetivação deste direito depende da existência de Políticas Públicas eficazes e que, tenham a participação popular na definição da agenda política de prioridades, bem como, na

execução e fiscalização destas Políticas Públicas. Somente com participação popular é possível identificar quais as áreas prioritárias que devem ser alvo de Políticas Públicas, especialmente vinculadas aos denominados Direitos de Segunda Dimensão.

Em síntese, o critério para definição material dos direitos fundamentais é a sua existência real.

Assim, como bem salienta do professor José Carlos Vieira de Andrade o aspecto material dos direitos fundamentais surge da contradição de sua aparência, representada pela essência do seu conteúdo substancial normativo. Assim, para verificar a materialidade dos direitos fundamentais é preciso investigar qual o conteúdo normativo necessário para caracterizar um direito como fundamental.

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Homem, como ser racional, na teoria kantiana existe como um fim em si mesmo e, não meramente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão tem um valor relativo e condicionado, servindo, portanto, a razão como fim de si mesma, que se concretiza e se realiza na pessoa humana.

Por essa razão as pessoas são o cerne dos interesses de produção legislativa, tornando-se necessárias a proteção da pessoa, contudo, mister se faz questionar qual o ponto de partida para esta proteção. A partida seria a dignidade. a teoria kantiana, trata da pessoa com seu atributo de valor, ou seja toda pessoa possui um valor na sociedade, contudo seu valor é absoluto, interno e não admite um substituto equivalente, é, portanto, uma dignidade.

A partir desta individualidade kantiana, sempre haverá, por melhores que sejam os direitos fundamentais, um espaço para a individualidade que não é abrangido pelos direitos fundamentais ou, em alguns casos, gera o conflito entre estes direitos.

Partindo de tal premissa é necessário a existência de um espaço de proteção da individualidade que, em alguns casos não é abrangido pelos critérios formais ou materiais, estes pensados e direcionais para a proteção de maiorias.

Surge então, o critério de proteção à Dignidade da Pessoa Humana, critério que somente atribuirá o adjetivo de fundamental a um direito se este possuir condições de proteger casos excepcionais individuais.

5.1. Natureza da Dignidade Protegida

A Dignidade da pessoa o acompanha por toda a sua existência, tendo em vista sua essência intrínseca com o ser humano “ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado” (ALEXY, 1993, p. 345).

O princípio da dignidade da pessoa humana é de natureza racional, considerada pela corrente Kantiana, um valor incondicionado e de essência puramente humana e protegida.

José Afonso da SILVA (2007, p. 63) resumi bem a dignidade da pessoa humana com base na teoria Kantiana:

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões; e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, é ela que se revela como seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza.

A dignidade, portanto, é parte inerente ao Homem devendo ser protegida e difundida por todos da sociedade política para que seja, efetivamente, extensível a todos, fazendo com que se difunda na interação entre a superestrutura política, jurídica e ideológica e, a infraestrutura econômica e social.

5.2. Proteção Constitucional da dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana, portanto, não é uma criação do constituinte, por ser um conceito de essência humana, preexistente a própria organização política formadora do Estado. A Constituição a reconhece, mas não a cria.

A República Federativa do Brasil a reconheceu e, inclusive, a colocou como parte dos seus objetivos, firmando o entendimento de que a dignidade é do próprio Homem, acima do Estado e de todos que vivem ou que por ele permaneçam.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As limitações do poder do Estado por uma Constituição ou a algo que com ela se assemelhou na história, valeram-se de dois princípios filosóficos jurídicos básicos que justificaram logicamente a existência dos direitos fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana. Contudo, tal existência, na verdade é coexistência, sendo perceptível a interação entre eles de influência mútua.

Compartilham na ordem jurídico-constitucional, a dupla fundamentalidade formal e material onde estão revestidos os direitos e garantias fundamentais na nossa ordem constitucional, repisando os passos do desenvolvimento da ciência do Direito no caminho de disciplinar a interação mencionada, para a concreção dos indivíduos com o reconhecimento e fortalecimentos dos direitos fundamentais e sua correta utilização.

O presente artigo busca contribuir com o debate sobre direitos fundamentais, estabelecendo três critérios que devam ocorrer concomitantemente para que, um direito seja reputado fundamental. São eles: a) formalidade; b) materialidade e c) proteção à dignidade humana.

O primeiro critério exige o reconhecimento formal da “fundamentalidade” na Constituição Federal; o segundo implica na existência real do direito reconhecido como fundamental pela Constituição e; c) a existência de critério que permitam dentro desta efetivação respeitar casos excepcionais que envolvam minorais não abrangidas pelo direito fundamental em questão.

A existência conjunta dos três critérios permite a afirmação de um direito é fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

DIMOULI, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

MANFRED, Albert. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Arcadia. 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros. 1ª Triagem, 3ª Ed. 2007.