

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÀREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO – ÊNFASE EM DIREITO
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

Daiane Giusti

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Chapecó (SC), 2012.

DAIANE GIUSTI

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público: Ênfase em Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Comunitária Regional de Chapecó, UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Público, financiada pelo Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior de Santa Catarina – FUMDES (Lei Complementar 407/2008-SC), sob a orientação da (o) Prof^a. Me. Helenice Aparecida Dambrós Braun.

Chapecó (SC), março 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO
ÀREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DIREITO PÚBLICO – ÊNFASE EM
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

DAIANE GIUSTI

Prof^ª. Me. Helenice da Aparecida Dambrós Braun
Professora Orientadora

Prof^ª. Me. Helenice da Aparecida Dambrós Braun
Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Público: ênfase em Direito
Constitucional e Administrativo

Chapecó (SC), março 2012.

RESUMO

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL. Daiane Giusti.

Helenice da Aparecida Dambrós Braun (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) Os direitos fundamentais surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, bem como assegurar aos cidadãos uma vida mais digna. No entanto, tais direitos estão em constante evolução e transformação, ou seja, são alterados consoante o desenvolvimento da sociedade. Os direitos fundamentais possuem diversas nomenclaturas, ou seja, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, pois, o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais. Posteriormente com o iluminismo e o reconhecimento do indivíduo com sujeito de direitos, se popularizou a expressão direitos do homem. Já os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados nas Constituições. Os direitos fundamentais vão sendo alterados conforme o desenvolvimento da sociedade, e ao longo do tempo passaram por diversos estágios de evolução, assim, foram classificados em dimensões. No Brasil, após 21 anos de ditadura militar, no dia 5 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova Constituição denominada Constituição cidadã. Ela incluiu os direitos fundamentais no rol de cláusulas pétreas, proibindo que os direitos fundamentais fossem abolidos ou suprimidos do texto constitucional. No entanto um dos maiores problemas que pairam sobre tais direitos é a sua concretização e efetividade. E foram os motivos ora expostos que serviram de impulso para a realização deste trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Direito Público – Ênfase em Direito Constitucional e Administrativo intitulado “Evolução dos Direitos Fundamentais no Brasil”. (OBJETIVOS) Analisar quais são os principais obstáculos que impossibilitam a efetividade dos direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988. Estudar a origem dos direitos fundamentais. Verificar como ocorreu a inserção dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. Analisar quais são os principais obstáculos que impedem a efetividade dos direitos fundamentais determinados pela Constituição Federal de 1988. (EIXO TEMÁTICO) O eixo temático do Curso de Pós-Graduação Em Direito Público Ênfase em Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ. (METODOLOGIA) A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, devido à análise de legislação, doutrinas, artigos jurídicos, internet etc., e utiliza-se o método dedutivo baseando-se no estudo de teoria e refinações de conceitos. (CONCLUSÃO) Alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, infelizmente não são aplicáveis, na maioria das vezes pela própria inércia do Estado e em outras por falta de regulamentação. Os direitos fundamentais somente terão eficácia se for concretizada sua delimitação, extensão e fundamentação e assim, serem incluídos no conjunto de valores sociais, dessa sociedade globalizada, multicultural, dinâmica e que está em constante transformação. Somente se alcançara uma sociedade organizada mediante a vivência e a eficácia dos direitos fundamentais, isso será possível se aumentarem as pressões sociais nesse sentido, buscando superar resistências culturais, conceituadas e institucionais.. Portanto, as principais formas de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais será a conscientização, a informação, a educação, e a participação pública. Não é uma tarefa fácil, mas impossível também não é. (PALAVRAS-CHAVE) Direitos fundamentais, eficácia, problemática.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I	
EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	8
1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais.....	8
1.2 As dimensões dos direitos fundamentais.....	14
1.3 A concepção dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	21
CAPÍTULO II	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PARADOXOS DOS SECULOS XX E XXI.....	26
2.1 Fundamentos teóricos e evolução dos direitos fundamentais.....	26
2.2 A eficácia das normas programáticas.....	31
2.3. Problemática contemporânea dos direitos fundamentais.....	36
2.4. A nova perspectiva dos direitos fundamentais.....	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47
ANEXOS.....	49

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, bem como assegurar aos cidadãos uma vida mais digna. No entanto, tais direitos estão em constante evolução e transformação, ou seja, são alterados consoante o desenvolvimento da sociedade.

Os direitos fundamentais possuem diversas nomenclaturas, ou seja, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, pois, o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais. Posteriormente com o iluminismo e o reconhecimento do indivíduo com sujeito de direitos, se popularizou a expressão direitos do homem. Já os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados nas Constituições.

Os direitos fundamentais vão sendo alterados conforme o desenvolvimento da sociedade, e ao longo do tempo passaram por diversos estágios de evolução, assim, foram classificados em dimensões.

No Brasil, após 21 anos de ditadura militar, no dia 5 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova Constituição denominada Constituição cidadã. Ela incluiu os direitos fundamentais no rol de cláusulas pétreas, proibindo que os direitos fundamentais fossem abolidos ou suprimidos do texto constitucional. No entanto um dos maiores problemas que pairam sobre tais direitos é a sua concretização e efetividade.

E foram os motivos ora expostos que serviram de impulso para a realização deste trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Direito Público – Ênfase em Direito Constitucional e Administrativo.

Nesse contexto, busca-se compreender porque existem dificuldades em relação à efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Também objetiva-se com a pesquisa analisar quais são os principais obstáculos que impossibilitam a efetividade dos direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, será necessário, estudar a origem dos direitos fundamentais, verificar como ocorreu a inserção dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988 e analisar quais são os principais obstáculos que impedem a efetividade dos direitos fundamentais determinados pela Constituição Federal de 1988.

A pesquisa realizada é bibliográfica, utilizando-se como fontes principais a pesquisa de livros, artigos, doutrinas e legislação. O método utilizado será o dedutivo, consistente no estudo dos direitos fundamentais.

A divisão da presente pesquisa em dois capítulos auxilia no desenvolvimento do tema. No primeiro capítulo, discorre-se sobre a evolução dos direitos fundamentais: como procedeu-se a evolução dos direitos fundamentais, analisar-se-á as dimensões dos direitos fundamentais, além de relatar como ocorreu a concepção de tais direitos na Constituição Federal de 1988.

Já, no segundo capítulo, há uma explanação sobre os direitos fundamentais e os paradoxos do século XX e XXI: os fundamentos teóricos e evolução de tais direitos, uma análise sobre a eficácia das normas programáticas, serão examinados os reflexos dos atuais problemas relacionados aos direitos fundamentais, bem como uma abordagem sobre a nova perspectiva desses direitos.

CAPÍTULO I

1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo trata do histórico dos direitos fundamentais, como surgiram, suas nomenclaturas diversas, bem como, os principais aspectos que dificultam sua concretização.

Perante tal fato é primordial analisar a evolução dos direitos fundamentais, e os problemas relacionados a efetividade e aplicação de tais direitos, aspectos que serão abordados tanto neste quanto nos demais capítulos da pesquisa.

1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são provenientes de diversas fontes como a religião ou mesmo a filosofia. Esses direitos surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, bem como assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

Os direitos fundamentais tiveram origem na antiguidade por intermédio da religião, a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a história, foi a idéia da criação do mundo por um único Deus transcendente. Porém, esse pensamento começou a sofrer alterações no século V a.C, quando nasce a filosofia tanto na Ásia quanto na Grécia e substitui-se, pela primeira vez, o

saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer sua faculdade de crítica racional da realidade (COMPARATO, 2001, p. 1 - 2 e 9).

Com a transição religiosa para a filosófica surgiram os questionamentos dos mitos religiosos que até então não existiam, o homem tornou-se o principal objeto de análise e reflexão e passa a ser visto como um ser racional com uma nova posição no mundo.

A partir de então, nasce o pensamento jusnaturalista¹, o qual pregava que o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais e tais direitos são inalienáveis.

O jusnaturalismo entende que o homem possui direitos independentemente do Estado, os direitos do homem são poucos e essenciais como o direito à vida e a sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade e o direito à liberdade. Entende-se como direito à liberdade a independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro. Os direitos naturais são, portanto, os direitos que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, e os direitos de agir do indivíduo para o próprio bem-estar. (BOBBIO, 1992, p. 73-74).

A influência das doutrinas jusnaturalistas foi extremamente importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, de modo especial, a partir do século XVI. Já na Idade Média, desenvolveu-se a idéia de existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder atuavam como critérios de legitimação de seu exercício.

Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo e conseqüentemente ocorre o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo. Nesse período se popularizou a expressão “direitos do homem” em substituição ao termo “direito naturais”. (SARLET, 1998, p. 38-39, 41 e 57).

¹ Deve-se a Grócio a laicização do direito natural. O jurista holandês entende decorrerem da natureza humana determinados direitos. Estes, portanto, não são criados, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificados pela “reta razão” que a eles chega, avaliando a “conveniência” dos mesmos em face da natureza razoável e sociável do ser humano. [...] deste jusnaturalismo racionalista a doutrina dos direitos do Homem é um aspecto. Mas é o que o pensamento iluminista imortalizou. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 10 - 11).

A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual justificou a declaração dos direitos do homem. Da declaração dos direitos do homem é que surgiram os direitos fundamentais, que constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficando fora do alcance dos ataques legítimos do poder. Os direitos fundamentais têm uma função democrática, dado que o exercício democrático do poder se materializa pela contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício, implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício envolvendo a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia, social e cultural. (CANOTILHO, 2002, p.110, 243 e 250).

O reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos serviu de fundamento para o surgimento dos direitos do homem. Ocorre que esse reconhecimento se ampliou da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito, neste Estado o indivíduo tem, perante o Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos. (BOBBIO, 1992, p.61).

Assim, como ensina Moraes (2008, p.19), “a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”.

As declarações dos direitos humanos nasceram como teorias filosóficas. A ideia estóica da sociedade universal dos homens racionais, o sábio e o cidadão não desta ou daquela pátria, mas do mundo, a ideia de que o homem tem direitos por natureza, que nem mesmo o Estado pode subtrair ou alienar. (BOBBIO, 1992, p.28).

No que tange a terminologia, direitos fundamentais, percebemos que existe certa divergência, tanto na doutrina quanto no direito positivo, pois são utilizadas expressões diversas, como direitos humanos, direitos do homem entre outras. Diante de tal controvérsia Sarlet (1998, p. 29) afirma que:

[...] a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inc. IV).

Os direitos fundamentais nada mais são do que a incorporação dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado, mas não basta que estes direitos sejam positivados é essencialmente necessário que tenham efetividade.

Para Bonavides (2008, p. 561), “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”.

“Os direitos fundamentais são o que há de se considerar como mais importante hoje em dia porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização”. (WILLIS, 1997, p.9).

Muito embora, exista uma ampla doutrina acerca dos direitos fundamentais, é essencial que eles de fato sejam concretizados, mesmo que essa tarefa não seja fácil.

Não é difícil entender a razão do aparente pleonasma que existe entre a expressão direitos humanos ou direitos do homem, no entanto, nada mais é do que a própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Por outro lado existe uma divergência acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, estes por sua vez são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. (COMPARATO, 2001, p. 55-56).

Há quem entenda que os direitos fundamentais são os próprios direitos naturais, os direitos humanos. Porém, diante dessa diversificação terminológica, questiona-se a possibilidade de se utilizar as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais indiferentemente. Percebe-se o uso promiscuo de tais denominações na literatura jurídica, mas é preferível utilizar a expressão direitos fundamentais, pelo seu caráter mais genérico, abrangendo não só os direitos do homem, considerado em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados na Constituição. (WILLIS, 1997, p. 36).

Há um dissídio acerca da origem dos direitos fundamentais, estabelecido entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem, proclamada em 2 de outubro de 1789, pelos representantes do povo francês. Esta é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais. Tanto a Declaração Francesa, quanto a Americana tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo, ao ser humano, direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis. (SARLET, 1998, p. 44-45).

Por outro lado, entende Comparato (2001, p. 47-48) que a Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história. Essa declaração reconhece solenemente que os homens são iguais, pela sua própria natureza. Treze anos depois, a mesma idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada por meio do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Porém, faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, ou seja, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A proclamação dessas duas Declarações foi uma forma encontrada pela burguesia de abolir os privilégios conferidos ao clero e a nobreza, portanto, a criação dos novos direitos não teve objetivo principal defender a parcela mais frágil da sociedade de então e sim, tornar o governo mais responsável perante os direitos da classe burguesa.

Com a expansão do comércio, para promover o crescimento econômico foi necessário a criação de meios que limitassem o arbítrio do poder político com o intuito de dar maior segurança e certeza na vida dos negócios. Assim, sem a criação de novos direitos não haveria a limitação do poder do Estado e certamente o capitalismo não teria prosperado.

A Revolução Francesa teve o escopo de alterar radicalmente as condições de vida da sociedade, enquanto os franceses se preocupavam em criar novos direitos, procurando estimular outros povos para seguir o mesmo caminho, os americanos se preocupavam principalmente com sua independência. Assim, foi a partir do pensamento francês, bem

como com o surgimento da máquina a vapor, na Revolução Industrial, no século XVIII, que teve início a consolidação dos direitos humanos, consoante afirma Wolkmer (2003, p. 2):

[...] foi a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem. O certo é que se estimulou, sob a égide de um Estado-Nação unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos indivíduos perante uma legislação comum.

Essas duas declarações possibilitaram o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, como leciona Comparato (2001, p. 50) “As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”.

As novas necessidades que surgiram, bem como os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade no final de uma era e no início de outra, levaram a concepção de novas formas de direitos, isso exigiu pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e garantir sua tutela jurisdicional. Tanto a Declaração de Virgínia (1776), quanto a Declaração Francesa (1789), tutelam novos direitos e afirmam que os homens possuem direitos naturais considerados inalienáveis e sagrados, que antecedem qualquer organização política. O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem, chamados de fundamentais, constitui uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. (WOLKMER, 2003, p. 3-4).

Muito embora tanto a Revolução Francesa quanto a Declaração de Virgínia, sejam consideradas marcos históricos na positivação de direitos fundamentais, direitos que visam assegurar uma vida mais digna, livre da opressão de qualquer ente Estatal, o problema que permeia sobre tais direitos é sua eficácia, seu respeito e seu reconhecimento.

[...] direitos humanos são coisas desejáveis. Isto é fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. (BOBBIO, 1992, p.16).

Com a Revolução Industrial, ocorreu, no século XIX, o empobrecimento e a submissão a jornadas e condições desfavoráveis de trabalho da população que migrou do campo para as cidades, com o intuito de ocupar os postos de trabalho nas indústrias, a qual, a partir de sua organização, formou uma nova classe social, o proletariado. Tal fato

acabou acarretando revolta e organização da classe trabalhadora, com o propósito de reivindicar direitos e a partir de então, houve a afirmação de novos direitos humanos como a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919.

Os direitos vão sendo alterados conforme o desenvolvimento da sociedade, em cada momento histórico há necessidade de novos dispositivos legais que venham suprir as deficiências existentes naquele momento, um direito que hoje seja fundamental talvez amanhã não terá mais validade nenhuma dentro do ordenamento jurídico. Os direitos são criados, extintos conforme as pretensões da sociedade e quando criados em favor de uma categoria eles conseqüentemente suprimem ou contrapõem-se a direitos de outra.

1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais passaram por diversos estágios de evolução, diante desse contexto foram classificados em gerações ou dimensões, existem divergências acerca da utilização dos termos geração e dimensão dos direitos fundamentais.

Em relação às aludidas divergências Canotilho (2002, p. 387), entende que:

É discutida a natureza destes direitos. Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos de primeiras gerações. A idéia de generalidade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ‘indimensionável’ dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem e não de três gerações.

Diante da mutação histórica dos direitos fundamentais, os quais estão em constante evolução e transformação, foram divididos em gerações, porém a aceção de tal termo causa a impressão errônea de que passaram de uma geração para outra de forma gradativa, para tanto, o termo dimensão dos direitos fundamentais é o mais adequado a ser utilizado, pois os direitos estão permanentemente em processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Entende, da mesma forma, Bonavides (2008 p. 571-572): “[...] o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

[...] em vez de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. (WILLIS, 1997, p.13).

Os direitos oriundos das Revoluções Americana de 1776 e a Francesa de 1879 abrangem o direito à vida, à liberdade e à propriedade, são os primeiros direitos a serem positivados ou serem reconhecidos nas primeiras constituições, portanto, chamados de direitos de primeira dimensão.

O processo de descolonização, bem como a Revolução Industrial e o impacto tecnológico e científico, entre outros fatores, contribuíram para incorporação dos direitos fundamentais pelas primeiras constituições.

Como leciona Bonavides (2008, p. 563 - 564): “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Os direitos de primeira dimensão surgiram ao longo do século XVIII e XIX como expressão de um cenário histórico marcado pelo ideário do jusnaturalismo secularizado, do racionalismo iluminista, do contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial. Esses direitos individuais, civis e políticos, surgem no contexto da formação do constitucionalismo político clássico, que sintetiza as teses do Estado Democrático de Direito, da teoria da tripartição dos poderes, do princípio da soberania popular e da doutrina da universalidade dos direitos e garantias fundamentais. (WOLKMER, 2003, p. 7).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm inspiração jusnaturalista e contemplam uma série de liberdades, como as de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, bem como asseguram o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando desse modo, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. (SARLET, 1998, p. 48-49).

A intervenção do Estado na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social, no século XX, tiveram como consequência o surgimento dos direitos de segunda dimensão, que correspondem à assistência social, saúde, educação,

trabalho, lazer, entre outros.

Os impactos da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos geraram já no século XIX, amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo dos direitos de segunda dimensão, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Tais direitos envolvem interesses do proletariado tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores, por estes motivos são chamados de direitos sociais. Assim, são denominados por terem sua gênese vinculada às reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente a classe operária. (SARLET, 1998, p.49-50).

Os direitos de segunda dimensão, como menciona Wolkmer (2003, p. 8), “são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público”.

Esses direitos foram proclamados nas Constituições marxistas, na Constituição de Weimar, bem como dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, também é necessário proteger a instituição, buscando uma realidade social mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade. Isso caracteriza o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados a valores sociais que demandam realização concreta, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para a concretização de tais direitos. (BONAVIDES, 2008, p. 564- 565 e 567).

Os países em desenvolvimento encontram dificuldades de dar eficácia aos direitos sociais, principalmente pela falta de condições econômicas. Como afirma Bobbio (1992, p. 45), “A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.

Já no século XX, considerando a existência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, bem como a tecnologia de ponta adotada pelos países desenvolvidos, ameaçando, aguçando o pessimismo, talvez o realismo e até a existência da própria humanidade. Assim, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos

de todas as raças ou nações, conseqüentemente ocasionou o surgimento de uma nova dimensão de direitos, ou seja, a terceira dimensão de direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 57).

Mas, cabe ressaltar também que a gênese dos direitos fundamentais de terceira dimensão está inteiramente vinculada aos seguintes fatores:

A veiculação de novos processos e técnicas de produção, associados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção, e a tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento que caracterizam um novo perfil do capitalismo e o desenvolvimento das sociedades industriais do século XX são referenciais que provocaram profundas transformações não apenas sobre a forma de organização das relações econômicas e sociais, mas, sobretudo sobre o modo como seriam, a partir desse momento, definidas e legitimadas as relações de poder, bem como as condições do seu exercício, de acordo com as novas qualidades de conflitos até então desconhecidas das instituições, exigindo, por sua vez, formas diferenciadas de atuação institucional, conjugadas com a especificação de novos objetivos políticos da parte dos Estados. (LEITE; AYALA, 2004, p. 11)

Os direitos da terceira dimensão não estão relacionados ao homem individualmente, e, tampouco, a determinada classe social. Eles se encontram entrelaçados a interesses da coletividade, como a paz, a qualidade de vida, o direito à comunicação, ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico cultural. Conforme afirma Bonavides (2008, p. 569): “[...] direitos da terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, [...], têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

São direitos de terceira dimensão os direitos metaindividuais², direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ligados ao princípio da solidariedade, cujos titulares são grupos ou categorias de pessoas.

As transformações sociais, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de subjetividade e a diversidade na maneira de ser em sociedade contribuiu para a que outros direitos sejam inseridos na terceira dimensão. Tais direitos são os direitos da criança, direitos dos idosos, os direitos dos deficientes físicos e mentais, os direitos das minorias, direitos à intimidade, à honra, à imagem. (WOLKMER, 2003, p. 11-12).

Os direitos de terceira dimensão possuem implicação universal ou, no mínimo

² Os direitos metaindividuais, [...] se caracterizam pela indeterminação dos titulares dos interesses, indeterminação (um grupo mais ou menos indeterminado de indivíduos). [...] tais direitos se caracterizam pela sua indivisibilidade, ou seja, a satisfação ou lesão do interesse não se pode dar de modo fracionado para um ou para alguns dos interessados e não para outros. (WOLKMER, 2003, p. 10).

transindividual e exigem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. A nota distintiva desses direitos reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, como por exemplo, o direito ao meio ambiente e a qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. (SARLET, 1998, p. 50-51).

Como conseqüência da globalização e da criação do Estado Neoliberal, existe uma tendência de se reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos, a qual contemplaria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Quanto ao surgimento da quarta dimensão de direitos, Bonavides (2008, p. 571) entende que: “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

São os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros (WOLKMER, 2003, p. 12).

Este grupo de direitos é alvo de complexas e polêmicas discussões entre diversos profissionais como biólogos, médicos, juristas, filósofos, sociólogos, psicólogos, teólogos, os quais visam proteger o ser humano de qualquer ameaça preservando sempre seu bem – estar.

Como a sociedade está em constante transformação, os direitos acabam acompanhando essas mudanças, e assim vão surgindo novos direitos com o intuito de suprir as necessidades existentes dentro dessa sociedade mutável.

A passagem do século XX para o XXI reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade virtual, ou seja, a formação dos direitos de quinta dimensão, direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral. (WOLKMER, 2003, p. 15).

Entretanto, há divergências em relação às quais são de fato direitos considerados de quinta dimensão, Bonavides entende que a paz é o direito que compreende essa dimensão.

Faz-se mister retirar o direito à paz da invisibilidade em que o colocou o edificador

da categoria dos direitos de terceira dimensão e promulgar o novo direito fundamental, ou seja, o direito à paz enquanto direito de quinta dimensão. A paz é consequência de todas as justificações em que a razão humana, sob a égide da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso. O objetivo é fazer da paz o axioma da democracia, designadamente a democracia participativa, com seus instrumentos, com sua teoria, com seus valores de igualdade e justiça social já promulgados na Constituição de 1988. (BONAVIDES, 2003, p.584, 590 e 592).

No tocante às dimensões dos direitos fundamentais, cabe destacar que, além dos direitos fundamentais já mencionados, existe classificação de outras categorias de direitos fundamentais, que chega até a sétima dimensão, visto que os aludidos direitos dizem respeito ao homem e as condições em que o ser humano vive, porém, constantemente se modificam e se aprimoram, propiciando assim, o aparecimento de novos direitos.

Essa distinção entre as dimensões dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica.

As diversas dimensões dos direitos fundamentais foram oriundas de um processo essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, mas sua concepção está inteiramente ligada ao jusnaturalismo. Os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano. As diversas dimensões que marcam a evolução de processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável. (SARLET, 1998, p. 54).

Os direitos fundamentais têm o escopo de promover a emancipação do homem, bem como efetivar o combate de todas as formas de opressão que o ser humano possa estar sujeito, ou seja, são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana.

Em relação aos direitos fundamentais entende Silva R. (2007, p. 176):

A unidade dos direitos fundamentais se expressa numa coordenação interdependente de prerrogativas ligadas à pessoa humana em si mesma considerada, de prerrogativas ligadas, direta ou indiretamente, ao exercício da liberdade humana e de prerrogativas para além do exercício da liberdade humana. Ainda que se admita, como detentora de certa utilidade genealógica (*utilité généalogique*), a classificação dos direitos fundamentais em diversas dimensões ou gerações é de toda despropositada, por força de sua relação coordenada, a classificação em diferentes graus ou níveis.

Posteriormente, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proferida em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, deu um novo rumo aos direitos fundamentais, ou seja, uma nova visão em relação ao ser humano, restabelecendo a valorização do ser humano, após um período de dominação, totalitarismo e terror.

No que tange ao problema do respeito dos direitos humanos, nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento, porém nem sempre são protegidos, esse problema teve sua solução com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Esta declaração representa a única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido, e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Assim, podemos dizer que essa declaração pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada sobre um determinado sistema de valores, pois pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus governos, pela maioria dos homens que vivem na terra. (BOBBIO, 1992, p.26-27 e 28).

Os direitos fundamentais possuem proteção especial na Constituição Federal de 1988, pois foram incluídos no rol das cláusulas pétreas, estabelecidas no artigo 60, § 4º, inciso IV³, do texto constitucional, assim, impedindo que o poder constituinte derivado altere esses direitos.

As cláusulas pétreas têm a finalidade de proteção e preservação dos direitos fundamentais, para que eles não sejam abolidos, ou que a essência dada pelo poder constituinte originário não seja modificada.

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional, ostenta antes o significado profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo. Se o poder constituinte de

³ Artigo 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]. IV – os direitos e garantias individuais.

reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 209 e 215).

Mesmo apresentando um amplo rol de direitos considerados fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor não os dispõe de forma organizada. Os direitos considerados fundamentais não estão somente no artigo 5º, neste dispositivo encontramos predominantemente os direitos de primeira e segunda dimensão. Já no que concerne aos direitos de terceira e quarta dimensões são encontrados em partes diversas do texto constitucional. Exemplo disso é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito fundamental e de terceira dimensão que está disposto no artigo 225 da Constituição de 1988.

[...] uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica. É o que ocorre, por exemplo, com a redação do *caput* do artigo 5º, seguido dos 77 incisos, bem como do artigo 6º, que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos fundamentais sociais. (SARLET, 1998, p. 71).

Direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, independente da nomenclatura empregada, são essenciais para a sociedade, foram conquistados com muito esforço e devem acima de tudo ser respeitados, mas isso não basta, devem ser concretizados, o ser humano precisa ser tratado com dignidade, só assim poderemos construir um mundo justo, solidário e humano.

1.3 A concepção dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Em 1964, instalou-se no Brasil um governo militar que controlou o país durante 21 (vinte e um) anos e, interferiu diretamente em todos os setores da sociedade brasileira, rompendo a normatividade instituída, eliminando o Estado de direito, Estado este que visa assegurar a dignidade da pessoa humana, a proteção da liberdade, o desenvolvimento da personalidade e a realização da igualdade.

No período militar, a participação da população no processo político foi

amplamente reprimida, bem como as garantias constitucionais, portanto, afirma-se que foram definidas novas regras para o Estado Brasileiro. Foram suspensas as eleições diretas para Presidente da República, pelo Ato Institucional n.1 (AI -1). À medida que os problemas iam surgindo, os militares baixavam decretos que anulavam as ações de resistência, como o Ato Institucional n. 2 (AI-2), que estabeleceu o fim dos partidos políticos e concedeu ao Presidente o direito de fechar o Congresso e determinou que os atos praticados pelo alto comando militar não estavam sujeitos à investigação judicial. O Ato Institucional n.3 (AI-3), decretado em 1966, tornou indiretas as eleições para os cargos de governador e prefeito. Em 1968, o Ato Institucional n.5 (AI-5), concretizou a ditadura ao decretar o fechamento do Congresso e dar aos militares poderes totais sobre a vida nacional, inclusive o poder para prender e julgar qualquer pessoa, independentemente de provas contra o acusado. Cabe ressaltar que, por meio da decretação dos Atos Institucionais, houve um endurecimento progressivo do governo militar.

Apesar do “trágico” período vivenciado pelo povo brasileiro, no qual os direitos fundamentais do homem foram banidos drasticamente em prol de um governo autoritário, após muita luta e esforço de inúmeros cidadãos brasileiros, muitos dos quais perderam suas vidas para denunciar aquele sistema autoritário e repressor, finalmente no ano 1986, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, com o intuito de elaborar uma nova Constituição. Foi o primeiro passo para a concretização de uma utopia brasileira, ou seja, a elaboração de uma Constituição Cidadã.

Até então, o poder legislativo elaborava, criava, modificava ou alterava leis, não para garantir direitos e liberdades e sim para criar privilégios e liberdades, foi isso que incentivou o povo para criação de uma nova ordem política, ordem esta que possibilitasse assegurar direitos e garantias até aquele momento inexistentes.

No dia 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição brasileira, sua concepção representou um grande avanço para o país, especialmente na área da extensão dos direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas “minorias”.

A Constituição Federal é a lei suprema do país, ou seja, a lei que se sobrepõe a qualquer outra lei inferior. Sua gênese esta relacionada há vários horizontes e aspectos culturais diferenciados, mas vem declarar liberdades e direitos.

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, J., 2003, p. 37-38)

A nova Constituição instaurou um novo regime, adotando uma nova idéia de direito. Para Canotilho (2002, p. 53), “[...] Constituição [...] é o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social”.

Consoante afirmação de Moraes (2008, p.31):

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Todas as constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram declarações de direitos. Na Constituição de 1988, em seu Título II enumera os direitos e garantias fundamentais, porém, noutros pontos da Constituição, também são apontados direitos fundamentais. No aludido título estão abordados os direitos e deveres individuais, direitos estes de primeira dimensão, bem como os direitos econômicos e sociais, de segunda dimensão. Já os direitos de terceira e quarta dimensões estão localizados fora do título determinado aos direitos fundamentais, como exemplo, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de terceira dimensão e elencado no artigo 225, Título VIII, da “Ordem Social, Capítulo VI, Do Meio Ambiente”.

A forma como está organizada a Constituição de 1988, no que tange aos direitos fundamentais, acarreta uma série de controvérsias sobre quais são os dispositivos contemplados pelo texto constitucional que são considerados direitos fundamentais, mas que não estão inseridos no Título II.

Embora alguns dos direitos fundamentais estejam determinados em um título próprio dentro do texto constitucional e outros dispostos de forma dispersa, eles compreendem “um sistema aberto e flexível, receptivo e novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante” (SARLET, 1998, p. 75).

Independentemente de alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, estarem fora do título que deveriam estar contemplados, não deixam de ser aplicáveis, muito menos são ineficazes, são direitos fundamentais iguais aqueles que possuem título próprio, apenas não tem um local específico dentro do texto constitucional.

Cabe ressaltar que os direitos elencados na Constituição de 1988, não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como esta disposto em seu artigo 5º, § 2º.

Desde o advento da Constituição de 1988, é imprescindível discutir sobre o que quem vem a ser a chamada Lei Fundamental de uma ordem jurídica. Cabe, então, buscar um entendimento dessa questão básica, que vá além daquilo que tradicionalmente se estabeleceu. Não basta mais perceber uma Constituição como o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, ao àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito a uma delimitação legal de áreas distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções. O que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece. (WILLIS, 1997, p. 16).

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SARLET, 1998, p. 59-60).

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelas Constituições Portuguesa, de 1976; Espanhola, de 1978; Italiana, de 1947, bem como a Constituição da Alemanha de 1949, todas resultantes da superação de regimes autoritários.

Na realidade, é pauta de direitos fundamentais em um sistema político que noticia o seu caráter autoritário ou democrático, liberal ou social. É ainda esse lenço de direitos que anuncia os princípios processuais mais gerais e indispensáveis e delinea os limites do poder político estatal, razão pela qual os direitos fundamentais constituem o cerne de qualquer ordem jurídica, “a medula das constituições” e a teoria que se pretende desenvolver acerca de tais direitos há de vislumbrá-los sob este ângulo (WILLIS, 1997, p. 35).

A elaboração da Constituição de 1988 foi fruto de um processo de discussão responsável pela redemocratização do país, depois do período militar. A ela são atribuídas três características e estas se estendem ao título referente aos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo, e seu forte cunho programático e

dirigente. (SARLET, 1998, 67).

Os direitos fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico e para tanto são considerados cláusulas pétreas, artigo 60 da Constituição Federal, ou seja, esses direitos não podem ser alterados ou modificados.

Os direitos fundamentais são o oxigênio das constituições, no entanto, o problema que paira sobre eles é sua eficácia, mas este fator não retira o mérito de se buscar, no texto constitucional, conhecer a forma de efetivar os direitos fundamentais e de, através de um trabalho interpretativo, buscar, constantemente, atualizar o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais. Como entende Hesse (1991, p. 18): “[...] a eficácia da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.

Com base nas argumentações até então feitas, finaliza-se o primeiro capítulo que teve o intuito de apresentar a importância dos conceitos e evoluções históricas ora apresentados, para que haja uma melhor compreensão dos assuntos que se seguem.

Os direitos que hoje são denominados fundamentais e essenciais ao resguardo da dignidade humana, os quais estão dispostos em no ordenamento jurídico de forma “especial”, passaram por diversos estágios de evolução dentro do contexto histórico tais direitos surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, com o objetivo de assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

Eles são provenientes de diversas fontes como a religião ou mesmo a filosofia. A partir da transição religiosa para a filosófica, nasceu o pensamento jusnaturalista, o qual pregava que o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais e tais direitos são inalienáveis. A influência das doutrinas jusnaturalistas foi extremamente importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII.

Os direitos fundamentais, no seu período de evolução e transformação, foram divididos em dimensões, pois os direitos estão permanentemente em processo de expansão, cumulação e fortalecimento.

Apesar da Constituição de 1988 ter apresentando um amplo rol de direitos fundamentais visando proteger o ser humano, muitos deles infelizmente deixam de ser concretizados.

CAPÍTULO II

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PARADOXOS DOS SECULOS XX E XXI

O presente capítulo aborda o desenvolvimento dos direitos fundamentais nos séculos XX e XXI, analisando o surgimento de normas que enfatizavam a necessidade de respeitar a vida humana e, os principais motivos que impedem os sistemas jurídicos de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Além de abordar os aspectos relacionados aos direitos fundamentais no mundo globalizado, enfatizando as principais dificuldades relacionadas à sua efetivação.

2.1 Fundamentos teóricos e evolução dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são direitos que se modificam com a evolução e transformação da sociedade e sua principal função é atender às necessidades humanas. A importância de tais direitos evidencia-se na vocação para assegurar a continuidade da vida humana, além de proteger os indivíduos de toda vulnerabilidades a que estão sujeitos.

A inserção dos direitos fundamentais tornou-se uma referência obrigatória na maioria dos textos constitucionais, pois atualmente quase todos os sistemas políticos adotaram oficialmente uma doutrina relacionada a esses direitos, porém isso não basta para que eles tenham efetiva realização. Para Flores (2009, p. 33) “[...] o conteúdo básico dos direitos é o direito a ter direitos. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem

garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? E as lutas sócias que devem ser colocadas em prática para poder garantir um acesso mais justo a uma vida digna?)”.

A expressão “direito” é polissêmica. Seja na língua portuguesa, seja em outros idiomas, a mesma palavra - Recht, ditto, derecho, droit, pravo -, acolhe vários significados diferentes. Mas além de acolher múltiplos conteúdos, bastante diversos entre si, que estabelecem esferas distintas de significação, cada uma destas designações é, no seio de sua própria esfera, inçada de controvérsias. Numa palavra: os vários significados da expressão direito não são unívocos nem mesmo quando singularmente considerados. (GALDINO, 2002, p. 190).

Direitos nada mais são que a luta pelo acesso a bens. A direção das lutas para o acesso aos bens é a busca pela sobrevivência ou pela dignidade humana. Entende-se por dignidade não o simples acesso a bens, mas a possibilidade de que o acesso seja igualitário e não coloque alguns em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. (FLORES, 2009, p. 37).

O conteúdo básico dos direitos fundamentais não é em si o direito de ter direitos e sim o conjunto de lutas pela dignidade, sendo que os resultados deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade.

[...] os principais problemas enfrentados pelo reconhecimento e garantia dos direitos humanos no século XX pode levar a uma conclusão precipitada no sentido de que a sua utilização, como instrumento de proteção dos valores fundamentais da pessoa, é uma idéia utópica e impraticável. Contudo, a observância dos fatos sociais contemporâneos mostra que os direitos humanos têm sido usados como pilares de sustentação das lutas das minorias, em diversas partes do mundo, independentemente da cultura, da crença, regime político ou posição social. Os excluídos sociais, políticos e religiosos, combatem a posição majoritária dentro do contexto em que estão inseridos, buscando assegurar a dignidade da sua existência, apoiando-se nos direitos humanos por acreditarem que esses direitos, supralégais, carregam valores e princípios de justiça que se excluem do arbítrio e do reconhecimento de forças externas ao indivíduo. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 23).

A gênese dos direitos fundamentais é a ordem jurídica natural e não o direito positivo, ou seja, tais direitos são inerentes ao ser humano, são anteriores e superiores às legislações escritas e não precisam ser outorgados, mas sim reconhecidos e sancionados como universalmente válidos e por nenhum motivo deveriam ser abolidos ou desrespeitados.

[...] se entende por direitos naturais aqueles direitos que têm por titular o homem, não por graciosa concessão de normas das normas positivas, mas independente delas e pelo mero fato de ser homem, de participar da natureza humana. E ao que se refere à existência destes direitos, os direitos humanos existem e o sujeito os possui independentemente de que sejam reconhecidos ou não pelo Direito positivo. (SILVA F, 2002, p. 127).

Os direitos fundamentais surgiram com o passar dos anos, assim, podem ser considerados consequência da história e da cultura, bem como estão sujeitos a evolução política, jurídica e social, isso tudo dificulta a defesa por sua universalização.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalmente em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalmente formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição Formal. (FACHIN, 2007, p. 69).

As necessidades humanas caracterizam-se como individuais, pois os indivíduos são os únicos sujeitos capazes de ter uma consciência e os únicos a serem vistos como sujeitos de necessidades. Os direitos fundamentais estão relacionados às necessidades de sobrevivência e de liberdade. (GALTUNG, 2009, p. 92-93).

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (SILVA F, 2002, p. 106).

O século XX foi marcado por grandes avanços sociais e pela incessante luta em prol dos direitos fundamentais, mas também nesse século a humanidade sofreu as mais horrendas violações, isso durante as duas grandes guerras mundiais. As brutalidades perpetradas durante esse período histórico tinham como base as leis que compunham os ordenamentos jurídicos vigentes.

Esses fatos ensejaram uma reação internacional que culminou com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, que marcou o início da codificação, reconhecimento, defesa e promoção dos direitos humanos na esfera internacional. Dessa primeira codificação surgiram-se dois instrumentos internacionais sobre direitos humanos, adotados em 1966: a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Daí por diante, proliferaram diversos tratados internacionais que buscaram disciplinar e salvaguardar essa categoria de direitos, com a esperança de que inserção desses valores em textos jurídicos fosse a solução definitiva para a sua proteção e respeito. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 20-21).

A partir da queda do Muro de Berlim iniciou-se um novo contexto social, econômico, político e cultural, esse novo contexto vê-se uma paralisação das medidas interventoras por parte do Estado em relação às atividades econômicas, sendo que na atualidade é o mercado que impõe as regras aos Estados por meio de instituições globais

como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e, principalmente, a organização Mundial do Comércio. (FLORES, 2009, p. 30).

As últimas décadas do século XX marcaram, também, um movimento de retorno ao direito. Como tal se entenda a renovação e ampliação da idéia de que o direito é a única via, em um mundo marcado pelo pluralismo e pela conflituosidade, para que se assegurem os direitos fundamentais do homem e se realiza algum tipo de justiça social. É neste contexto que se desenvolve, em países como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Espanha, dentre outros, uma profícua geração de juristas que resgatam para o domínio de sua investigação temas como a teoria dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) e a teoria da justiça, até então entregues exclusivamente a outros campos do saber, como a sociologia, a ciência política e a filosofia pura. (BINENBOJM, 2002, p. 224).

O embasamento dos direitos humanos não pode ser jurídico e sim moral, isso porque é indispensável garantir ao ser humano uma vida digna, isso conseqüentemente irradia os valores formadores dos direitos humanos. O papel do ordenamento jurídico não se restringe apenas à criação de direitos humanos, mas de essencialmente reconhecê-los e transformá-los em normas jurídica, com o intuito de garantir a sua efetividade. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 16).

O final do século XX foi marcado pelo retorno aos valores como fundamentos da ordem jurídica e o surgimento de novas obras e teses que procuravam superar o ceticismo ético positivista com a reaproximação entre a moral e o direito. No entanto, esse período foi marcado pela derrocada dos regimes socialistas que pôs em xeque a filosofia política predominante nos anos 60 e 70 que atribuía ao direito à condição de mera superestrutura do processo econômico e instrumento de dominação das classes dominantes. (BINENBOJM, 2002, p. 225).

Os direitos humanos se converteram no desafio do século XXI, e é impossível não perceber o grande esforço internacional realizado para que todos os indivíduos e formas de vida sejam amparados com uma base mínima de direitos. Desde 1948, ou seja, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, percebe-se diariamente a luta da comunidade internacional para que os seres humanos possam controlar seus destinos. (FLORES, 2009, p. 29).

[...] a proteção efetiva e a realização dos direitos humanos é a grande interrogação e desafio de nossa civilização na virada do milênio, tal não exclui do foco das atenções a problemática dos fundamentos e sua crise: Entretanto, cabe objetar a essa exposição otimista que a constante violação atual dos direitos humanos mostra a falta de raízes e a precariedade dessas pretensas convicções geralmente compartilhadas, e a conseqüente necessidade de se prosseguir argumentando em seu favor. Por outro lado, basta cotejar a disparidade que oferecem os pressupostos filosóficos ou ideológicos que subjazem ao estatuto dos direitos e liberdades nos diferentes sistemas políticos que, de alguma forma, os reconhecem para que se dissipe a ilusão de um fundamento comum e genericamente aceito. (SILVA F, 2002, p. 106).

Os direitos fundamentais constituem-se no núcleo essencial da Constituição (THEODORO, 2006, p. 121).

O campo dos direitos do homem - ou, mais precisamente, das normas que atribuem direitos ao homem - aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de direito? (BOBBIO *apud* THEODORO, 2006, p. 89-90).

Assegurar a existência de direitos fundamentais acarreta custos ao Estado, isso porque é necessário tanto a criação quanto a manutenção de uma estrutura pública, como por exemplo o judiciário, além de outras esferas, somente dessa forma é possível permitir o respeito e a eficácia dos direitos instituídos.

Segundo leciona Fachin (2007, p. 103), “efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado”. Assim, os direitos fundamentais somente terão eficácia se for concretizada sua delimitação, extensão e fundamentação além, de serem incluídos no conjunto de valores sociais, desta sociedade globalizada, multicultural, dinâmica e que está em constante transformação.

Os direitos fundamentais, enquanto normas programáticas vinculam comportamentos públicos futuros, isto é, as normas programáticas necessitam de uma concretização legislativa, para que alguns direitos sejam de fato concretizados, não estejam apenas dispostos no do texto constitucional e não possam ser usufruídos.

2.2 Eficácia das normas programáticas

A Constituição é a lei suprema e fundamental de um Estado, mas o problema que geralmente permeia sobre esse instituto é a eficácia das normas constitucionais, porém a eficácia está inteiramente vinculada ao teor doutrinário das Constituições.

A gênese das Constituições foi uma forma de superar o absolutismo, essa conquista foi um privilegio da classe burguesa, pois os princípios básicos da ideologia burguesa foram positivados por meio das constituições.

As primeiras constituições, chamadas de liberais, eram estáveis, principalmente no ponto de vista político, já as constituições sociais buscavam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. Esse conflito cessou consoante entendimento de Bonavides (2008, p. 232), “em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar⁴”.

Há diferenças entre as constituições burguesas do primitivo Estado liberal e as constituições sociais, do século XX. Enquanto as primeiras disciplinavam apenas o poder estatal e os direitos civis e políticos, as segundas regulavam tanto o poder estatal, quanto a sociedade e o indivíduo. As constituições do Estado liberal eram antigoverno e anti-Estado, já as constituições sociais eram contrárias ao individualismo, bem como ao absolutismo.

A programaticidade foi responsável pela dissolução do conceito jurídico das Constituições, elaboradas pelos positivistas e pelos constitucionalistas do Estado liberal, no século XIX, isso foi consequência das exigências sociais e engendrou a criação de um novo direito, acarretando a formação das Constituições do século XX. Portanto, “[...] a compreensão correta das normas programáticas como normas jurídicas contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito jurídico e o conceito político de Constituição”. (BONAVIDES, 2008, p. 237).

⁴ Constituição alemã, de 1919, que estabeleceu inúmeros direitos sociais.

[...] a respeito das normas ditas programáticas é a de que há um caráter reacionário nessas normas, pois “nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do direito, mas sobretudo ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já esta contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação desses “direitos sem garantias”, a sociedade civil acomoda-se, alenta e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados. (GRAU *apud* THEODORO, 2006, p. 90).

“Os direitos fundamentais como direitos clássicos da liberdade foram gerados por uma Sociedade que detinha o monopólio ideológico dos princípios a serem gravados nas Declarações de Direitos, ou seja, nas Constituições”. (BONAVIDES, 2008, p. 231).

“A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a idéia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2000, p. 363).

Não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas. (BONAVIDES, 2008, p. 246).

A inclusão das normas programáticas na constituição “acentua que a vontade de constituição dos órgãos encarregados de realização dos programas constitucionais é um elemento condicionante da força normativa da Lei Maior” (THEODORO, 2006, p. 91).

Os direitos fundamentais, enquanto direitos a prestações, são denominados normas programáticas⁵, consoante ensina Canotilho (2000, p. 366) “os direitos fundamentais a prestações equivaleriam a *normas programáticas*” e o que se espera de tais direitos é que sejam concretizados, tenham efetividade e se destinem ao propósito pelo qual foram criados.

[...] *programáticas* se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar de um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. (BONAVIDES, 2008, p. 248).

As normas jurídicas elencadas na constituição devem ser aplicadas de forma direta,

⁵ Os direitos fundamentais podem ser analisados como, princípios hermenêuticos; mínimos existenciais; direitos substantivos e normas programáticas, mas, na presente pesquisa será abordado apenas, direitos fundamentais como normas programáticas.

vinculando o judiciário, executivo e legislativo e, nessas condições as normas programáticas, principalmente as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e vinculantes ao Legislativo, Executivo e Judiciário. (THEODORO, 2006, p. 90).

As normas programáticas costumam ser encaradas de forma bastante ampla e genérica, elas apresentam baixa densidade normativa, ou uma normatividade insuficiente para alcançar a plena eficácia, porquanto são normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas que serão implementadas pelo Estado, bem como contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador. (SARLET, 1998, p. 264-265).

A interpretação sistemática e teológica do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, trará os mesmos resultados, uma vez que, ao utilizar a expressão 'direitos e garantias fundamentais', o constituinte buscou atingir a totalidade das normas do Título II, o que inclui também os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais e não apenas os direitos e garantias individuais e coletivos. (THEODORO, 2006, p. 97).

Segundo se lê no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O aludido dispositivo deve ser aplicado direta e imediatamente, sem qualquer limitação, bem como sua interpretação deverá ser feita de forma literal. Essa regra, pela sua localização, aplica-se tão somente aos direitos fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição, na sua maioria, direitos de liberdade, defesa e participação, não podendo ser aplicada a toda a Constituição, sob pena de equiparar direitos fundamentais às demais normas constitucionais. (THEODORO, 2006, p. 95).

A melhor exegese da norma contida no artigo 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (SARLET, 1998, p. 257).

As normas constitucionais são divididas em: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Essa divisão é feita considerando à eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais.

As normas constitucionais de eficácia plena produzem efeito desde já, e tem por objetivo tornar concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das Constituições, independentemente de norma integrativa infraconstitucional, criando situações subjetivas

de vantagem ou vínculo, desde logo exigíveis.

Normas de eficácia contida produzem ou podem produzir efeitos desde a entrada em vigor da Constituição e a aplicabilidade é direta, imediata, integral, porém sua abrangência poderá ser reduzida em razão de edição de norma infraconstitucional. Mas se a lei restritiva não vier ela continuará tendo aplicabilidade integral.

As normas de eficácia limitada tem efeito mínimo, aplicabilidade diferida, mediata, reduzida, e necessita de lei integrativa infraconstitucional. Essas normas se dividem em “normas limitadas de legislação, que remetem ao legislador a sua integração e as normas programáticas, que versam, sobre matéria eminentemente ético-social”. (THEODORO, 2006, p. 81).

Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações. (BONAVIDES, 2008, p.246).

As normas programáticas ou normas-princípios apontam princípios e fins, programas de atuação do Estado, disposições de fins sociais a serem alcançados. O reconhecimento da eficácia normativa dessas normas que enunciam verdadeiras normas jurídicas e que são preceptivas, tanto quanto as demais, influenciam principalmente o legislador e que devem incidir sobre todos os órgãos incumbidos de fazer atuar, normativamente, os programas nelas descritos. (THEODORO, 2006, p. 88-89).

As normas programáticas necessitam de uma concretização legislativa, já que a diversa carga eficaz destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma, mas mesmo sem qualquer ato concretizador, são consideradas acima de tudo normas jurídicas e aptas a desencadear algum efeito jurídico. (SARLET, 1998, p. 265 - 266).

Os impasses e os problemas da Constituição dirigente detectados na análise da concretização constitucional vêm demonstrar que a directividade constitucional torna polêmica a Constituição porque, expressa ou implicitamente (nos direitos fundamentais, na omissão legislativa, etc.), ela põe em questão a legitimidade de uma ordem constitucional e obriga a pôr a descoberto as concepções de Estado e de sociedade. (CANOTILHO, 2000, p. 380).

A necessidade de interposição legislativa aos direitos de cunho programático, justifica-se porque a realização desses direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como, da progressiva implementação e execução de políticas na esfera socioeconômica. (SARLET, 1998, p.266).

[...] tomemos dois exemplos extraídos de nossa Constituição [...] no artigo 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”) está contida uma norma definidora de fins e tarefas a serem cumpridas pelo Estado, no âmbito de um direito fundamental à cultura, o artigo 7º, inc. XI, o qual prevê a participação do trabalhador nos lucros (ou resultados), bem como participação eventual na gestão da empresa, caracteriza-se como contendo uma norma impositiva (no caso, uma ordem de legislar), na medida em que expressamente incumbe o legislador da tarefa concreta de realizar esta participação nos lucros, na condição de direito fundamental do trabalhador. No que concerne a estes exemplos, não nos parece que possam exigir dúvidas fundadas a respeito da necessidade, em ambos os casos, de uma concretização legislativa para que venham a gerar a plenitude de seus efeitos. (SARLET, 1998, p. 266-267).

No exemplo do artigo 215 o legislador em momento algum estabeleceu os meios e critérios necessários que possibilitam o Poder Público realizar as finalidades determinadas. Mas como ensina Sarlet (1998, p. 269), “os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais)”.

“Todos os órgãos concretizadores das normas constitucionais estão juridicamente vinculados a considerar esses preceitos como parâmetros interpretativos, não só nos casos de nova regulamentação, mas também na atividade interpretativa do direito existente”. (CANOTILHO, 2000, p. 301).

As normas programáticas vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização, sujeitam positivamente os órgãos concretizadores, bem como são limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos atos que as contrariam. Elas são imposições permanentes, mas abstratas. (CANOTILHO, 2000, p. 315).

Quanto ao destinatário, seriam programáticas as normas dirigidas ao legislador e perceptivas ou não programáticas aquelas endereçadas aos cidadãos e ao juiz. Quanto ao objeto da norma, as programáticas são aquelas que têm eficácia sobre os comportamentos estatais e preceptivas ou não programáticas aquelas que recaem sobre relações privadas. [...] a natureza da norma, as programáticas se caracterizariam pelo seu alto teor de abstração e imperfeição (normas incompletas que demandam operações integrativas), e as preceptivas ou não programáticas por serem normas concretas e completas, suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontestável juridicidade. (BONAVIDES, 2008, p.239).

As normas jurídicas estão sempre sujeitas ao desenvolvimento histórico, as normas programáticas possuem de regra um caráter jurídico fraco e impreciso, isso ocorre porque as normas programáticas se refletem, sobretudo, no conteúdo profundo dos valores em circulação e as mudanças que vão surgindo na sociedade.

2.3 Problemática contemporânea dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são valores substanciais, universais e pautados em valores morais, portanto, essenciais para assegurar uma vida digna aos indivíduos, independentemente de sua cultura, crença, sexo, cor e raça.

É importante distinguir “o plano da realidade do que convencionalmente costumamos chamar de direitos fundamentais e o plano das razões que justificam sua existência e dos fins que pretendemos conseguir com eles e através deles. (FLORES, 2009, p. 32)”.

Os direitos fundamentais surgiram a partir do direito constitucional e sua finalidade é “construir instrumentos institucionais à defesa dos direitos dos seres humanos contra os abusos de poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo que busca a promoção de condições dignas da vida humana e de seu desenvolvimento.” (BARBOSA, 2006, p. 292).

A dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição de outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. (SARLET, 2001, p. 28).

“Os direitos fundamentais, mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida”. (FLORES, 2009, p. 34). Já Fachin (2007, p. 75) entende que: “Os direitos humanos são mais do que simples declarações e pactos, são um conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”.

A necessidade de valorizar o ser humano com fim em si mesmo, como fim último, nunca podendo ser tratado como meio, aloca-se como imperativo categórico, considerando a razão paradigmática em um Estado Democrático de Direito, em que o pluralismo de projetos de vida humana integram-se, fundando-se a ordem jurídica nos direitos fundamentais, e, em especial, na dignidade da pessoa humana. (BARBOSA, 2006, p. 290).

Os direitos fundamentais guardam íntima relação com a atividade estatal e, encontram na dignidade da pessoa humana seu escopo e baldrame, como limite e tarefa do Estado. Diante disso, duas dimensões complementares se consolidam no que diz respeito a atuação estatal: a negativa que impõe a necessidade de abstenção do Estado e a

demarcação de uma zona de não-inferência e a positiva que exige uma atuação de concretização e implementação desses direitos por meio da via estatal. (FACHIN, 2007, p. 98).

[...] a fundamentação dos direitos humanos torna claro que a fundamentação dessa categoria, com vistas a sua efetiva concretização e preservação, deve partir de formulações objetivas que não sofram limitações ou condicionamentos que busquem relativizar o seu alcance. Para tanto, deve-se partir da premissa de que os direitos humanos representam um conjunto de direitos ligados à moral, e inatos ao ser humano, que têm por objetivo basilar o respeito à dignidade humana, em todas as suas dimensões, e que devem ser reconhecidos pela sociedade, pelo estado e pelo próprio direito, independentemente de determinações legais ou acordos pessoais. Dentre esses elementos que embasam os direitos humanos, vê-se que duas categorias merecem destaque. A primeira delas diz respeito à delimitação do que venham a ser os valores morais que formam o seu núcleo; e a segunda, estabelecer o que é dignidade humana e por que ela constitui o bem maior de proteção dos direitos humanos. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 16).

Os direitos humanos são processos dirigidos à obtenção de bens fundamentais pra assegurar uma vida digna e, as razões que levam as pessoas a lutarem pela conquista de tais direitos está vinculado ao fato de uns terem mais facilidade para obtê-los, enquanto outros tem mais dificuldade. (FLORES, 2009, p. 35). Portanto, “os direitos fundamentais à luz do seu caráter programático, serão objeto de eterna implementação, ou em outras palavras mais amenas e retóricas, de realização progressiva, sob difícil monitoramento.” (BARBOSA, 2006, p. 314).

[...] a garantia da dignidade da pessoa humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado [...] A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado. (FACHIN, 2007, p. 98).

Cabe frisar que os direitos humanos estão inteiramente relacionados à dinâmicas sociais que permitem a construção de condições materiais e imateriais, ou seja, estão relacionados a luta por bens necessários à garantia de uma vida digna. E tais bens são: educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação, tempo para o lazer e formação. Os direitos somente virão após as lutas pelo acesso aos bens. (FLORES, 2009, p. 34-35).

“Os direitos humanos estão ligados ao valor da pessoa, sua dignidade, igualdade e liberdade. Sua proteção e efetividade são, de todo, indispensáveis para a construção de uma

sociedade mais democrática e cidadã”. (BARBOSA, 2006, p. 290).

Os direitos fundamentais direcionam-se às realidades dinâmicas e históricas influenciadas pelo contexto espaço-temporal no qual estão situados e, portanto, são o resultado de um enorme esforço histórico realizado em busca da liberdade humana. No entanto o formalismo à que estão sujeitos impede compreender que a luta por esses direitos não acaba com a sua recepção jurídico-positivista e sim, com sua concretização no seio das relações sociais. (FACHIN, 2007, p. 76).

Aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. O gozo e a fruição dos direitos fundamentais continuam a depender exclusivamente de sua densidade normativa, forma de positividade e dos princípios de máxima efetividade e força normativa da constituição. (GEBRAN NETO, 2002, p. 155).

O cerne do problema da efetividade das normas constitucionais concentra-se no grupo dos direitos sociais, isso porque esses direitos estão vinculados aos seguintes fatores: disponibilidade econômica e integração de norma infraconstitucional. E, esses direitos são: aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes de apenas abstenção do Estado. Por exemplo, o direito de greve (art. 9º da CF/1988) e os direitos relativos à previdência social e outros, elencados no art. 6º e 201 da CF/1998 que ensejam participação ativa ou positiva do Estado, onde a ação estatal não seja apenas desejável e sim exigível. (THEODORO, 2006, p. 87).

A solução para esse impasse, estaria na busca do controle e do condicionamento do poder do Estado, através da construção de sistemas jurídicos moldados por procedimentos democráticos participativos. Isso deslocaria o foco da legitimidade do sistema jurídico não para a decisão inicial que deu origem à norma, fato que pode permitir desvios e violações, mas para o próprio processo que culminou com a sua elaboração, desde a gênese até as decisões finais. Assim, os procedimentos políticos da sociedade, tais como o procedimento eleitoral, o procedimento parlamentar legislativo e o próprio processo judicial, entre outros, formariam um quadro, uma zona de delimitação onde ocorreram as discussões que formariam o conjunto de regras que limitariam e controlariam o poder do Estado. Dentro desse espaço procedimental democrático é que ocorreria a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, sendo que a legitimidade da escolha dos valores que estão relacionados à dignidade humana ocorreria não pelas regras jurídicas consideradas isoladamente, mas pelo procedimento democrático que as veiculou com o status de valores justos e aceitos por aquele grupo social. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 21-22).

Toda essa problemática relacionada aos direitos fundamentais é proveniente do contexto concreto vivido atualmente, ou seja, a intensificação da deterioração do meio

ambiente, as injustiças propiciadas por um comércio e por um consumo indiscriminado e desigual, a continuidade de uma cultura de violência e guerras, a realidade das relações transculturais e das deficiências em matéria de saúde e de convivência individual e social. (FLORES, 2009, p. 31).

Os direitos fundamentais deveriam ser aplicados de forma plena, imediata e irrestrita, porém o texto constitucional não estabelece a todos esses direitos condições para seu exercício. E, o encargo “da atuação estatal em prol da promoção, do respeito e da proteção dos direitos fundamentais possui um campo amplo de tutela que se estende desde a sua própria não-ingrência à seara individual até a proteção destes de transgressões de qualquer natureza praticada por quaisquer sujeitos. (FACHIN, 2007, p. 99)”.

Não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Assim, as noções aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas, na verdade, as duas faces da moeda, na medida em que uma norma somente será considerada eficaz por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. (SARLET, 1998, p. 210).

Infelizmente percebe-se que os direitos fundamentais surgiram antes do surgimento de condições adequadas ao seu exercício. “Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso. (FLORES, 2009, p. 33)”.

A concretização dos direitos fundamentais no que se refere a prestações materiais, encontra seu limite na chamada “reserva do possível”. Dispõe a reserva do possível que o juiz, ou mesmo o Poder Público, não pode efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto. A aferição desta disponibilidade é feita em face do orçamento. Justifica-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos pode implicar a inviabilização da consecução de outros. (THEODORO, 2006, p. 119).

Assim, a aplicação imediata dos direitos fundamentais somente será realizada se “o legislador cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação e também no dever dos tribunais de obriga-lo a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade e demais garantias fundamentais”. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 93).

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas significa bem mais do que um mero esclarecimento de sentido no âmbito de um projeto geral de sentido dos direitos fundamentais, representado, isto sim, algo como um novo horizonte hermenêutico, implicando uma leitura completamente nova do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais. (FACHIN, 2007, p. 103).

As normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis à realidade social, pois, é impossível aplicar um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício. Isso é consequência da escolha realizada pelo constituinte de não concretizar suficientemente tais normas, impossibilitando sua aplicação imediata. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 91). “A latente decepção com o constitucionalismo pátrio está vinculada à carência de efetivação das normas constitucionais, pois, em análise regressiva, nota-se a ausência de sintonia dos preceitos constitucionais, ou ao menos de seu amoldamento prático, à realidade Social”. (FACHIN, 2007, p. 113).

[...] Não podemos tranquilamente acreditar que, com a existência de uma norma, já temos o acesso aos bens (inclusive se nos referimos à situação dos direitos nos países desenvolvidos econômica e juridicamente). Pode ocorrer que a norma não possa ser aplicada por falta de meios econômicos. Pode ocorrer que não se queira aplicar por falta de vontade política. Ou quiçá ocorra que uma pessoa ou grupo partam de coordenadas culturais e sociais que impeçam sua colocação em prática. O que fazer com um instrumento que “temos” se não podemos coloca-lo para funcionar por falta de meios, por falta de políticas públicas ou por razões que apelam a alguma tradição considerada intocável? (FLORES, 2009, p. 44-45).

“A gravidade esboçada no cenário contemporâneo dos direitos fundamentais conclama o engajamento de todos para que, ao lado e não em substituição à esfera estatal, possa-se pensar em diminuir o fosso abissal entre a teoria e a prática desses direitos. (FACHIN, 2007, p. 103)”.

[...] o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade. Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento ou procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas. Exterior, pois as constituições e tratados “reconhecem”- evidentemente não de um modo neutro nem político – os resultados das lutas sociais que se dão fora do direito, com o objetivo de conseguir um acesso igualitário e não hierarquizado “*a priori*” aos bens necessários para se viver. Interior, porque essas normas podem dotar tais resultados de certos níveis de garantias para reforçar o seu cumprimento (certamente não de um modo neutro nem à margem das relações de forças que constituem o campo político)”. (FLORES, 2009, p. 34).

No que diz respeito à identificação das barreiras que amarram a aplicabilidade prática e direta dos direitos fundamentais, existem, independentemente da natureza destes, elementos que obstaculizam sua tutela, bem como sua aplicação prática. (FACHIN, 2007, p. 111).

Os direitos sociais inovaram, em muito, na questão da intervenção pública na área social, envolvendo significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado, as quais acabaram por não serem efetivadas por falta de leis complementares ou por falta de uma mentalidade judicial tão obcecada pelos procedimentos formais, a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios que explodem na realidade. (BARBOSA, 2006, p. 272).

“O impulso da globalização econômica, quando alheio a parâmetros éticos e jurídicos, garantidores de um mínimo de proteção aos direitos humanos, coloca o lucro como valor supremo e, e com a má distribuição da riqueza, agrava as desigualdades e a exclusão sociais.” (BARBOSA, 2006, p. 289). E, diante de tais fatores que “os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhes de restringi-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito”. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 97).

Somente a efetivação dos direitos fundamentais poderá superar a crônica instabilidade institucional brasileira, como o intuito de transformar a estruturas existentes, emancipando, assim, os cidadãos através da tolerância política e o avanço social. (BARBOSA, 2006, p. 272).

A chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, aquela que recai sob as relações intersubjetivas, assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico- maior que o de muitos Estados). Assim, além de atrelar ao Estado o dever geral de amparo e implementação dos direitos fundamentais, os particulares também são chamados, pela ordem constitucional, a comungar dessas obrigações, positivas ou negativas (FACHIN, 2007, p. 101).

O surgimento dos direitos fundamentais promoveu o controle dos abusos do poder do Estado, garantindo ao ser humano de uma vida mais digna. Entretanto, alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, infelizmente não são aplicáveis, na maioria das vezes pela própria inércia do Estado e em outras por falta de regulamentação. No entanto ainda há muito a se fazer com o intuito de contornar essa situação e encontrar perspectivas que permitam ao menos amenizar os problemas vinculados aos direitos fundamentais.

2.4 A nova perspectiva dos direitos fundamentais

O século XX foi marcado pelo horror provocado pelas duas guerras mundiais, nesse

período o Estado foi o grande violador dos direitos fundamentais. Diante desse cenário surgiu o esforço de reconstrução dos direitos fundamentais, como modelo e referencial ético a orientar tanto a ordem nacional quanto internacional.

É necessário que os direitos fundamentais se transformem em algo sobre o qual se construa um novo conceito de justiça e equidade, levando em consideração a realidade da exclusão da grande maioria da humanidade dos benefícios assegurados pela nova ordem global.

[...] os direitos humanos funcionam como indicadores do estágio democrático de um Estado, que é avaliado em seu grau de democratização proporcionalmente ao reconhecimento e proteção que adota em relação à dignidade da pessoa humana. Ele passa, portanto, a constituir o fundamento nuclear de legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 19).

“Temos os direitos como algo que nos impulsiona à criação de direitos, com o objetivo de outorgar-lhes um reconhecimento e uma aplicação universal (ou seja, o que os direitos significam para tal perspectiva tradicional)”. (FLORES, 2009, p. 32). E, somente “[...] o desenvolvimento dos direitos humanos serve como base crítica para o aperfeiçoamento das ordens jurídicas, em todas as esferas, formando com estas um sistema interdependente”. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 23)

[...] já não podemos falar de duas classes de direitos humanos: os individuais (liberdades públicas) e os sociais, econômicos e culturais. Só há uma classe de direitos para todas e todos: os direitos humanos. A liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda. Uma sem a outra nada são. Sem condições que as coloquem em prática (políticas de igualdade, que se concretizam nos Direitos sociais, econômicos e culturais), as liberdades individuais (quer dizer, os Direitos Civis e Políticos) e os direitos sociais não terão espaço em nosso mundo (FLORES, 2009, p. 74).

“Os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo ordenamento jurídico – público e privado”. (FACHIN, 2007, p. 99).

Não se precisa e nem se deseja direitos apenas no papel. Temos todos um compromisso social em respeitá-los, em efetivá-los, independentemente de sermos membros do Poder Público ou não. O mundo, ou pelo menos quase toda população mundial, quer vivenciar os direitos que estão no papel. Isso depende de cada um de nós introjetá-los, assumi-los e difundi-los enquanto ideologia, para que se tornem costumes sociais. Não devemos esperar por ninguém; cada um deve fazer sua parte nessa empreitada. O desafio está diante de nós, aceitemo-lo. (SANTOS, 1998 p. 22).

O problema relacionado aos direitos fundamentais não consiste em decifrar teoricamente quais direitos são mais importantes e sim, compreender que, desde as suas

origens, a luta pela dignidade possui um caráter global, assim os direitos fundamentais seria um dos meios mais importantes para se chegar à referida dignidade. (FLORES, 2009, p. 75).

[...] no plano da efetivação que os direitos fundamentais encontram seu nó. Certo é que todas as normas constitucionais nascem para, desgalhando-se de sua eficácia subentendida, gerar efeitos práticos. Destarte, faz-se mister um progresso jurídico humanitário nas estruturas jurídicas no que diz respeito à aplicabilidade concreta desses direitos”. (FACHIN, 2007, p. 117).

No âmbito dos direitos existe um enorme paradoxo relacionado à crescente consolidação e proliferação de Textos Internacionais, Conferências, Protocolos, em contraste, com o aumento das desigualdades e injustiças que cada vez mais aumentam a separação entre os pólos, não apenas geográficos mas também sociais e econômicos, do Sul e do Norte. Como é possível respeitar os direitos humanos em países agoniados econômica e politicamente? Não é possível separar as idéias de desenvolvimento e de direitos humanos como se fossem dois momentos temporais distintos, uma vez que não existe desenvolvimento se os direitos humanos não forem respeitados e não haverá direitos humanos se não houver políticas de desenvolvimento integral, comunitário, local e, principalmente controlável pelos próprios afetados, inseridos no mesmo processo de consolidação e respeito dos direitos. (FLORES, 2009, p. 77).

[...] direitos humanos são idéias que decorrem das exigências que se consideram importantes para o desenvolvimento da vida humana. Se aceitar-se que a meta do homem e da própria sociedade é a sobrevivência, ter-se-á nessa premissa o ponto de partida para a revelação dos valores necessários para constituir um conteúdo moral mínimo e nuclear aos direitos. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 17).

As dificuldades atuais que impedem a efetiva concretização dos direitos fundamentais pode ser solucionada, conforme Flores (2009, p. 78), seguindo os seguintes passos:

1) recuperação da ação política dos seres humanos corporais com necessidades e expectativas concretas e insatisfeitas; 2) formulação de uma teoria impura dos direitos, quer dizer, sempre contaminada de contexto; e 3) recuperação de uma metodologia relacional que procure os vínculos que unem os direitos humanos a outras esferas da realidade social, teórica e institucional.

Em relação aos direitos fundamentais é essencialmente necessário pensarmos em uma nova perspectiva que seja integradora, crítica e contextualizada. (FACHIN, 2007, p.70).

Contextualizar os direitos como práticas sociais concretas nos permite ir contra a homogeneização, a invisibilização, a centralização e a hierarquização das praticas institucionais tradicionais. Estaríamos, então, diante de um “intervencionismo humanitário” levado a cabo pelos próprios autores sociais, “uma guerra humanitária de baixa ou nula intensidade violenta” contra uma ordem desigual. (FLORES, 2009, p. 78).

“O arco existente entre a aplicabilidade da norma in abstracto é o resultado decorrente da efetiva aplicabilidade desta que deverá ser traçado para superar o fosso abissal entre a prática e a teoria dos direitos fundamentais”. (FACHIN, 2007, p. 111). Cabe ressaltar que “[...] os direitos humanos constituem valores inerentes aos seres humanos, o seu reconhecimento e a sua efetivação dependem do poder político estatal, que, nessa lógica, pode assumir o papel de garantidor ou violador”. (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 19).

A efetividade dos direitos humanos “depende muito da penetração dos seus princípios na consciência coletiva dos povos, e, através dela, nas diretrizes dos governos”. (SANTOS, 1998, p. 18).

[...] mesmo não havendo um conceito fechado determinante dos direitos humanos e fundamentais, ou ainda um fundamento consensual destes, nota-se que todos convergem distintamente à idéia da dignidade da pessoa humana. E tal percepção tem caráter essencial na perspectiva emancipatória dos mecanismos da instância jurídica., uma vez que não são, em si mesmos, fins que se fecham e sim possibilidades que se abrem para a concretização de direitos, centrados na igualdade, liberdade, na justiça e no pluralismo. (FACHIN, 2007, p. 76-77).

Canotilho defende que: “[...] ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”. (CANOTILHO, 2000, p. 462).

Será possível conferir maior proteção aos direitos fundamentais com o desenvolvimento global da civilização humana. E os problemas vinculados à efetividade desses direitos não pode ser esquecido sob pena, não de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Ainda há muito a se fazer com o intuito de contornar essa situação e encontrar perspectivas que permitam ao menos amenizar tais empecilhos.

Os direitos fundamentais somente terão eficácia se for concretizada sua delimitação, extensão e fundamentação e assim, serem incluídos no conjunto de valores sociais, desta sociedade globalizada, multicultural, dinâmica e que está em constante transformação.

Portanto, as principais formas de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais será a conscientização, a informação, a educação, e a participação pública. Não é uma tarefa fácil, mas impossível também não.

CONCLUSÃO

Os direitos que hoje são denominados fundamentais e essenciais ao resguardo da dignidade humana estão dispostos no ordenamento jurídico brasileiro de forma “especial”. Tais direitos surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, com o objetivo de assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

Eles são provenientes de diversas fontes como a religião ou mesmo a filosofia. A partir da transição religiosa para a filosófica, nasceu o pensamento jusnaturalista, o qual pregava que o simples fato do ser humano existir, fazia dele um sujeito de direitos naturais e inalienáveis. A influência das doutrinas jusnaturalistas foi extremamente importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII.

Os direitos fundamentais, no seu período de evolução e transformação, foram divididos em dimensões, pois os direitos estão permanentemente em processo de expansão, cumulação e fortalecimento

A elaboração da Constituição de 1988 foi decorrência de uma série de discussões que culminaram na redemocratização do país, depois do período militar. A Constituição de 1988 foi essencialmente inovadora ao elencar inúmeros direitos fundamentais, e considerá-los cláusulas pétreas, ou seja, direitos que não podem ser alterados ou modificados.

Alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, infelizmente não são aplicáveis, na maioria das vezes pela própria inércia do Estado e em outras por falta de regulamentação. No entanto, ainda há muito a se fazer com o intuito de contornar essa situação e encontrar perspectivas que permitam ao menos amenizar os problemas vinculados aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, enquanto normas programáticas vinculam comportamentos públicos futuros, isto é, as normas programáticas necessitam de uma concretização legislativa, para que alguns direitos sejam de fato concretizados, não estejam apenas dispostos no do texto constitucional e não possam ser usufruídos.

A Constituição deve ser interpretada de maneira que os direitos nela dispostos possam ser exercidos e a solução pacífica das controvérsias deve ser prezada. Assim, se for dada maior efetividade aos direitos, conseqüentemente os anseios da população serão supridos.

Será possível conferir maior proteção aos direitos fundamentais com o desenvolvimento global da civilização humana. E os problemas relacionados à efetividade desses direitos não podem ser esquecidos sob pena, não de não resolvê-los, mas de sequer compreendê-los em sua real dimensão. Ainda há muito a se fazer com o intuito de contornar essa realidade e encontrar perspectivas que permitam ao menos amenizar tais empecilhos.

Os direitos fundamentais somente terão eficácia se for concretizada sua delimitação, extensão e fundamentação e assim, serem incluídos no conjunto de valores sociais, dessa sociedade globalizada, multicultural, dinâmica e que está em constante transformação.

Somente se alcançara uma sociedade organizada mediante a vivência e a eficácia dos direitos fundamentais, isso será possível se aumentarem as pressões sociais nesse sentido, buscando superar resistências culturais, conceituadas e institucionais.

Não se deseja direitos apenas consagrados na Constituição Federal e sim de direitos que possam ser usufruídos e isso dependerá do comprometimento da sociedade, que deverá enfrentar esse desafio e fazer a sua parte com o intuito de tornar os direitos fundamentais costumes sociais.

Portanto, as principais formas de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais será a conscientização, a informação, a educação, e a participação pública. Não é uma tarefa fácil, mas impossível também não é.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Problemática da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano nacional. In: PIOVESAN, Flávia (Org). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.
- BARRETO, Vicente; BAEZ, Narcizo Leandro Xavier. Direitos humanos e globalização. In: BARRETO, Vicente; BAEZ, Narcizo Leandro Xavier (Org). **Direitos humanos em evolução**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social, as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra editora Lda, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra Portugal: Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.
- FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação

Boiteux, 2009.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

GALTUNG, Jonhan. **Direitos humanos - uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget. Lisboa, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEITE, José Rubens Moratto; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Org). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Cleber Mesquita dos. **Os direitos humanos, o Brasil e o desafio de um povo**. São Paulo: LTR, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Fernanda Lopes da. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, ano. 12, n. 46, p. 164 – 189, abr./jun./2007.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANEXOS

ANEXO I

**UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ -
UNOCHAPECÓ
ÀREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO ÊNFASE EM
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO**

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu Daiane Giusti, estudante do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público: Ênfase em Direito Constitucional e Administrativo, código de matrícula n. 200420072, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento do Pós-Graduação, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Metodologia da Pesquisa, o que impedirá a obtenção do Certificado de Especialista em Direito Processual Civil.

Chapecó (SC), 07 de março de 2012.

Assinatura do(a) Pós-Graduando