

**DOSSIÊ**



**O NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO OU NÃO**

**FUNDAMENTAL RIGHTS NUCLEUS AND ITS REAL APPLICATION OR NOT**

**NÚCLEO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU APLICACIÓN O NO**

---

Auner Pereira Carneiro<sup>1</sup>

Conceição de Maria Silva dos Santos<sup>2</sup>

**RESUMO:**

O presente trabalho diz respeito a uma abordagem da gênese dos direitos fundamentais, sua evolução, fundamentos e núcleo dos direitos fundamentais consignados na Constituição da República e dos mecanismos constitucionais destinados a garantir a eficácia desses direitos, analisados tanto sob o prisma do Estado quanto dos particulares, trazendo à colação o pensamento de doutrina de pensadores nacionais e estrangeiros acerca do próprio conceito de constituição, e dos direitos fundamentais e núcleo, passando então ao questionamento sobre eficácia que se pode atribuir aos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito ao seu núcleo, considerando o mínimo existencial da pessoa humana, seja nacional ou estrangeiro residente em terras brasileira, analisada, ainda, a questão dos princípios e regras. Isto posto, analisar-se-á os mecanismos constitucionais para assegurar efetivamente a aplicação dos direitos fundamentais, em especial a

---

<sup>1</sup> Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180> . E-mail: [aunerix@yahoo.com.br](mailto:aunerix@yahoo.com.br)

<sup>2</sup>.Advogada. Mestre em Direito. Pesquisadora GPIDMR ITEP- UENF-RJ/UNIFLU-RJ

consideração ao mínimo existencial, a fim de identificar a aplicação e efetividade desses direitos pelo poder pelo estado e pelos particulares.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Núcleo e mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana.

#### **RESUMEN:**

Este trabajo se refiere a un enfoque de la génesis de los derechos fundamentales, su evolución, fundamentos y núcleo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y los mecanismos constitucionales destinados a garantizar la efectividad de estos derechos, analizados tanto desde la perspectiva del Estado como de las personas. , trayendo a la mesa el pensamiento de la doctrina de los pensadores nacionales y extranjeros sobre el concepto mismo de constitución y de los derechos fundamentales y fundamentales, y luego pasando a la cuestión de la efectividad que puede atribuirse a los derechos fundamentales, especialmente con respecto a su núcleo, considerando el mínimo existencial de la persona humana, ya sea residente nacional o extranjero en tierras brasileñas, también analizó la cuestión de principios y reglas. Dicho esto, los mecanismos constitucionales serán analizados para asegurar efectivamente la aplicación de los derechos fundamentales, en particular la consideración del mínimo existencial, con el fin de identificar la aplicación y efectividad de estos derechos por el poder por parte del estado y de los individuos.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución federal. Derechos fundamentales. Núcleo y mínimo existencial. Dignidad humana.

#### **ABSTRACT:**

The present work concerns an approach to the genesis of fundamental rights, their evolution, foundations and core of fundamental rights enshrined in the Constitution of the Republic and the constitutional mechanisms aimed at guaranteeing the effectiveness of these rights, analyzed both from the perspective of the State and of individuals , bringing to the table the thought of the doctrine of national and foreign thinkers about the very concept of constitution, and of fundamental and core rights, then moving on to the question of effectiveness that can be attributed to fundamental rights, especially with regard to its core, considering the minimum existential of the human person, whether national or foreign resident in Brazilian lands, also analyzed the question of principles and rules. That said, the constitutional mechanisms will be analyzed to effectively ensure the application of fundamental rights, in particular the consideration of the existential minimum, in order to identify the application and effectiveness of these rights by power by the state and by individuals.

**KEYWORD:** Federal Constitution. Fundamental Rights. Nucleus and existential minimum. Human dignity.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm sua origem enraizada na existência humana, como representativo de um direito por assim dizer superior e anterior ao direito positivado nos Tratados e nas próprias Constituições, que se manifestavam mais intuitivamente no sentido da proteção recíproca entre os semelhantes, encontra diferentes fundamentos quer na escola jusnaturalista, positivista ou mesmo moralista.

Dada a importância dos direitos fundamentais desde a origem humana, e pelo perpassar dos séculos, tema sempre em evidência, e assim, no presente texto, o dado histórico referência volta-se para a modernidade, com a primeira declaração de direitos fundamentais da pós-modernidade foi a *Virgínia Bill of Rights* ou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12-11-1776.

Para positivação e proteção dos direitos fundamentais das treze colônias Inglesas que formaram os Estados Unidos da América do Norte é apontada pela doutrina jurídica como um marco na positivação dos direitos fundamentais, acompanhada de outras que se seguem

Não é possível deixar de mencionar pensadores pátrios e alienígenas, abordando seus pensamentos sobre os direitos fundamentais, em especial o que abordado no presente trabalho, sobre o núcleo dos direitos fundamentais, origem, evolução e efetiva sedimentação na civilização, através dos documentos editados pelas nações, sejam em tratados, constituições e outros pactos.

O pensamento direcionado no texto, centra análise no respeito, aplicabilidade e efetividade, *ou não*, do núcleo dos direitos fundamentais, como garantia do mínimo existencial da pessoa humana, nacional ou não nacional, como assentado na carta política pátria como alicerce do próprio estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, no Inciso 3º do art. 1º. Da Constituição.

O questionamento abordado no texto, demonstra a preocupação com a efetividade ou não da aplicabilidade dos direitos fundamentais, no seu núcleo, na versão do mínimo existencial, em face da assimetria das camadas sociais do Brasil, revelando distâncias relevantes e preocupantes, devendo constituir para o Estado e também para os particulares ações rotineiras e eficazes de modo a extinguir tais diferença e alavancar uma adequada qualidade de vida a pessoa humana em suas

fronteiras, ao elevar ao patamar pretendido na Constituição da República a dignidade da pessoa humana.

## 2. ANTECEDENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os antecedentes históricos dos direitos fundamentais remontam à própria existência da civilização humana, e têm origem num direito superior ou anterior ao direito positivado nos Tratados e nas próprias Constituições, encontrando diferentes fundamentos quer na escola jusnaturalista, positivista ou mesmo moralista.

Não obstante, a primeira declaração de direitos fundamentais da modernidade foi a *Virgínia Bill of Rights* ou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12-11-1776, que era uma das treze colônias Inglesas no então atual país dos Estados Unidos. É considerada pela Doutrina como a primeira Declaração de Direitos propriamente dita, porque estruturava o regime democrático e a limitação do poder estatal. (MORAES, 1997, p. 3).

Contudo, na França, em 26-8-1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 17 artigos entre eles os da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência a opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento, resultando consagrada a França no trato com os direitos humanos fundamentais. (MORAES, 1998, p. 34).

O item 1.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, no país da Áustria, adotada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, assenta a Teoria Jusnaturalista, concebendo esta em que “*os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos: a sua proteção e promoção são responsabilidade dos Governos.*”<sup>3</sup>

Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 10-12-1948, diz da necessidade dos direitos da pessoa humana serem protegidos pelo império da lei.<sup>4</sup>

Alexandre de Moraes, por sua vez, leciona que ambas as teorias devem

---

<sup>3</sup>Ibidem, p. 28.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 34.

coexistir, asseverando a importância da formação de uma consciência social fixada em uma ordem ao mesmo tempo superior, universal e imutável (vertente da teoria jusnaturalista) a embasar e dar substrato para o legislador reconhecer a existência dos direitos fundamentais de modo a torná-los positivados (teoria positivista) e portanto parte do Ordenamento Jurídico.<sup>5</sup>

Norberto Bobbio, sobre o assunto, discorre que são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou aquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano, (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). (BOBBIO, 1992, p. 20).

Para Cançado Trindade, a idéia de direitos humanos e sua manifestação é tão antiga quanto as civilizações, tendo ocorrido em diferentes culturas e em movimentos históricos sucessivos na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra as formas de dominação, exclusão, despotismo e arbitrariedade. (TRINDADE, 1997, p.485).

A respeito do que fala Cançado Trindade, vale lembrar que Sócrates, já em priscas eras (427 a.C.), desenvolvia uma filosofia cujo ponto alto era justamente a dignidade humana, tendo Platão, em apologia a Sócrates, revelado que o seu mestre lutava não por um regime político, mas por um princípio mais alto, o da dignidade humana. (PLATÃO, 2005, p.35).

Na verdade, Sócrates lutava para que o próprio povo pudesse reconhecer em si mesmo o próprio núcleo desses direitos fundamentais, uma vez que, naquela época, face ao império do autoritarismo, da pressão vertical do poder dominante, o próprio povo se apequenava, submetido e sem o ânimo necessário para a promoção do seu autodesenvolvimento pessoal, familiar e mesmo coletivo dentro de seus grupos.

O Direito Fundamental, como um direito supranacional, revelando-se pelo reconhecimento internacional e pelo postulado de sua efetivação por garantias de proteção encontra eco em muitos documentos internacionais, como o Tratado de Roma, que fala do Tribunal Penal Internacional, por exemplo. Pode-se falar, também, do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, sediado em Luxemburgo, além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na cidade de

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 35.

Estrasburgo (estes últimos fazem parte do processo de Internacionalização do sistema constitucional), sendo um fenômeno a constitucionalização do continente europeu, como bem salienta o José Vieira Ribas que *“a consolidação do processo da União Européia, através do Tratado de Maastricht, exemplifica uma internacionalização do sistema constitucional em detrimento dos próprios textos de Constituição nacionais”*. (RIBAS, 199, p. 100).

## 2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O caráter analítico, pluralista e pragmático dirigente, regulamentista da Constituição Federal de 1988, refletiu no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais-, O desdobramento analítico imprimido na Constituição de 1988, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais, revela uma certa desconfiança do legislador infraconstitucional e uma vontade de salvaguardar reivindicação e interesses contra possível desconstituição dos Poderes.<sup>6</sup>

Na mesma linha do legislador Francês, quando da edição de sua Constituição de 1791, pós revolução de 1789, e assim incorporando a Declaração dos Direitos do Homem, de modo a proteger o povo e impor limites ao poder real.

O documento francês teve forte inspiração na Constituição dos Estados Unidos, fincando suas premissas especialmente na liberdade, e quanto aos direitos fundamentais tratou em título assim especificado: *“do homem e do cidadão”*; de modo disso decorre tais direitos à todas as pessoas (independente de sexo, naturalidade, religião, etc.) sendo titulares de direitos fixados na lei, ideia esta decorrente da linha de pensamento naturalista, ressaltando quanto aos direitos políticos a reserva apenas aos cidadãos franceses ou nacionais.

Seja na Ordem Nacional, ou Internacional, pois que os direitos fundamentais da pessoa humana estão estabelecidos nas Constituições da maior parte das nações, a preocupação não é tanto mais com o reconhecimento desses direitos,

---

<sup>6</sup> Em decorrência de ter sido a Constituição Federal de 1988 elaborada logo após um período de forte autoritarismo do governo militar que vigorou no país por 21 anos, e ainda sob a lembrança das restrições as liberdades, o legislador constituinte deu relevância e reforço ao aspecto dos direitos fundamentais, como igualmente acontece nas demais Constituições pós período de opressão, ditadura, na superação de regimes autoritários, como aconteceu com a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha, 1949 e, mais recentemente com Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978, que, em verdade, exerceram grande influência no Constituinte Nacional na elaboração da Carta em vigor. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 75.

mas sim com a sua proteção, como salienta Norberto Bobbio, em que *o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los.*<sup>7</sup>

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão são direitos civis e políticos traduzidos pelo direito de liberdade, a não interferência do Estado nas ações do cidadão, e o direito a vida. Os de segunda geração, devendo o Estado promover os direitos sociais, culturais, educação e econômicos relacionados ao trabalho, produção e previdência.

Os de terceira geração, o direito ao desenvolvimento, a comunicação e ao meio ambiente, são os direitos difusos e coletivos, que transcendem os direitos individuais. Já os de quarta ou quinta geração ou dimensão, aqui, são os direitos que vão ao sentido da globalização política, tais quais os direitos à democracia, à informação/comunicação à genética e ao pluralismo e a paz.<sup>8</sup>

Importante ressaltar que os direitos fundamentais não nasceram todos ao mesmo tempo, foram sendo estabelecidos com a transformação histórica da humanidade na luta dos povos em prol da garantia dos mesmos em cada época.

Alexy considera que a teoria dos direitos fundamentais é estrutural, primariamente analítica, pois investiga as estruturas como conceitos de direitos fundamentais, influência destes no sistema jurídico e a sua fundamentação. Seu material mais importante é a jurisprudência do Tribunal Constitucional.<sup>9</sup>

Cabe lembrar, validada na Constituição da República pátria de 1988, que na estrutura dos direitos fundamentais, segundo Alexy, é importante a distinção entre regras e princípios.

Essa diferença é a base, o alicerce, a pedra angular e a chave para solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como expressa *verbis*:

ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el

---

<sup>7</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>8</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 45.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 39.

*sistema jurídico.*<sup>10</sup>

Sim, para entender a aplicação real dos direitos fundamentais no Brasil na atualidade, é preciso considerar os princípios basilares ou seja: que a distinção entre regras e princípios constitui-se em verdadeiro pilar da teoria dos direitos fundamentais. Regras e princípios devem ser visualizados sob o conceito de norma, porque ambas dizem o que deve ser, ambas podem expressar mandato, permissão ou proibição.

As regras são aplicáveis ao modo tudo ou nada. A partir do momento em que os pressupostos de fato referidos na regra estejam presente na circunstância concreta e sendo válidos deve ser aplicada e pronto. (DWORKIN, 1999, p. 24).

A propósito, a norma, significa um preceito de direito, norma de conduta e forma abstrata do que deve ser (DINIZ, 1998, p. 366.) Deve conter todos os elementos que regulam a conduta, que tutelem situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, submetendo a realizar a prestação, ação ou mesmo a abstenção em favor de outrem.<sup>11</sup>

Os Princípios já são proposições com maior grau de abstração, diretivas ou características que permeiam o desenvolvimento de uma ciência, é o fundamento que contém em si mesmo a razão de alguma coisa, ainda, norma de conduta, alicerce, base.<sup>12</sup> *Normas de otimização, para que algo seja feito da melhor forma possível*, sem a obrigatoriedade do tudo ou nada, dentro da reserva do possível, assim entendido dentro da realidade fática e possibilidades jurídicas.<sup>13</sup>

Para Alexy, por sua vez, os princípios implicam em conexão com a máxima da proporcionalidade, em seus três desdobramentos, a adequação, a necessidade, considerada esta como a aplicação de um meio mais benigno, e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>14</sup>

É o Princípio da Proporcionalidade que permite o sopesamento dos demais princípios e dos direitos fundamentais, compatibilizando os interesses envolvidos.<sup>15</sup>

Alexy assevera que não pode haver uma adequada dogmática de direitos

---

<sup>10</sup> Tradução: (...) ela constitui a base da fundamentação jurídica e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada de limites, nem uma teoria satisfatória da colisão, tampouco uma teoria suficiente acerca do papel dos que julgam os direitos fundamentais no sistema jurídico (ibidem, p. 81-82).

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da, Op.. Cit. P.42.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 717.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. cit., p.42.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 111.

<sup>15</sup> Ibidem, p.97.



fundamentais, sem a teoria dos princípios.<sup>16</sup>

Dessa forma, pode-se perceber que os princípios devem revelar os valores básicos de uma sociedade.

Noberto Bobbio, aprofundando a análise dentro do importante prisma da concretização dos direitos fundamentais, sob o prisma dos princípios, capaz de expandir-se, em maior alcance, *ensina* que ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais.<sup>17</sup>

Nesse sentido, também se manifesta a doutrina nacional e alienígena, entendendo os princípios como mecanismo/mandamento capaz de se irradiar por todo o sistema jurídico, de modo a ampliar sobretudo as possibilidades de concretização dos direitos fundamentais.

Celso Antonio Bandeira de Mello assim define princípio, *verbis*:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>18</sup>

Canotilho considera os princípios como a alma da Constituição, e os classifica em: 1) Fundamentais; 2) Politicamente Conformadores; 3) Os Impositivos; 4) Garantistas. Os fundamentais são aqueles que são introduzidos na consciência jurídica e exercem importante função de fundamentar a Ordem Jurídica em que se insere. Os Politicamente Conformadores são aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte.

Os Impositivos são os que determinam aos órgãos do Estado a realização de fins e tarefas e, finalmente os de Garantia, que estabelecem a forma direta e

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.* p.25.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : RT, 1980, p. 230.

imediate de uma garantia para fazer prevalecer o direito para o cidadão.<sup>19</sup>

Os quatro primeiros artigos da Constituição Brasileira vêm tratando dos princípios fundamentais.

Os princípios exercem pelo menos três funções no Direito: função fundamentadora da Ordem Jurídica, função orientadora do intérprete, função de fonte subsidiária.<sup>20</sup>

A função fundamentadora, enquanto valor, fundamenta a Ordem Jurídica na qual está inserido o princípio.<sup>21</sup> São idéias básicas para o direito positivo e para a operação de interpretação, ainda elemento integrador de lacunas.<sup>22</sup>

Paulo Bonavides considera como a *viga mestra* do sistema<sup>23</sup>

O Supremo Tribunal Federal vem absorvendo a dimensão de funcionalidade dos princípios e, bem de ver, o voto do Ministro Celso de Mello, proferido na PET-458/CE, cujo julgamento deu-se em 26-02-1988, *verbis*:

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do poder público. A ofensa do Estado a esses valores- que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos- introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais entre indivíduos e o poder. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1998).

Função orientadora do intérprete é o ponto de partida e guia na perquirição do sentido das normas.<sup>24</sup>

Quando a regra admitir mais de uma interpretação, deve ter prevalência aquela que mais se afinar com os princípios. Mas, se restringir ou estender seu significado, admite-se que possa proceder a interpretação extensiva ou restritiva, a calibrar o alcance da regra com o princípio. Entretanto, na ausência de regra específica, caracterizando-se, pois, a lacuna, e na busca da solução, eis que Ordenamento inadmite um *non liquet*, deve pautar-se a interpretação pelos princípios. (SUNDFELD, 1992, p. 183).

O conflito entre regras denomina-se de antinomia, que significa dizer a

<sup>19</sup> CANOTILHO, J.J.G. *Op. Cit.*, p.170-174.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Passim.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p.118.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* P. 265.

<sup>24</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *loc. cit.*, p. 04.

existência de uma incompatibilidade entre ambas dentro de um mesmo ordenamento jurídico e validade que conduzirá a eliminação de uma delas desse mesmo sistema, por uma escolha do intérprete<sup>25</sup>

A colisão entre princípios levará a análise e ponderação do peso e importância de cada um dentro da situação concreta, eis que um não se sobrepõe ao outro uma vez que tem a mesma dignidade hierárquica, não implicando na eliminação do mesmo da ordem jurídica, como acontece com as regras, mas tão somente o afastamento pelo intérprete de um para aplicação de outro que se encontre em testilha, vetorizado na real intenção do sistema jurídico, numa opção teleológica de critérios políticos e sociais. (GRAU, 2005, p. 194).

A atribuição de peso e importância, no entanto, não é faculdade discricionária do intérprete e aplicador eis que esse está vinculado ao sistema geral que emerge da Ordem Jurídica, notadamente da Constituição, com a observação dos aspectos linguísticos sistemático e funcionais.<sup>26</sup>

Como se percebe então, os princípios servem para dar atualidade à norma, colaborando com sua interpretação, pois a maneira de interpretá-los evolui com o tempo, atualizando os valores.

Diante de tais premissas básicas e elementares dentro dos contextos da concretização do núcleo dos direitos fundamentais, tais direitos estão distribuídos nos mais diversos contextos da pessoa, como o direito à vida plena, como a assistência à saúde, nela incluindo o fornecimento de medicamentos e exames, direito a educação, com vaga garantida na escola desde a pré-escola até ao acesso à universidade pública.

O direito à moradia digna, direito ao trabalho como mecanismos de subsistência, o direito ao meio ambiente saudável, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com banimento de preconceito que o iniba, o direito a globalização e a internet, inclusive como mecanismo de acesso ao direito ao conhecimento e a comunicação, o direito a bioética e a genética.

---

<sup>25</sup>BOBBIO, Norberto. *Op. Cit*, p.93-94.

<sup>26</sup>*Ibidem*, p. 196.

### 3. O NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ingo Wolfgang Sarlet diz que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor-fonte (princípio normativo) atrai o conteúdo dos Direitos Fundamentais e pressupõe o reconhecimento, garantia e a proteção dos direitos em todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os Direitos Fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a própria dignidade, que é um pressuposto do Estado Democrático de Direito Brasileiro. (SARLET, 2001, p. 87).

Afirma ainda esse Autor que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada na pessoa em sua individualidade, que a faz merecedora de respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, no que implica exatamente em um complexo de direitos e deveres fundamentais contra todo ato aviltante, degradante, desumano e a garantia de uma existência dentro de condições mínimas para uma vida saudável e a compartilhar a própria existência com os outros seres humanos.<sup>27</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo a orientação mundial, pela primeira vez, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) que, segundo Alexandre de Moraes, consagra uma dupla concepção: a) um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos e (b) um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, expresso pela exigência do indivíduo em respeitar a dignidade de seu semelhante, da mesma forma que a Constituição exige que a respeite. (MORAES, 2002, p. 129).

A dignidade resguarda o mínimo existencial, levando-se em conta a circunstância do ser humano, impedindo o seu ultraje, ainda que se trate de um criminoso, de modo que a Constituição Pátria veda, expressamente, a pena de morte, prisão perpétua, banimento, tortura e penas cruéis (Art. 5º, Incisos XLVII e XLVIII).

As chamadas garantias constitucionais a conferir-lhe a efetividade, eis que, a simples afirmação desses direitos não significa, contudo, a sua intangibilidade, eis

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 62.

que podem ser violados, sendo indispensáveis medidas que os tornem plenamente exequíveis.

Desse modo, a própria Constituição Federal dispõe de mecanismos de garantia de direitos, como por exemplo, se alguém tem por ameaçado, o direito constitucionalmente assegurado de ir e vir, o instituto do *habeas corpus* é o remédio que se utiliza quando esse direito é ilegalmente violado, ou ainda, da mesma forma quando subtraído o direito ao devido processo legal e imposta determinada decisão judicial ou administrativa, de constrição de determinado bem sem que tenha a pessoa feito parte da relação processual, podendo ser aplicado o remédio do mandado de segurança, por atingir direito líquido, certo e exigível reconhecido e positivado na Constituição Federal, ao processo justo, com paridade de partes, com o direito ao devido processo legal e seus desdobramentos, ampla defesa e os recursos a mesma inerentes.

Trata-se de proteção subjetiva das liberdades.

Entretanto, é preciso também considerar que os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição não são ilimitados.

Não é porque detêm o status de fundamentais que podem ser contrapostos de forma irrestrita nem absoluta contra quaisquer outros interesses.

Afinal, pode acontecer um choque de interesses entre pessoas que detenham todos os direitos fundamentais frente ao caso concreto.

Tanto ao legislador quando ao titular são impostos limites, de um lado o correto uso das liberdades e do outro não conceber o abuso que viesse a comprometer o exercício dos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

Assim, se ocorresse tal choque entre detentores de direitos comuns, ainda que constitucionalmente assegurados, a solução seria simples dar-se-ia precedência aos detentores dos direitos fundamentais. Mas como resolver a questão quando o choque se dá entre detentores de direitos fundamentais?

A solução reside na via interpretativa, por meio da qual será necessário reduzir o âmbito de alcance de um dos direitos fundamentais à vista do outro, que possa ser considerado ainda mais fundamental.

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 27.

Por exemplo, o direito à vida e à liberdade são ambos direitos fundamentais, mas não resta dúvida de que aquele é mais fundamental que este. Assim, o direito à liberdade terá que ser mitigado se entrar em choque com o direito à vida.

Mas nem mesmo o direito à vida é ilimitado, em caso de guerra externa, por exemplo, é cabível, no sistema brasileiro, a pena de morte, o que configura uma clara restrição a esse direito, assim como há o permissivo legal de se tirar a vida de outrem se em legítima defesa.<sup>29</sup>

Há distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Os direitos fundamentais são aqueles positivados no direito constitucional positivo de um Estado, e os direitos humanos relacionam-se com os documentos de direito internacional.<sup>30</sup>

Vale trazer a superfície e à consideração de que há distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais são aqueles positivados no direito constitucional positivo de um Estado, e os direitos humanos relacionam-se com os documentos de direito internacional.<sup>31</sup>

Os direitos fundamentais estão assegurados na Constituição pátria e os instrumentos para assegurar sua efetividade e respeito também estão assegurados na própria Carta.

O direito a tutela jurisdicional é uma garantia processual e ao mesmo tempo um direito fundamental. A garantia da tutela pelo Poder Judiciário enseja oportunidade de interposição de medidas judiciais para fazer valer os direitos fundamentais. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 consigna que *“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada... não tem Constituição.”* (GRECO, 1995. P. 14).

A tutela jurisdicional se desenvolve a partir da provocação ao judiciário pela via do acesso ao judiciário para receber a resposta sobre o pedido formulado tanto envolva uma relação entre os particulares quanto esses e o Estado.

A garantia de acesso à justiça está prevista no art. 5º. Inciso XXXV da Constituição da República de 1988.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup>MORAES, Op. Cit, p.27.

<sup>30</sup>Ibidem.

<sup>31</sup>Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem, p.14.

O instrumento para o exercício dessa tutela é o processo, que é legitimado por *linhas-mestras* estabelecidas pela própria Constituição mediante a imposição de sanção em decorrência da não observância dos preceitos fundamentais, consistindo em verdadeira garantia para a efetivação e eficácia dos direitos. (DINAMARCO, 2005, p. 214).

Assim é que, a própria Constituição estabelece alguns princípios direcionados ao desenvolvimento do processo seja na matéria constitucional ou qualquer outro tipo de conteúdo, seja cível, penal, trabalhista, que são os seguintes princípios: o *devido processo legal*, a *inafastabilidade do controle jurisdicional*, o *da igualdade*, a *liberdade*, o *contraditório e ampla defesa*, *juiz natural*, *publicidade* e o *duplo grau de jurisdição*, além da exigência técnica da motivação das decisões, como projeção do princípio do *due process of law*.<sup>33</sup>

As garantias dos direitos fundamentais são objeto do Direito Processual Constitucional, que trata dos institutos processuais de tutela constitucional dos direitos fundamentais, dos conflitos entre órgãos do Estado e de tutela dos princípios e normas da própria Constituição. Destacam-se entre elas o Hábeas Corpus, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, o Hábeas Data chamadas ações constitucionais típicas apropriadas para assegurar o gozo dos direitos violados ou que estejam na iminência de serem violados, ao lado das ações de controle judiciário de constitucionalidade das leis.<sup>34</sup>

O § 1º. Do art. 5º. Da Constituição da República, de cunho principiológico, *impõe que os órgãos estatais e os particulares outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais*, enquanto considerados como mandados de otimização ordenadores de que sejam concretizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais, na reserva do possível. (SARLET, 2004, p. 373).

A outorga dos *direitos fundamentais de aplicação imediata no Brasil*, que vincula direta tanto ao Estado quanto aos particulares, a teor do § 1º. do art. 5º. da Constituição, guarda relação com a assimetria social que constitui o tecido populacional numa desigualdade real que exige do legislador, do aplicador e intérprete do direito um especial esforço para equilibrar as relações, atento a princípios como o da solidariedade social e a dignidade da pessoa humana e da

---

<sup>33</sup>Ibidem, p. 216.

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini.Op. cit.,p.7-8.

função social da propriedade e nessas condições implementar a aplicação imediata. (TEPEDINO, 2000).

No Brasil, constituído por uma sociedade muito injusta e assimétrica, onde ainda vivem abaixo da linha da pobreza milhões de habitantes, e tantos outros milhões abaixo da linha da miséria, segundo estatísticas, e o que se verifica diretamente a patente a desigualdade social que nem mesmo precisa ser averiguada, com instituições e pessoas que preservam o ranço escravocrata, apresenta-se um cenário onde se justifica a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas para banir a opressão, a exploração e a violência, elementos da realidade social que serviram para que direitos fundamentais na esfera jurídico privada no ordenamento pátrio fosse estabelecido de forma direta e imediata, numa escolha feita pelo próprio Constituinte. (SARMENTO, 2003, p. 247).

Gustavo Tepedino também comunga com a ideia da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, na vertente da humanização e solidarização do Direito Civil, tendo como pilar a dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup>

A expressão dignidade da pessoa humana encontra-se colocada na Constituição de uma forma semântica, aberta à interpretação para que possa ser preenchido o seu real significado no momento da concretização. (BARCELOS, 2002, p. 198).

O legislador constituinte imprimiu na Constituição da Federal tal forma de proteção à dignidade da pessoa humana, para que o intérprete e aplicador da garantia tenha um amplo meio de aplicar tal princípio nas mais diversas situações onde esteja sendo violado o corra o risco de ser o direito da dignidade da pessoa humana.

Daí porque os direitos implícitos, aparelhados aos direitos individuais explícitos, podem ser compreendidos como aqueles que estão subentendidos e não enumerados nas garantias fundamentais dos direitos individuais decorrentes do regime e dos tratados internacionais.<sup>36</sup>

Sem sombra de dúvida porque a Constituição Pátria ao referir-se a direitos decorrentes do regime e dos princípios, estabelecem a abertura para reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos, abrangendo, portanto, os não positivados, estando aí entendidos os direitos implícitos, em face da abertura do art.

---

<sup>35</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil. Op. Cit.*, 49.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso, *Op. Cit.* p..



5º. § 2º. Da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferindo função hermenêutica a atribuição da noção de direitos implícitos.<sup>37</sup>

Assim é porque nem a Constituição nem outro texto pode especificar todos direitos, ou mencionar todas as liberdades. As leis ordinárias, a própria doutrina e a jurisprudência, os tratados internacionais vão completando o sistema. Entretanto, nenhuma inovação se admite que seja antagônica ao regime, nem aos princípios firmados pela Constituição.

Do que pode-se inferir que é constitucional não somente o que está escrito na Constituição mas assim também tudo o que pode ser deduzido do sistema, e de forma universal aqueles expressos nos tratados internacionais do qual o Brasil faça parte.”.<sup>38</sup>

Para identificação desses direitos implícitos, decorrentes das garantias e direitos individuais e dos princípios, há que ser considerado que a Constituição pátria, no Título I, art. 1º. A 4º., que trata dos princípios fundamentais e assenta seu alicerce básico do Estado Social e democracia de Direito da República Federativa, serve de bússola norteadora para o alcance das expressões “*regime*” e “*princípios*”, uma vez que compatibilizados com o sentido dos direitos do catálogo de direitos fundamentais, eis que os direitos integrantes do catálogo e os que não são, sejam escritos ou não, guardam relação com os princípios fundamentais da Constituição.

Por exemplo, o direito à vida relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, os direitos políticos relacionam-se com o princípio democrático.<sup>39</sup>

O art. 1º, Inciso III da Constituição que abriga a dignidade de pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor unificador de todos os direitos fundamentais, e, serve também para legitimar o reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos.<sup>40</sup>

Vale destacar *que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca que existe enquanto ser humano, sendo irrenunciável, inalienável, não pode ser retirada pois lhe é inerente*, ensejando a faculdade de autodeterminação de cada um. É a capacidade de tornar-se consciente de si mesmo e de autodeterminar-se.<sup>41</sup>

Então, e nesse diapasão, os direitos fundamentais podem ser organizados em três grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. (HARBELE, 1997, p. 55)

---

<sup>37</sup> SARLET, *op. cit.* p.99.

I

<sup>38</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários a Constituição Brasileira*. Volume, III, São Paulo: p. 175.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p 106.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.115.

A Constituição Federal cita expressamente os brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, caput) *como destinatários desses direitos*.

Quanto aos estrangeiros em trânsito e não residentes no país, a luz da interpretação sistemática e da unidade da Constituição, esses também são dignos dessa proteção, desde que estejam em território nacional, assim estendida a proteção as pessoas jurídicas, que estejam desenvolvendo atividades de negócio no país.

O dever de garantir, nas mais diversas relações, a dignidade da pessoa humana, é do Estado e também dos particulares, como linhas acima mencionado.

O Brasil é um país que ainda não conseguiu modificar minimizar a assimetria que torna as camadas sociais bem distantes, ainda existindo deficiência e por vezes ausência do poder público, por exemplo, na saúde, onde faltam médicos, remédios, pessoal paramédicos, postos de saúde, vacinas, entre outros, chegando mesmo a não haver possibilidade real de acesso das pessoas a uma assistência médica, por ausência total dessa assistência em determinados locais do território brasileiro.

Por outro lado, embora em outros locais possa haver hospital, médico, as condições de atendimento é precária, sem ambiente adequado para internação, ausência de controle de infecções, falta de remédio e de aparelhagem para exames necessários, *o que provoca agravamento das patologias e mesmo a precipitação do óbito*, como de comum ocorrência na maior parte dos hospitais do país, falhando, assim, o Estado assim considerado nas suas três dimensões: Federal/Estadual/Municipal, (eis que todos responsáveis pelo implemento da saúde).

Por outro lado, o direito a moradia não encontra melhor situação, havendo imenso déficit imenso, não havendo um planejamento real e seguro para oportunizar o acesso, muitos brasileiros e brasileiras residindo em palafitas, abrigos em locais de difícil acesso e risco real de desabamento, sem a mínima fiscalização e solução pelo poder público.

O direito a educação também não encontra melhor situação. Faltando desde as creches para os bebês até universidades que possam acolher os jovens que terminam o segundo grau e não têm condições financeiras de arcar com os valores das universidades particulares.

Não se pode considerar que a Constituição seja apenas um pedaço de papel, como argumentou Ferdinand Lassalle (1985), mas sim é algo de real e dotado de

força normativa como afirmou Konrad Hesse (1991), e que deve ser concretizada, pelo menos quanto ao mínimo existencial é aí compreendido pelo menos o direito a moradia, a saúde, ao trabalho e a educação, sem o que é aviltar e apequenar a pessoa humana, em patente contradição e desrespeito com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, núcleo dos direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana.

O Estado é representado por seus governantes, e a tais cabe a responsabilidade de cumprir o juramento que fazem quando assumir o poder, de cumprir a Constituição, contudo, a implementação de políticas públicas reais que espelhem o comando constitucional, de modo a gerar condições para que seja garantido o mínimo existencial, observado e concretizado o direito a saúde/saneamento básico, ao trabalho, a educação, e moradia e por consequência a alimentação digna e ao meio ambiente saudável, a proporcionar, assim, ao povo brasileiro condições de promover o seu autodesenvolvimento de modo a contribuir para o próprio crescimento do país, retirando o país das nebulosas estatísticas de pessoas abaixo da linha da pobreza, formando uma nação de pessoas que tenham acesso ao conhecimento, a formação intelectual mais profícua através de acesso a cursos e formação profissional, dignificando, desse modo, os próprios governantes e o país.

O governo é formado através do processo democrático, e os eleitos defendem em suas campanhas plataformas de trabalho, quem muitas vezes não cumprem ao serem eleitos, rompendo o compromisso assumido com o povo e maculando a Constituição Federal, ao não cumprir suas diretrizes e fundamentos.

Dentro desse viés, a poder público, através do judiciário, tem sido acionado reiteradamente, para garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos jurisdicionados, como é o caso de garantir a internação de pessoas doentes graves, o fornecimento de medicamentos através de sequestros de verbas dos poderes públicos, do fornecimento de alimentação através das secretarias de assistência e da família dos poderes, à pessoas que passam por privações de alimentos, entre outros, constituindo-se o poder judiciário garantidor do cumprimento de alguns desses direitos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada por uma assembleia constituinte eleita para tal, elaborou uma constituição que conta com dispositivos importantes no sentido de garantir o implemento das dimensões dos direitos, especialmente com mecanismos direcionados a promoção do núcleo dos direitos fundamentais, assim considerado o mínimo existencial.

Eles devem ter aplicação imediata, *mas que não produz eco na realidade do momento, seja quanto aos direitos de primeira geração alusivo a vida e as liberdades.*

*Seja quanto aos direitos sociais como a saúde, educação, trabalho e as garantias trabalhistas.*

*Os de terceira geração como o direito ao meio ambiente saudável, a comunicação, direito de propriedade.*

*Na quarta geração estão o direito a democracia, a engenharia genética, a informação e ao pluralismo, e os de quinta geração que, segundo Paulo Bonavides seriam aqueles relacionados ao efetivo exercício da democracia participativa e a paz.*

É necessário, então, que realmente o processo democrático participativo seja melhor implementado e concluído por todo o povo brasileiro, em profunda reflexão sobre os governantes que elege.

Porquanto são os mesmos que dirigem a nação de que, a rigor, deveriam cumprir os comandos constitucionais, e no caso aqui analisado, quanto ao implemento da garantia do núcleo dos direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana, pelo menos no que diz respeito ao mínimo existencial.

Esse, o foco do tema ora desenvolvido, *não se mostra real no momento convivido no país, como efetivar tal implemento no seio da sociedade brasileira, assimétrica e angustiada pelas dificuldades de acesso a saúde, educação, trabalho, meio ambiente saudável enquanto mínimo existencial como alicerce ao seu livre desenvolvimento da personalidade?*

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria De Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, primera reimpressão.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992.
- BARCELOS, Ana Paula. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*\_ Volume III, São Paulo: Saraiva, 1998,
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. In *Novos Estudos Jurídicos – Revista Trimestral do Curso de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Santa Catarina: UNIVALI, 1995.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários a Constituição Brasileira*. Volume, III, São Paulo: Forense.
- MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos Direitos Fundamentais- Contribuição para uma Teoria*. São Paulo: LTR, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais- Teoria Geral – comentários aos arts. 1º. A 5º. Da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência*. 2ª. Edição. São Paulo: Atlas, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo.
- PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. In *Coleção Mestres Pensadores*. São Paulo: Escala Editores, 2005.

RIBAS, José Vieira, *A Constituição Federal de 1988 e um Modelo de Direitos Fundamentais incompleto*.in CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.) *1988-1998 Uma Década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 23ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 458-CE. Relator Ministro Celso de Mello. Brasil: Diário Oficial, publicação em 26 de fevereiro de 1988. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 05.07.2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os Chamados Microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In *TEPEDINO, Gustavo, (Organizador), Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.