



## A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO

### *THE IMPORTANCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE RULE OF LAW*

Lucas Segá Ferrás Vieira<sup>1</sup>

Márcio Aurélio Alves Insaurriaga<sup>2</sup>

#### RESUMO

Os direitos fundamentais são elementos centrais no contexto do Estado de Direito e assim, por ser fonte normativa essencial para a proteção dos direitos dos cidadãos, o texto constitucional deve fornecer orientações claras para sua interpretação e aplicação. A eficácia dos direitos fundamentais é o objeto de análise desta investigação que tematiza os fundamentos do Estado de Direito e cujo enfoque recai sobre a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. A relevância da discussão se justifica pela necessidade de compreender a atuação dos direitos fundamentais na proteção dos indivíduos no Estado de Direito contra o excesso ou abuso do poder estatal. Especialmente destacado o objetivo de debater sobre a (im)possibilidade de que a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais: a aplicabilidade imediata prevista no § 1º do art. 5º seria restrita àqueles direitos dispostos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 ou se englobaria também, entre outros, os direitos sociais? Para tal finalidade foi empregado o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Direitos fundamentais, Estado de direito.

#### ABSTRACT

Fundamental rights are central elements in the context of the Rule of Law and therefore, as they are an essential normative source for the protection of citizens' rights, the constitutional text must provide clear guidelines for their interpretation and application. The effectiveness of fundamental rights is the object of analysis of this

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. E-mail: [segalucas@gmail.com](mailto:segalucas@gmail.com).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. E-mail: [maai@ufpel.edu.br](mailto:maai@ufpel.edu.br).



investigation, which focuses on the foundations of the Rule of Law and whose focus is on the immediate application of the norms defining fundamental rights and guarantees. The relevance of the discussion is justified by the need to understand the role of fundamental rights in protecting individuals under the Rule of Law against excess or abuse of state power. Especially highlighted is the objective of debating the (im)possibility of the immediate application of the norms defining fundamental rights and guarantees: the immediate applicability provided for in § 1º of art. 5th would be restricted to those rights set out in art. 5th of the 1988 Federal Constitution or would it also include, among others, social rights? For this purpose, the deductive method and bibliographic research technique were used.

**Keywords:** Constitutionalism; Fundamental rights; Rule of law.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são essenciais para a proteção dos indivíduos contra a interferência do Estado na vida social, bem como para evitar que situações de abuso ou de concentração do poder por um único órgão ou pessoa violem os direitos dos cidadãos. Nesse sentido, esta investigação apresenta uma análise sobre a relevância dos direitos fundamentais no contexto do Estado de Direito.

Destaca-se a importância da discussão dos direitos fundamentais como elementos essenciais de uma constituição em que objetiva promover a eficácia dos direitos humanos no contexto de um Estado de Direito. A partir de uma reflexão sobre os valores e princípios que fundamentam esses direitos, é possível compreender melhor a sua natureza e significação, bem como estabelecer critérios claros para a sua interpretação e aplicação.

Além do destaque topográfico que a Constituição Federal de 1988 concedeu aos direitos fundamentais, também é relevante a sua inclusão no rol das cláusulas pétreas, preservando tais direitos contra ação de emendas constitucionais que visem eliminá-los ou enfraquecê-los. Por outro lado, foram identificadas características negativas no sistema de direitos fundamentais, como a falta de sistematicidade no texto constitucional. Essa falta de organização pode dificultar o reconhecimento desses direitos como fundamentais e, conseqüentemente, prejudicar a sua aplicação.



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

Ao final são apresentadas algumas conclusões sobre os desafios para harmonizar o valor democrático e o exercício efetivo dos direitos fundamentais no contexto do Estado de Direito.

Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, com levantamento qualitativo nas temáticas do Constitucionalismo, Direitos Fundamentais e Estado de Direito.

## **2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 foi uma novidade histórica em termos de consenso global porque o consentimento das nações foi universalmente atingido para declarar que os direitos do homem representam um ideal universal que merece ser seguido (Bobbio, 2004, p.18). Um exemplo concreto desse consenso global se observa no amplo apoio internacional à vedação à tortura, que é um princípio fundamental consagrado na DUDH em 1948 e ratificado por vasta maioria das nações ao redor do mundo.

Os direitos humanos apresentam algumas características fundamentais que definem sua natureza e importância. Devem ser compreendidos como direitos universais, estabelecendo um ideal de abrangência global, aplicando-se a todos os seres humanos individualmente, independentemente de sua origem ou afiliação a grupos sociais. Algumas necessidades humanas são universais e alguns valores são comuns a todos os seres humanos, independentemente das diferenças culturais. Movimentos de afirmação dos direitos humanos são um mínimo moral e jurídico comum a todas as sociedades. Assim, Vicente Barreto (s.d.) refuta os argumentos dos pensadores relativistas, os quais afirmam que as diferenças culturais tornam impossível a criação de normas universais de comportamento social.

Além disso, são direitos morais, reconhecidos como válidos sem depender de sua inclusão em documentos legais. O homem é responsável por esse reconhecimento não porque tenha responsabilidade moral, mas porque vive em sociedade. Vivendo em sociedade, o ser humano tem a responsabilidade social de responder pelos seus atos principalmente quando constituem em uma ameaça aos



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

demais membros do grupo (Antunes, 1995, p.46). O direito à vida e a vedação à pena de morte são exemplos inegáveis desse tipo de direito que deve ser respeitado sempre e independentemente do contexto normativo.

Appio Cláudio de Lima Antunes, advogado criminalista e professor da Faculdade de Direito da UFPel, perseguido durante a ditadura militar pelo General Costa e Silva, demitido da Faculdade de Direito, com ordem de prisão em 1964 seguida de fuga e asilo político no Uruguai, faz uma importante reflexão sobre a incompatibilidade da pena de morte no Estado de Direito. Antunes critica a pena de morte ao apontar a ironia e a crueldade do processo de assassinato estatal: enquanto o condenado recebe cuidados especiais antes da execução, o Estado, ao aplicar a pena, acaba perpetuando a violência que almeja coibir. Essa contradição suscita questões sobre a moralidade e a legitimidade da pena de morte, evidenciando a desconexão entre a justiça pretendida e a brutalidade da execução:

[...]afigura-se um tanto chocante, para não dizer um tanto repugnante, o espetáculo de uma execução com toda sua solenidade, sua publicidade, seu aparato, quando se vê, às vezes dez anos após o delito, o Estado a dar ao condenado, no dia de seu excídio, uma suculenta refeição e um padre e, logo após, mandá-lo para a câmara elétrica ou a câmara de gás (ou a guilhotina ou a forca)! E mais: o que se percebe, quase com horror, é o Estado a assassinar a frio o assassino que, de certo modo, cometeu o crime sob império de uma paixão, qualquer seja ela (Antunes, 1995, p.59).

Os direitos humanos são também direitos básicos indispensáveis, uma vez que sua violação pode acarretar consequências graves, como a perda da vida ou a diminuição da autonomia. Por essa razão, são considerados preferenciais ou prioritários no sistema jurídico, demandando uma proteção diferenciada, inclusive com a possibilidade de utilização de instrumentos que garantam que o acesso à justiça e aos direitos fundamentais sejam mais eficazes.

A característica abstrata/aberta dos direitos humanos significa que tais direitos podem necessitar de regulações ou ponderações em situações específicas, e isso exige que o Estado Constitucional atue efetivamente para concretizá-los, harmonizando-os com outros princípios e interesses legítimos da sociedade.

Robert Alexy (1999, p.56) enfatiza desafios epistemológicos, substanciais e institucionais para a implementação efetiva dos direitos humanos. Os desafios



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

epistemológicos englobam responder questões essenciais no âmbito do Estado Constitucional e discutir como esses direitos podem ser legitimados, reconhecidos e fundamentados. Isso envolve considerações sobre as bases filosóficas e éticas para a existência e aplicação desses direitos, bem como a busca consenso em torno de sua validade. Tal situação, como já se viu, foi superada na perspectiva de Norberto Bobbio em razão do consenso global atingido pela DUDH em 1948.

Já os desafios substanciais concentram-se na identificação dos próprios direitos fundamentais. Quais são esses direitos? Liberdade, igualdade e proteção ao meio ambiente são direitos verdadeiramente universais, mas seriam aplicáveis e reconhecidos globalmente, independentemente de contexto cultural ou político? A discussão aqui também questiona a disputa entre uma corrente relativista e outra universalista dos direitos humanos.

No que pertine ao problema do “*universalismo abstrato*” e “*localismo*”, Joaquín Herrera Flores (2009, pp. 155-156) argumenta que em relação aos direitos humanos o universalismo abstrato reduz os direitos a questões jurídicas, ignorando a diversidade, as desigualdades e o poder envolvidos nas relações sociais. Por outro lado, o localismo, ao enfatizar as diferenças culturais, acaba construindo outro tipo de universalismo que separa e menospreza o outro. Ambas as abordagens são problemáticas e não levam em conta a necessidade de diálogo, confrontação e reconhecimento mútuo. Assim, defende uma perspectiva complexa dos direitos humanos, que exige uma “*racionalidade de resistência*” que busca a inter-relação e o entrecruzamento de diferentes posições, evitando tanto o particularismo quanto o universalismo exclusivo.

Os desafios institucionais se relacionam à maneira como esses direitos podem ser protegidos tanto em âmbito internacional quanto nacional. Robert Alexy (1999, p.58) destaca a necessidade de considerar as estruturas e sistemas que viabilizem a garantia da eficácia e da aplicação prática dos direitos fundamentais.

Robert Alexy (1999, p.65) propõe um modelo de compreensão realista para analisar a relação entre Direitos Fundamentais e Democracia, afirmando que ela se baseia em posições extremas e contraditórias. A primeira argumenta que os Direitos



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

Fundamentais são democráticos, pois garantem o exercício dos direitos e o respeito às liberdades essenciais na participação democrática.

A outra posição defende que os Direitos Fundamentais não são essencialmente democráticos, pois desconfiam do processo democrático, questionando a legitimidade da maioria parlamentar para tomar decisões e restringindo o poder do legislador. Essa perspectiva pretende evidenciar a complexa relação entre Direitos Fundamentais e Democracia, explorando diferentes visões sobre como esses dois conceitos se inter-relacionam e se complementam.

Nesse sentido, o foco desta análise pretende ressaltar a institucionalização dos direitos humanos em um Estado Constitucional. As liberdades quando reconhecidas como direitos, conforme defende Martins Neto (2006, p. 166), estão intrinsecamente ligadas à possibilidade de coerção e que os direitos de liberdade não são meras declarações, mas poderes jurídicos coercivos destinados a prevenir e reprimir violações. Algumas liberdades de direito podem deixar de ser exercidas não apenas por violações de terceiros, mas também devido a limitações inerentes ao próprio titular, exigindo medidas legislativas para garantir o exercício dos direitos em casos de auto-incapacidade.

No contexto da institucionalização dos direitos humanos, esses direitos passam a ser incorporados ao texto constitucional, tornando-se fonte normativa, exigíveis na forma do direito e estabelecendo que a sua concretização é uma responsabilidade inerente ao Estado. Diante desses elementos apresentados, podemos compreender o argumento de Robert Alexy sobre o problema da institucionalização dos direitos fundamentais: as visões extremas e pouco realistas que sustentam que a relação entre direitos fundamentais e democracia seja imune a conflitos internos ou que a sua harmonia seja inabalável não devem prevalecer.

Robert Alexy (1999, p.66) propõe duas instâncias de representação do cidadão na democracia: a representação política, realizada pelo Legislativo, e a representação argumentativa, conduzida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, no caso do direito alemão. Dessa forma, o cidadão é politicamente representado pelo Legislativo, e quando este comete abusos de poder ou violações graves dos direitos fundamentais, a representação argumentativa, de natureza jurídico-racional, exercida



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

pelo Superior Tribunal Federal na jurisdição brasileira, entra em ação em defesa do povo, limitando o poder do legislador.

Aponta-se por fim que a eficácia dessa ideia de representação argumentativa pelo Tribunal Constitucional ou Superior Tribunal Federal depende da aceitação popular, que deve reconhecer a importância dessa instituição como um elemento reflexivo no processo político, contribuindo para a proteção e promoção efetiva dos direitos fundamentais na sociedade democrática no Estado de Direito.

### **3. EVOLUÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais são essenciais para a proteção dos indivíduos contra eventual abuso de poder praticado pelo Estado. No âmbito de um Estado de Direito, os direitos fundamentais são a fonte normativa que garantem os direitos básicos dos cidadãos. Esses direitos são indispensáveis para a proteção dos direitos humanos e para a consolidação de sistemas democráticos. Frequentemente são categorizados em gerações ou dimensões, com base em sua evolução histórica e na natureza de suas demandas.

A primeira dimensão reflete o cariz liberal e se concentra em estabelecer direitos individuais civis e políticos. A liberdade individual é protegida contra a interferência do Estado na vida privada dos cidadãos. Diversos direitos de liberdade são encontrados na Constituição Federal de 1988, tais como a liberdade de expressão, o direito à vida, o direito à propriedade, o direito de votar e de ser votado.

A segunda dimensão de direitos está relacionada ao bem-estar social e à igualdade material entre indivíduos. Dessa forma, os direitos sociais buscam assegurar condições de vida dignas e igualdade de oportunidades para todos os membros da sociedade. Exemplos incluem o direito à educação, ao trabalho, à saúde, à previdência social e à moradia.

A terceira dimensão dos direitos reflete uma preocupação transindividual e com a preservação do meio ambiente. Exemplos incluem o direito a um meio ambiente saudável, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento sustentável e os direitos das gerações futuras.



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

A abordagem histórica em dimensões não é rígida e muitas vezes os direitos que ali se evidenciam ora se sobrepõem e ora se complementam em outras dimensões. Enquanto a primeira dimensão de direitos humanos era uma luta da sociedade civil contra o Estado, as dimensões posteriores pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos (Santos, 1997, pp.12-13).

O reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições trouxe à tona a discussão das diferentes dimensões de direitos, relacionadas às mudanças na transição do Estado Liberal para o moderno Estado de Direito, que reconhece novas necessidades básicas dos seres humanos. Além disso, a compreensão dos direitos fundamentais continua a evoluir à medida que a sociedade enfrenta novos desafios e oportunidades relacionados aos contextos local e temporal em que está inserida.

A estreita relação entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito fica evidente nesta perspectiva geracional que leva em conta o desenvolvimento das demais dimensões de direitos a partir da evolução social, econômica, científica e tecnológica. Nesse sentido, importante pontuar que para Ingo Sarlet (2015, p.37) fica “[...]subentendida a ideia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu status constitucional material e formal”. Ou seja, a primeira dimensão é aquela que vincula o Estado de Direito ao reconhecimento dos direitos fundamentais mediante a inserção dos direitos fundamentais na carta constitucional.

Em complementação a esta perspectiva histórica, é importante também evidenciar o papel das lutas sociais para a determinação dos direitos humanos. Refletindo sobre a implementação da revolução industrial entre o final do século XIX e o início do século XXI, Gilmar Antônio Bedin (1998, p.147) afirma que a organização da classe trabalhadora em movimentos socialistas partidários e revolucionários foram desafiadores para o Estado moderno que precisou adequar-se aos novos anseios sociais desses novos tempos que exigiam que o Estado de Direito “[...]desempenhasse, a partir de então, novas funções, tornando possível, assim, a criação de notáveis recursos de intervenção na organização da sociedade”.



Os direitos fundamentais são extremamente relevantes para o Estado Constitucional e juntamente com a noção de separação dos poderes integram o núcleo essencial da Constituição em um Estado de Direito. Estes dois elementos têm a função de impor limites ao poder estatal e possuem relação de interdependência. Ou seja, são pilares fundamentais que se complementam e fortalecem no contexto de um Estado Constitucional de Direito, assegurando que o poder estatal seja exercido de maneira justa, equitativa e limitada, protegendo assim os direitos e liberdades dos cidadãos.

Essa ideia dos direitos fundamentais como um ponto central do Estado de Direito e essência do texto constitucional, tem sido objeto de intensa discussão por um longo período, e sua presença pode ser notada, de maneira destacada na Declaração Francesa de Direitos de 1789, que em seu artigo 16º, já estabelecia que *“qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*.

De um lado os direitos fundamentais são a garantia de proteção dos indivíduos e servem como um escudo protetor dos cidadãos contra a interferência excessiva do Estado na vida social. De outro, a separação dos poderes é um princípio organizacional do Estado que almeja evitar o abuso e a concentração do poder exercido por um único órgão ou pessoa.

Reitera-se que a temática não é nova e inclusive foi objeto de análise por Maquiavel em sua obra *"O Príncipe"* (2003). Em um sistema de separação de poderes tal como delineado pelo florentino no Século XVI, o Estado deve ser dividido em três ramos distintos: o legislativo, o executivo e o judiciário. Cada um desses ramos possui funções e responsabilidades específicas, e eles atuam de forma independente, fiscalizando e equilibrando uns aos outros. Esse sistema de freios e contrapesos pretende assegurar que nenhum ramo do Estado exerça poder de forma absoluta e arbitrária.

A interdependência entre direitos fundamentais e a separação dos poderes reside no fato de que os direitos fundamentais são protegidos e garantidos através do sistema de separação dos poderes. O legislativo cria leis que devem respeitar os direitos fundamentais, o executivo aplica essas leis de acordo com os princípios



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

constitucionais, e o judiciário protege os direitos fundamentais, garantindo que as leis e ações do Estado estejam em conformidade com a Constituição.

Os temas materialmente constitucionais devem ser compreendidos como aqueles que versam sobre os princípios fundamentais, a organização do estado, a distribuição do poder e os direitos fundamentais. No caso brasileiro, foi na Constituição Federal de 1988 a primeira vez em que o Estado reconheceu que os direitos fundamentais são direitos materialmente constitucionais.

Tal perspectiva da materialidade constitucional dos direitos fundamentais é essencial para se tratar da eficácia dos direitos fundamentais. Isso porque só é possível falar da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito de um verdadeiro Estado de Direito, já que é o Estado que assume o dever de efetivar e dar proteção jurídica aos direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Sarlet (2013, p.60):

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.

Diante dessa perspectiva, mister verificar que o Estado de Direito ao assumir tal responsabilidade de proteção dos direitos fundamentais acaba também legitimando a própria atuação Estatal como instituição central na vida social. Ou seja, os direitos fundamentais são a proteção dos direitos (humanos) dos indivíduos dentro do Estado de Direito. Ao mesmo tempo, a garantia constitucional dos direitos fundamentais pelo Estado de Direito atua como fundamento de legitimidade para o funcionamento e exercício do Poder Estatal. Desta forma, entende-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo auferem maior ou menor legitimidade social à medida que pautarem-se pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (Sarlet, 2015, p.108).

Nesta esteira, os direitos fundamentais por serem direitos de ordem materialmente constitucional evoluíram com doutrina constitucionalista. Em sua



função originária, os direitos fundamentais eram reconhecidos como elemento de defesa das liberdades individuais perante o Estado, que tradicionalmente era o principal violador dos direitos individuais. No entanto, houve uma importante transformação no Estado moderno a partir de influências dos movimentos socialistas os direitos fundamentais passaram a ser fundamento material de todo o ordenamento jurídico através da legitimação de valores sociais comuns e se tornaram indissociáveis da ordem constitucional no Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1988 é fruto de um amplo debate democrático e foi um marco na transição entre a ditadura militar e a democracia. O texto constitucional define uma série de direitos e valores que refletem o espírito democrático e a diversidade do povo brasileiro. Percebe-se que o constituinte estava preocupado com o abuso de poder, investidas totalitárias e ditatoriais, inclusive de governos legitimamente eleitos. O reconhecimento da característica materialmente constitucional dos direitos fundamentais também serviu para proteger tais direitos contra a ação erosiva do legislador em eventuais reformas no texto constitucional.

Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 têm uma abordagem analítica, pluralista, programática e dirigente. A abordagem analítica se justifica porque o Título II faz uma previsão detalhada de normas na intenção de resolução de um abrangente conjunto de problemas nacionais. O viés pluralista porque reflete a ampla gama de interesses e valores sociais presentes na sociedade. O caráter programático e dirigente da Constituição se manifesta nas orientações e diretrizes que o legislador deve seguir, conforme estabelecido pelo constituinte originário. Isso é evidenciado pelas inúmeras referências no texto constitucional que condicionam o exercício de direitos à legislação específica e aos procedimentos estabelecidos em conformidade com a lei. A Constituição apresenta-se como um guia para a criação de leis e regulamentos que estejam alinhados com seus princípios e objetivos.

O catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 apresenta características que se relacionam ao contexto da época de sua promulgação. Conforme destacado por Ingo Sarlet (2015, p.190), entre os aspectos positivos e inovadores, vale mencionar sua localização topográfica no Título II da Constituição, que confere destaque necessário a esses direitos. Além disso, a



inclusão explícita dos direitos sociais como direitos fundamentais representa um compromisso com a justiça social que foi assumido pelo Estado Brasileiro. A presença do dispositivo do §1º do Art. 5, que determina a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, é uma inovação que assegura a efetividade dos direitos fundamentais independente da lei ordinária para regular o exercício do direito. Também merece referência a inclusão dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas no Art. 60, §4º, IV da Constituição Federal de 1988 protegendo-os contra emendas que possam eliminá-los ou enfraquecê-los.

Por outro lado, falta sistematicidade no catálogo da Constituição Federal de 1988. A falta de uma abordagem sistemática e rigorosa na elaboração e na escolha dos termos utilizados contribui para fraquezas no catálogo dos direitos, resultando em contradições e na falta de uma estrutura lógica coerente. Essa situação cria dificuldades interpretativas, afetando a clareza e a aplicação das normas constitucionais (Sarlet, 2015, p.69).

A Constituição Federal de 1988 também perdeu a oportunidade de definir expressamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que é uma categoria jurídica do Direito Alemão, e que poderia ter sido inserida na nossa Constituição para auxiliar na definição da essência dos direitos fundamentais, impedindo violações ou restrições de forma arbitrária e injustificada pelo Estado.

Veja-se também que a necessidade de buscar o conteúdo do artigo 6º em outro local, no Título VIII da Ordem Social pode dificultar o reconhecimento desses direitos como fundamentais (Sarlet, 2015, p.118). Além disso, as cláusulas de aplicação imediata do §1º do art. 5 e de abertura material do catálogo no §2º do art. 5, localizadas no mesmo art. 5º, dão espaço para interpretações restritivas sobre a possibilidade de sua aplicação ser extensível aos também aos direitos fundamentais sociais do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Quanto à localização topográfica dos direitos sociais, é necessário referir que por estarem inseridos no art. 6º da Constituição Federal de 1988 existe uma discussão se a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais, conforme disposto no §1º do art. 5, também seria aplicado aos direitos sociais. A doutrina majoritária no Brasil sustenta que os direitos sociais têm aplicação imediata.



No entanto, esse entendimento é minoritário quando observamos os ordenamentos constitucionais de outros países (Sarlet, 2018, p. 271), sendo importante destacar que muitos dos Estados não possuem dispositivos constitucionais que garantam, como é no caso brasileiro, a aplicação imediata dos direitos sociais.

É fundamental ressaltar que não existe uma doutrina totalmente consolidada nesse ponto, e a posição defendida por Ingo Sarlet é predominante, mas não unânime. Na dissertação "Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais" (2000), Sérgio Moro argumentou que os direitos sociais não têm aplicação imediata devido à posição do dispositivo no §1º do artigo 5º da Constituição. Assim, defendeu que a aplicação imediata dos direitos sociais é questionável no sistema brasileiro e argumentou exatamente que a localização específica do dispositivo constitucional de aplicação imediata no §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 vincula a aplicação apenas aos direitos positivados no art. 5º e, ato contínuo, não garante a aplicação imediata dos direitos sociais.

O sistema jurídico de proteção dos direitos e garantias fundamentais compreende um conjunto de normas, princípios e garantias que desempenham um papel crucial em uma ordem jurídica específica. Este sistema é projetado para salvaguardar esses direitos fundamentais de diversas maneiras. Uma das principais formas de proteção é a limitação do exercício do poder no Estado de Direito. Isso significa que o sistema estabelece restrições e controles sobre a atuação do Estado, garantindo que ele não exerça seu poder de forma arbitrária ou abusiva.

Além disso, o sistema visa promover a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental. Esse princípio permeia muitos dos direitos e garantias fundamentais, podendo se afirmar genericamente que este princípio é alicerce a partir do qual os direitos fundamentais se baseiam, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que notório que o direito à vedação da tortura (art. 5º, inc. III) à liberdade religiosa (art. 5ª, inc. VI), o direito ao repouso remunerado (art. 7º, inc. XV) guarda mais relação com a dignidade da pessoa humana do que a garantia do direito fundamental de receber o 13º Salário (art. 7º, inc. VIII).



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

A proteção dos direitos e garantias fundamentais também é alcançada por meio do Poder Judiciário através do direito de ação (art. 5º, inc. XXXV), que permite que os indivíduos acessem a justiça para buscar a defesa de seus direitos. Em suma, o sistema de proteção dos direitos fundamentais opera por meio da limitação do poder estatal, da promoção da dignidade humana e do acesso à justiça, constituindo-se em elemento central na preservação dos valores democráticos e da justiça em uma sociedade.

O sistema de direitos fundamentais na Constituição tem como principal objetivo garantir o respeito pelo núcleo essencial desses direitos, por meio de uma eficaz proteção judiciária facilitada pelo direito de ação. No entanto, existem muitas lacunas e não consta uma definição direta e expressa na Constituição Federal de 1988 para um conceito de sistema de direitos fundamentais. Isso impede o reconhecimento de um sistema autônomo e fechado, ou seja, não há um sistema autossuficiente em sua estrutura e fundamentação.

Encontrar um critério universalmente aplicável em todos os sistemas jurídicos é desafiador devido às distintas realidades socioculturais. Portanto, a análise da proteção constitucional dos direitos fundamentais requer uma abordagem específica para cada ordem constitucional. A Constituição de um país determina quais direitos são considerados fundamentais. Por isso uma descrição adequada dos direitos fundamentais só pode ser encontrada em um sistema de direitos fundamentais de uma ordem constitucional particular, uma vez que o que é fundamental em um Estado pode não ser exatamente o mesmo (ou não da mesma forma) em outro. A caracterização da fundamentalidade pode ser formal, quando a Constituição define explicitamente o objeto a ser protegido, ou material, quando a definição leva em consideração o conteúdo ou substância do direito fundamental.

Para compreender a caracterização da fundamentalidade, é essencial considerar a dimensão axiológica do sistema, na qual os valores mais relevantes e amplamente reconhecidos na sociedade são incorporados na Constituição para garantir maior importância e proteção pelo ordenamento jurídico, conferindo-lhes a nota de fundamentalidade. Ocorre que os direitos fundamentais são posições jurídicas



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

tão relevantes no contexto do direito constitucional que seu reconhecimento ou não deve estar além do alcance do legislador ordinário (Alexy, 2019, p.64).

Ingo Sarlet (2015, p.72) sustenta que o §2<sup>a</sup> do art. 5<sup>o</sup> defende uma interpretação dos direitos fundamentais que transcende a mera abordagem formalista. Este é o conceito de "*direitos fundamentais materialmente abertos*" que não está contido nos direitos explicitamente listados no catálogo constitucional como rol exaustivo. Sob esse conceito, outros direitos podem ser equiparados aos direitos fundamentais com base em seu conteúdo ou relevância. Além do catálogo constitucional, os direitos fundamentais podem encontrar fontes em diversas áreas, incluindo construções jurisprudenciais de direitos não escritos, outras partes da Constituição Federal e, ainda, podem decorrer diretamente do regime e dos princípios constitucionais, bem como de tratados internacionais.

A razão para essa abordagem reside no entendimento de que os direitos fundamentais não são meras proclamações abstratas que foram positivadas pelo constituinte, tampouco são "*meros compromissos programáticos, cuja efetivação estaria submetida a juízos de conveniência e oportunidade do poder público*" (de Lima; de Vasconcelos, 2019, p.98). Os direitos fundamentais derivam de princípios éticos constantes da Constituição Federal. A ética da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da justiça social e do desenvolvimento humano são alguns desses princípios fundamentais presentes no texto constitucional (Bittar, 2006, p.130).

A cláusula de abertura permite que existam direitos fundamentais não escritos que podem ser deduzidos por meio da interpretação. Além disso, os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma a se concretizar na realidade social. Assim podem ser interpretados para abranger todas as dimensões e complexidades da vida (Sarlet, 2015, p.91). Isso implica em uma compreensão materialmente ampliada dos direitos fundamentais, que vai ao encontro da necessidade de adaptar esses direitos à dinâmica e às demandas da sociedade contemporânea.

A cláusula de abertura refere-se ao §2<sup>o</sup> do Art. 5 da Constituição Federal de 1998, estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ingo Sarlet (2015, p.92)



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

denomina esses direitos como "*direitos não expressamente positivados*", ampliando o escopo dos direitos materialmente fundamentais para além daqueles explicitamente listados no catálogo constitucional.

Os direitos decorrentes são aqueles que surgem com base no regime e princípios da Constituição, enquanto os implícitos são subentendidos a partir do texto expresso na Constituição. Esses direitos abrangem uma variedade de áreas e incluem o direito de resistência (equivalente à desobediência civil), o direito à identidade genética da pessoa, o direito à identidade pessoal, o direito ao sigilo fiscal e bancário, o direito à boa administração e gestão da coisa pública, e o direito à ressocialização da pessoa presa, entre outros.

É fundamental ressaltar que não há um consenso estabelecido sobre o conteúdo e o alcance desses direitos, e sua aceitação em casos concretos pode variar de acordo com a interpretação dos magistrados e o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência ao longo do tempo.

A cláusula de abertura é dispositivo constitucional aplicável para interpretar e fundamentar a existência de direitos fundamentais na esfera constitucional. No entanto, questiona-se a possibilidade de recorrer à legislação infraconstitucional como fonte normativa de direitos fundamentais. O papel da legislação infraconstitucional é exclusivamente o de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais, tornando-os aplicáveis em contextos específicos. No entanto, essas leis ordinárias jamais poderão ser consideradas fontes independentes dos direitos fundamentais (Sarlet, 2015, p.89).

A função do legislador é estabelecer, no âmbito legal, os direitos fundamentais que derivam exclusivamente da Constituição Federal. É importante destacar que os direitos fundamentais são sempre de natureza constitucional e não dependem de legislação ordinária, uma vez que possuem normatividade constitucional e aplicação imediata, conforme estabelecido no §1º do Art. 5 da Constituição. Eles vinculam diretamente todos os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Caso a eficácia dos direitos fundamentais dependesse de legislação ordinária, tal posicionamento implicaria considerar que as leis ordinárias possuem



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

uma posição hierárquica superior aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, o que não é defensável.

Acredita-se que o grande desafio da interpretação implícita ou decorrente dos direitos fundamentais reside em enfrentar o problema da significativa dose de subjetividade envolvida na criação de novos direitos implícitos e decorrentes, uma vez que depende da perspectiva e visão interpretativa do jurista.

Tal questão é bem ilustrada por Rafael Bellem de Lima e Natália Pires de Vasconcelos (2019, p.104) quando destacam a crescente preocupação no Brasil de que os intérpretes da Constituição, em particular os juízes, frequentemente preferem fundamentar suas decisões com base em princípios e direitos constitucionais, inclusive os implícitos, em vez de utilizar a legislação ordinária. Notou-se que a utilização de normas constitucionais abertas em preferência frente às normas infraconstitucionais ocorre com regularidade e indica uma tendência marcante de transformação do sistema de justiça *“em uma máquina de constante superação de leis e atos administrativos”* (de Lima; de Vasconcelos, 2019, p.95).

Preocupação semelhante é compartilhada pelo Professor Humberto Ávila em sua obra sobre a Teoria dos Princípios (2016, p.45). O autor critica de forma incisiva o decisionismo e a apreciação subjetiva na interpretação dos princípios constitucionais, enfatizando a importância da segurança jurídica e da efetividade na aplicação desses princípios. O alerta transmitido nesta passagem reflete sua preocupação de que o uso excessivo dos princípios, devido à sua natureza vaga e à interpretação subjetiva que demandam, está levando a uma justificação indiscriminada de decisões judiciais. Isso, por sua vez, resulta na banalização do prestígio dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O questionamento central se concentra nos limites do conceito de direitos materialmente fundamentais. Até que ponto a interpretação subjetiva pode se afastar dos direitos fundamentais expressamente previstos em direção ao reconhecimento de direitos fundamentais não escritos? E qual é o alcance da intervenção do Judiciário na esfera de competência do Legislativo?

Robert Alexy (2019, p.63) sustenta a necessidade de aplicar critérios de racionalidade e controlabilidade das decisões judiciais para evitar o uso inadequado



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

da cláusula de abertura. Também enfatiza a importância da interpretação regular das normas de direitos fundamentais, que deve ser realizada de maneira responsável e fundamentada, considerando valores e princípios da ordem constitucional para garantir a proteção e efetivação adequadas dos direitos fundamentais.

Interpretando a cláusula de abertura percebe-se que os princípios que servem como fonte de interpretação de novos direitos fundamentais não estão perfeitamente identificados, podendo ser buscados em diversos pontos da Constituição. Por exemplo, o Art. 37 da Constituição Federal de 1998 estabelece que a administração pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estes princípios podem, de fato, ser utilizados para reconhecer direitos fundamentais, uma vez que servem como base para exigir do Estado uma gestão adequada dos recursos públicos e a prestação de serviços de qualidade à população.

Entre os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º, destaca-se a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são uma concretização desse princípio, e o Estado Constitucional se compromete a proteger a dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que a expressão "*dignidade da pessoa humana*" difere de "*dignidade humana*". A primeira se refere à concretude e individualidade de cada pessoa, enquanto a segunda representa uma abstração coletiva.

Explica-se que no passado o conceito de dignidade era sinônimo de posição de reconhecimento social, o que resultava em pessoas consideradas dignas e outras como indignas. Ou seja, havia uma hierarquia da dignidade. Posteriormente, o termo evoluiu para transmitir a ideia de que todos os seres humanos devem ser reconhecidos como iguais em liberdade e dignidade. Para Bittar (2006, p.140) a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental na cultura dos direitos fundamentais, que deve ser interpretado e aplicado para proteger os direitos humanos e promover uma sociedade mais justa, destacando seu papel como um legado moderno na pós-modernidade.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é apresentado como um valor orientador em todas as esferas do direito e também como alicerce dos direitos fundamentais. Qualquer medida que restrinja esses direitos deve ser avaliada



à luz desse princípio, garantindo que as restrições não ultrapassem os limites impostos pela dignidade da pessoa humana

#### **4. CONCLUSÃO**

Nesta análise a respeito da importância dos direitos fundamentais no contexto do Estado de Direito, foi possível observar que esses direitos são essenciais para garantir a proteção dos indivíduos contra a interferência excessiva do Estado na vida social, bem como para evitar o abuso e a concentração do poder exercido por um único órgão ou pessoa.

Ao longo da discussão, foi destacada a relevância da base filosófica e ética para a existência e aplicação dos direitos humanos. A partir de uma reflexão sobre os valores e princípios que fundamentam esses direitos, é possível compreender melhor a sua natureza e importância, bem como estabelecer critérios claros para a sua interpretação e aplicação e eficácia.

Além disso, ressalta-se o prestígio topográfico dos direitos fundamentais, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais é destacado logo na abertura da Constituição Federal de 1988. Além da importância da inclusão dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas, o que os protege contra emendas que possam eliminá-los ou enfraquecê-los. Essa medida é fundamental para garantir a estabilidade e a segurança jurídica necessárias para a efetivação desses direitos.

Por outro lado, também se destacou as limitações e desafios enfrentados na implementação efetiva dos direitos fundamentais. A falta de sistematicidade no texto constitucional e a subjetividade envolvida na criação de novos direitos implícitos e decorrentes são alguns dos obstáculos que precisam ser superados para garantir a plena realização desses direitos.

Por fim, ressalta-se a necessidade de se buscar um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a preservação da ordem jurídica e social. Para tanto, é fundamental que sejam estabelecidos limites claros para o exercício desses direitos, de forma a evitar a banalização de sua importância e a garantir a sua efetiva realização no contexto do Estado de Direito. Nesse sentido, a atuação do Poder



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

Judiciário e a participação da sociedade civil são fundamentais para garantir a proteção e a promoção dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Rio de Janeiro. **Revista de Direito Administrativo**, nº 217: pp. 55–66. jul./set. 1999.

ANTUNES, Appio Cláudio de Lima. **A pena de morte À luz da ciência e da filosofia**. Pelotas: Editora da UFPel, 1995.

Assembleia Constituinte da França. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 de agosto de 1789.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 17.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARRETTO, Vicente. **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos. Rede Direitos Humanos**, [s.d.].

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 2<sup>a</sup> ed. Ijuí: Editora UNIJUI, 1998.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Ética, Cidadania e Constituição: o direito à dignidade e à condição humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 8: pp. 125-155, jul./dez. 2006.

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

DE LIMA, Rafael Bellem; DE VASCONCELOS, Natália Pires. O sistema de justiça brasileiro: Atores, atuação e consequências do arranjo constitucional (pp 83-116). *In*. **A carta. Para entender a Constituição Brasileira**. (Org.) MENEZES FILHO, Naercio; Souza, André Portela. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Todavia, 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *In*. **A reinvenção dos direitos humanos** (Cap. 6, pp 145-165). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS Neto, João dos Passos. Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades. UFSC. **Revista Sequência**. nº 53: pp.163-172, dez. 2006.



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESCO



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

MORO, Sérgio. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, Junho de 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

