

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente artigo não abordará todos os aspectos dos direitos fundamentais, mas apenas uma abordagem histórica, a eficácia, a natureza, as características, e os destinatários desses direitos, destacando ainda as Cláusulas Pétreas. Convém ressaltar que muitas expressões são utilizadas, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Para José Afonso da Silva **direitos fundamentais do homem** constitui a expressão mais adequada, conceituando sob a inspiração de Pérez Luño como sendo: **“princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível de direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”**.

Para o autor no qualificativo **fundamental** acha-se a indicação de que se trata de **“situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”**.¹

¹ Op. Cit., p.182

1.1 HISTÓRICO

José Afonso da Silva menciona alguns antecedentes formais das declarações de direitos, como o *Veto do Tributo da Plebe* contra ações injustas dos patrícios em Roma; a *Lei de Valério Públíola* proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações. Mas destaca que o mais famoso desses documentos é a *Carta Magna inglesa* (1215-1225) que assegurava os direitos fundamentais; a *Petition of Rights* (1628), também na Inglaterra, e o *Bill of Rights* (1688). O autor, porém, esclarece que essas não são declarações de direitos no sentido moderno, que só aparecem no século XVIII com as revoluções americana e francesa.²

Destaca ainda que a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* (1776), que era uma das treze colônias inglesas na América. Essa declaração foi anterior à Declaração de Independência do EUA. Ambas, contudo inspiradas nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu.

As Constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. José Afonso da Silva menciona que **“a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhe concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia”**.³

Na Constituição de 1891 a Seção II do Título IV continha uma Declaração de Direitos, onde assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos

² Op. Cit., p.156/157;

³ Op. Cit., p.174

concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade, em várias disposições, em rol que não era exaustivo, regra que passou para as constituições subsequentes.

Com a Constituição de 1934, abriu-se um título especial para a Declaração de Direitos, constando além dos direitos e garantias individuais, também os de nacionalidade e os políticos.

A Constituição de 1946 continha o título IV sobre a Declaração de Direitos, com dois capítulos: um sobre a Nacionalidade e a Cidadania e outro sobre os Direitos e Garantias Individuais.

Contudo, a Constituição de 1988 adotou técnica mais moderna, abre-se com o Título I, sobre os princípios fundamentais, e em seguida um Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, nele incluindo-se o Capítulo I - dos direitos e deveres individuais e coletivos.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

[..]

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

1.2 NATUREZA E EFICÁCIA

Os direitos fundamentais são normas constitucionais positivadas, objetivas e subjetivas, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

A eficácia e aplicabilidade das normas que contem direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado. **A constituição Federal é expressa quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (§ 1º do Art. 5º).** Por regra, as normas

que consubstanciam os direitos fundamentais individuais são de **eficácia contida e aplicabilidade imediata**, enquanto as que **definem os direitos sociais econômicos tendem a sê-lo também**, mas como ensina José Afonso da Silva, **algumas , especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada**, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta.

Aplicabilidade imediata são aquelas normas cuja aplicabilidade se faz de forma imediata e já possuem um conteúdo completo, ou seja, independente de qualquer complementação legislativa posterior, são por isso denominadas de normas de eficácia plena.

Eficácia contida são normas que já possuem aplicabilidade imediata, porém apresentam um conteúdo bastante amplo, conferindo, pois, ao legislador, a oportunidade de restringi-lo. Estas normas, apesar de necessitarem de legislação futura para restringir o seu conteúdo, não dependem dela para completar sua eficácia, eis que são aplicadas imediatamente, mesmo sem a atividade do legislador ordinário. É por isso que apesar das semelhanças com as normas de eficácia limitada, delas se afastam, pois não dependem da legislação posterior para conferir-lhes eficácia.

As normas de eficácia contida, a sua eficácia é redutível, isto é, o dispositivo é de aplicabilidade plena, porém ao legislador cabe restringi-lo. Exemplo de norma de eficácia contida temos no art. 5º, XIII, da CF, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**”.

As normas constitucionais de **eficácia limitada** são aquelas que dependem da legislação posterior para completar o seu conteúdo e dar-lhe eficácia. Elas não são auto-executáveis, o que

significa que dependem da conduta legislativa para operarem todos os efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte. Tais normas são divididas em normas de princípio, as quais se classificam em duas categorias: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As normas de **princípio intuitivo** são aquelas que obrigam ou conferem poderes ao legislador para complementá-las, por exemplo, o art. 32, § 4º, da Constituição: “**Lei federal disporá** sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar” ou o art. 22, parágrafo único, também da Constituição Federal: “**Lei complementar poderá** autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

As **normas programáticas** são aquelas que estabelecem diretrizes e programas a serem cumpridos pelo legislador ou órgãos públicos. São normas dirigentes através das quais são estabelecidas as orientações a serem seguidas pelo legislador, que é seu destinatário mais comum. Apesar de ter seus efeitos limitados pela ausência da legislação posterior, tais normas impedem a existência de legislação violadora de seus preceitos, o que ratifica a sua disposição normativa. Estas normas apresentam um conteúdo bastante amplo e abstrato, daí a necessidade de legislação posterior. Além disso, estabelecem programas de ação dirigidos aos órgãos estatais, com o escopo de atingir os fins sociais preconizados pela Constituição.

1.3 GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição não separa rigorosamente os direitos de suas garantias, não consigna regra que aparte as duas categorias, e

nem adota terminologia precisa a respeito das garantias, sendo que o Título I enuncia os “Dos direitos e garantias fundamentais”, deixando para a doutrina apontar onde estão os direitos, e onde estão as garantias. E ainda, o Capítulo I do mesmo Título traz a rubrica “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, não menciona das garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias, ou melhor, ela reconhece alguns direitos garantindo-os.⁴

Exemplo desse entendimento, o autor cita: “**é assegurado** o direito de resposta...” (art. 5º.,V), “**é assegurada** [...] a prestação de assistência religiosa [...]” (art. 5º.,VII), “**é garantido** o direito de propriedade” (art. 5º., XXII), “**é garantido** o direito de herança” (art. 5º., XXX). Outras vezes as garantias são enunciados pela **inviolabilidade** do elemento assecuratório. Por exemplo, “a casa é o asilo **inviolável** do indivíduo” (art. 5º., XI); é **inviolável** o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º., XII). Dessa forma, nesses casos, a inviolabilidade da casa e do sigilo constitui garantia do direito à intimidade pessoal e familiar e da liberdade de transmissão pessoal do pensamento, mas a Constituição fala em direitos de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação.

José Afonso da Silva ressalta ainda que a doutrina não auxilia muito no descortinar o sentido dessas expressões, dizendo que **ela emprega a expressão garantias constitucionais em três sentidos: 1)** reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos; **2)** que seriam prescrições que vedam determinadas ações do poder público, ou formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos; **3)** proteção prática da liberdade levada ao

⁴ Op. Cit., p.189

máximo de sua eficácia ou os recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura.⁵

O autor divide as garantias e os direitos fundamentais em dois grupos: **1) garantias gerais**, destinadas a assegurar a existência e a efetividade daqueles direitos, sendo que o conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais, em um Estado Democrático de direito; **2) garantias constitucionais**, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. Que essas garantias constitucionais, subdividem-se ainda em dois tipos: garantias constitucionais gerais e garantias constitucionais especiais.

As **garantias constitucionais gerais** são as instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio, são gerais porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão; e **garantias constitucionais especiais**, são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais, assim, elas não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal.⁶

1.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁵ Op. Cit., 190

⁶ Op. Cit., p.191/192

Os direitos fundamentais têm como **características** a **inalienabilidade**, assim, são direitos intransferíveis, inegociáveis, se a ordem constitucional o confere a todos, deles não se pode desfazer, pois são indisponíveis. São **imprescritíveis**, pois nunca deixam de ser exigíveis, sendo que a prescrição é um instituto jurídico que atinge a exigibilidade dos direitos patrimoniais, mas não dos direitos personalíssimos. São ainda **irrenunciáveis**, embora possam alguns desses direitos não serem exercidos, porém, não podem ser renunciados.⁷

José Afonso da Silva destaca que quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico. O autor cita: “Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar (assim: a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei (assim: os direitos de contrato, de comércio e indústria e o direito de propriedade)”.⁸

1.5 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Art. 5º assegura os direitos ali indicados tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País.

Questão se coloca ao observar o *caput* do referido artigo, é, estariam assegurados esses direitos também à pessoa jurídica, e ao estrangeiro não residente no país.

⁷ Op. Cit., p.185

⁸ Op. Cit., p.185

José Afonso da Silva destaca que o princípio é que os direitos e garantias asseguradas nos incisos do art. 5º se dirigem às pessoas físicas, ao indivíduo, e não as pessoas jurídicas. Porém, o autor destaca que a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º. se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança.

O autor diz que o estrangeiro residente no país, não tem só os direitos arrolados no art. 5º., apesar de somente ali aparecer como destinatário, pois, cabe-lhe direitos sociais, especialmente os trabalhistas.

Quanto ao estrangeiro não residente, em face dos direitos e garantias asseguradas no art. 5º. Não é fácil de delinear, em face da menção feita no *caput* que só citam *os brasileiros e estrangeiros residentes no País*.

Porém, para o autor se entender o texto do art. 5º. ao pé da letra, o estrangeiro não residente não gozará de nenhum dos direitos e garantias, o que não é correto, pois apesar da Constituição apontar os destinatários dos direitos e garantias individuais, isso não quer dizer que os estrangeiros não residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer o arbítrio, e não disponham de qualquer meio, incluindo os jurisdicionais, para tutelar seus direitos.

1.6 CLÁUSULAS PÉTREAS

Nossa Constituição é **rígida** quanto à mutabilidade, ou seja, para sua alteração é exigido um critério mais solene e difícil do que o processo de elaboração de uma lei ordinária.

Como menciona o Prof. Luiz Alberto David Araujo:

“Essa rigidez pode ser verificada pelo contraste entre o processo legislativo da lei ordinária e o da emenda constitucional. Enquanto aquela se submete às regras de iniciativa geral (art. 61 d CF) e à aprovação por maioria simples, a outra reclama iniciativa restrita (art. 60 da CF) e aprovação por maioria qualificada de três quintos”.⁹

Além disso, a Constituição impõe limites a sua alteração, criando determinadas áreas imutáveis. São as chamadas **Cláusulas Pétreas**, que são limitações materiais ao poder de reforma da **constituição** de um **Estado**, são dispositivos que impedem a alteração, sendo que, não será possível nem mesmo por meio de **emenda**, tendentes a abolir as **normas** constitucionais relativas às matérias por elas definidas. Em nosso sistema, encontram-se indicadas no art. 60, § 4º., da Constituição Federal.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David e ARAUJO, Vidal Serrano Nunes Junior; Curso de Direito Constitucional, 13ª. edição, Ed. Saraiva, 2009, p.4;

Cabe ressaltar que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, ou “fica abolido o voto direto”, ou “fica extinta a liberdade religiosa”, **mas a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto, ou qualquer outro direito e garantia individual.** Assim, basta que a proposta de emenda se encaminhe para sua abolição.¹⁰

O art. 5º. arrola o que ela denomina de direitos e deveres individuais e coletivos, como já destacado, não menciona aí as garantias dos direitos individuais, mas estão também lá inseridas.

O dispositivo assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*, nos termos dos incisos que integram o artigo.

Como direitos individuais temos, por exemplo, o *direito à vida, à privacidade, a intimidade, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*, e outros elencados no texto Constitucional.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS

Nas relações internacionais do Brasil aplica-se os princípios determinados no Art. 4º. da Constituição Federal, que constitui principalmente assegurar soberania do País, a solução pacífica dos conflitos e o respeito aos direitos humanos.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

¹⁰ Op. Cit., p.69

I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
III - autodeterminação dos povos;
IV - não-intervenção;
V - igualdade entre os Estados;
VI - defesa da paz;
VII - solução pacífica dos conflitos;
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

O Art. 84, VIII, prescreve tratar-se de competência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. O Art. 49, inciso I, tratando da competência do Congresso Nacional, quando exercida sem a Sanção do Presidente da República – indica que tais tratados, convenções e atos se submetem à prévia aprovação do Poder Legislativo.¹¹

Dessa forma, como acentua o Prof. Luiz Alberto David Araujo, a Constituição exigiu para a celebração de um tratado internacional o concurso de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, e por isso, todo tratado internacional deve ser previamente aprovado pelo Congresso Nacional, por um Decreto Legislativo. Sendo que tal Decreto Legislativo, aprovando o tratado, não vincula o Presidente

¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David e ARAUJO, Vidal Serrano Nunes Junior; Curso de Direito Constitucional, 13ª. edição, Ed. Saraiva, 2009, p.103;

da República, pois, em nome da soberania nacional, deve, segundo um critério discricionário, ratificar, ou não, o tratado.¹²

Após a ratificação, o tratado internacional deve ser **promulgado** por intermédio de um **Decreto** (que é a forma de ato administrativo) **do Presidente da República**.

3. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SILVA, José Afonso, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Malheiros Editores, 18ª. Edição, 2000;

ARAUJO, Luiz Alberto David e ARAUJO, Vidal Serrano Nunes Junior; Curso de Direito Constitucional, 13ª. edição, Ed. Saraiva, 2009;

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 27ª edição, 2002, Malheiros Editores;

BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional, 10ª.edição, 2001, Editora Malheiros;

Constituição Federal Brasileira. 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹² Op. Cit., p.104