

OS QUARENTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL: UM PANORAMA

THE FORTY YEARS OF THE PORTUGUESE CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN BRAZIL AND PORTUGAL: AN OVERVIEW

Cristian Kiefer da Silva*

Luiz Antônio Soares Júnior**

Anne Vieira Teodorak Pego***

RESUMO: Após os quarenta anos da Constituição Portuguesa e os trinta anos da Constituição brasileira, este trabalho visa analisar as principais semelhanças, no que tange aos direitos fundamentais, entre estas Constituições. Para tanto, se buscará abordar como ocorre a inserção dos direitos humanos fundamentais nas Constituições brasileira e portuguesa; as características principais dos direitos humanos fundamentais no Brasil e em Portugal. Depois, se realizará os apontamentos sobre os quatro status de Jellinek sobre os direitos humanos fundamentais; discursaremos a respeito dos direitos humanos fundamentais como direitos de defesa; e se finalizará com a comparação da eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais no que tange à aplicabilidade no direito lusitano e brasileiro. Para tanto, trabalharemos com obras de autores clássicos e/ou autores atuais portugueses bem como brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Portuguesa. Constituição Brasileira. Direitos Fundamentais. Direitos de Defesa. Eficácia Horizontal.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dos Direitos Humanos e Fundamentais. 1.1 A inserção na Constituição e a positivação de direitos. 1.2 Das características dos direitos humanos fundamentais. 1.3 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek e as funções dos direitos fundamentais. 1.4 Os Direitos Humanos Fundamentais como Direitos de Defesa. 1.5 A eficácia horizontal e sua aplicabilidade no direito lusitano e brasileiro. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: After the forty years of the Portuguese Constitution and the thirty years of the Brazilian Constitution, this work aims at analyzing the main similarities, as regards fundamental rights, between these Constitutions. In order to do so, we will try to address how the insertion of fundamental human rights occurs in the Brazilian and Portuguese Constitutions; the main characteristics of fundamental human rights in Brazil and Portugal. Then there will be the notes on Jellinek's four statuses on fundamental human rights; we will address fundamental human rights as rights of defense; and will conclude with a comparison of the horizontal effectiveness of fundamental human rights with regard to the applicability of Lusitanian and Brazilian law. For this, we will work with works of classic authors and / or current Portuguese authors as well as Brazilian authors.

KEYWORDS: Portuguese Constitution. Brazilian Constitution. Fundamental Rights. Rights of Defense. Horizontal Efficacy.

170

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil e a Constituição Portuguesa possuem muitos pontos em comum no que tange aos direitos humanos fundamentais e a outros direitos constitucionais, embora em alguns pontos as doutrinas luso e brasileira venham a ter

* Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faminas-BH e Newton Paiva, Minas Gerais.

** Mestrando em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

*** Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

entendimentos distintos do tema. Verifica-se a primeira semelhança quando se observa que a Constituição Portuguesa de 1976 – que em 2016 completou quarenta anos – e a Constituição Brasileira de 1988 – trinta anos, em 2018 – foram publicadas em um contexto de pós-ditadura no qual havia ocorrido a supressão de direitos e garantias fundamentais. Especificamente em Portugal, a chamada Revolução dos Cravos, em 1974, acabou com o regime salazarista, permitindo a redemocratização do país.

Igualmente, no Brasil, a atual Constituição Federativa foi reflexo da derrubada dos militares do poder, e que restaurou a democracia no país e permitiu a conquista de inúmeros direitos fundamentais antes ignorados. Diante disso, a Constituição brasileira de 1988 acabou sendo apelidada de Constituição Cidadã; basta que se observe, por exemplo a grande oposição entre o Ato Institucional Número Cinco do período militar (AI-5), e o art. 5º da Constituição Brasileira atual.

Contudo, apesar das similaridades, Portugal integra a União Europeia desde 1986, fato que *pode* levar à compreensão de que houve redução da soberania e independência deste país, pois a vinculação exige o cumprimento de regras comunitárias, trazendo grandes impactos positivos e negativos à nação lusa. No Mercosul, bloco econômico ao qual o Brasil ainda está vinculado, a situação é bem diferente, tendo em vista que a integração com outros países latino-americanos não é, sobretudo, profunda o que, basicamente, *pode* facilitar algumas questões econômicas entre seus integrantes.

Outrossim, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito sendo formada pela união indissolúvel de seus Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Seus principais fundamentos são: a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que consta do art. 1º e incisos I a V da Constituição Brasileira.

Por sua vez, a República Portuguesa, que é um Estado Unitário, constitui-se em Estado de Direito Democrático e tem como base: o aprofundamento da democracia participativa; democracia econômica, social e cultural; separação e interdependência de poderes; garantia de efetivação de direitos bem como de liberdades fundamentais; respeito aos direitos e liberdades fundamentais; pluralismo político e pluralismo de expressão, como nota-se dos arts. 1º e 2º da Constituição Portuguesa, que dizem respeito à *República Portuguesa* e ao *Estado de Direito Democrático* português.

A semelhança se dá, inclusive, até na proximidade das expressões e localização de artigos. Exemplo se observa quando para a Constituição Portuguesa, existe uma “separação e interdependência” entre os poderes, enquanto Constituição Brasileira que se vale das expressões “independentes e harmônicos entre si” tanto no art. 2º da Constituição lusa, quanto também no art. 2º de nossa Constituição.

Dentre outros princípios, em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pelos seguintes: prevalência dos direitos humanos e autodeterminação dos povos (art. 4º, II e III), sendo que o mesmo ocorre em Portugal, cuja Constituição prevê o reconhecimento ao direito dos povos em relação a autodeterminação, independência e desenvolvimento (art. 7º, n.3). No Brasil, todos “são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*). Em Portugal, “todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (art. 13).

As semelhanças e distinções não param por aqui: a disposição do §2º do art. 5º da Constituição Brasileira, estabelece a não exclusão de outros direitos que sejam decorrentes seja do regime, seja dos princípios que ela adota, bem como não excluem os direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. E na Constituição Portuguesa, por sua vez, dispõe-se, de modo análogo, no art. 16º, que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não veem a excluir os que constarem das leis bem como das regras que sejam aplicadas em direito internacional.

Por não excluírem, é possível asseverar a dificuldade em se enquadrar os direitos fundamentais em um único documento, como tentou fazer o constituinte originário em nossa Carta Magna (tendo o mesmo ocorrido na Constituição Portuguesa de 1979). Tanto é assim, que a classificação adotada na Constituição Federativa de 1988 foi a literal (ou gramatical), ou seja, os direitos fundamentais foram incluídos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º ao 17, da CRFB/88).

Na Constituição Portuguesa, tem-se os seguintes exemplos: artigo 24º - Direito à vida; artigo 25º - Direito à integridade pessoal; artigo 26º - Outros direitos pessoais; artigo 27º - Direito à liberdade e à segurança; artigo 28º - Prisão preventiva; artigo 29º - Aplicação da lei criminal; artigo 30º - Limites das penas e das medidas de segurança; artigo 31º - Habeas corpus; artigo 32º - Garantias de processo criminal; artigo 33º - Expulsão, extradição e direito de asilo; artigo 34º - Inviolabilidade do domicílio e da correspondência; artigo 35º - Utilização da informática; artigo 36º - Família, casamento e filiação; dentre outros.

Resta dizer que a supracitada classificação literal é criticada por ser estática e não abranger todo o sistema de direitos fundamentais. No caso brasileiro, haja vista que existem outros direitos além dos constantes no Título II, da Constituição. A guisa de exemplo podemos citar: art. 170 (ordem econômica e financeira), art. 196 (saúde), art. 205 (educação), art. 215 (cultura), art. 225 (meio ambiente), art. 226 (família), entre outros, todos da CRFB/88.

Interessante observar, nesse sentido, que o STF – Supremo Tribunal Federal – já reconheceu a anterioridade tributária como cláusula pétrea o art. 150, inciso III, alínea “b”, da CRFB/88 (RE 805477 AgR), bem como considerou como sistema de família os art. 226 e art. 227, da CRFB/88 (ADI 4277 e ADPF 132). Na Constituição Portuguesa, também se encontram dispersos. É uma contraposição. A saúde, por exemplo, é tratada, dentre outros artigos, no de nº 64º da Carta Maior; educação, cultura e ciência no art. 73º; ensino no art. 74º; ambiente e qualidade de vida no art. 66º; e organização econômica, nos artigos 80º e ss.

1 DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

173

A República Portuguesa, por intermédio de sua Constituição, compreende a soberania como sendo una e indivisível, residente no povo, que a exerce segundo as disposições constitucionais (art.3º, n.1). Como bem nota Jorge Miranda, “o poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (arts. 2º, 3º, nº 1, 10º, nº 1, 108º, 114º, nº 1, 187º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição” (MIRANDA, 2012, p. 251). Por outro lado, a República Federativa do Brasil, entende que “todo poder emana do povo” nos termos constitucionais (BRASIL,1988), o que se situa de modo similar entre o art. 1º parágrafo único CRB, e art. 10º da Constituição Portuguesa. Uma análise e compreensão similar, como vimos.

Tendo-se apontado, inicialmente, semelhanças e distinções básicas entre a Constituição portuguesa que completou quarenta anos em 2016, e a brasileira, de trinta anos, em 2018, segue-se, no presente trabalho, com a afirmação do ilustre *constitucionalista português* Jorge Miranda que o destaque dos direitos fundamentais na Carta Magna *Brasileira* revela que de modo diverso das constituições anteriores brasileiras, a atual prioriza os direitos fundamentais em detrimento de demais matérias (MIRANDA, 2009).

1.1 A inserção na Constituição e a positivação de direitos

De acordo com a doutrina majoritária, os direitos fundamentais são direitos do homem positivados no plano interno, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional. Utilizado como contraponto de diferenciação, os direitos humanos, por sua vez, são direitos do homem positivados no plano internacional (decorrentes de tratados, convenções, acordos ou declarações internacionais). Urge esclarecer, que a distinção entre direitos fundamentais (plano interno) e direitos humanos (plano externo) é meramente didática. Em que pese as diferenças é inegável que existe uma relação de reciprocidade entre direitos fundamentais e direitos humanos, na medida em que *não são* categorias “estanques”, podendo um surgir a partir do outro.

Inseridos nas Constituições, portanto, os direitos humanos se tornam direitos fundamentais com mesmo peso que qualquer outra norma Constitucional, senão mais importantes. Por outro lado, recepcionados pelo ordenamento jurídico como leis infraconstitucionais, ou seja, como normas que não estão na Carta Maior, são ordinárias, os direitos humanos. Esse entendimento é tanto brasileiro quanto luso, como se nota novamente com o art. 16º e ss. da Constituição de Portugal.

Observa-se, então que, tratados e convenções internacionais recepcionados, no Brasil, pelo ordenamento jurídico (e não pela Constituição) são considerados como disposições infraconstitucionais. Isto é, estão abaixo da Lei Máxima do país, que é a própria Constituição, sendo, portanto, normas ordinárias, e a prevalência de uma sobre a outra se resolve pelo grau de especialidade e temporalidade (cronologia) e ainda assim, enfrentam controle constitucional como qualquer outra norma dessa espécie que se insira no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se que, além do critério cronológico sempre devemos analisar o caso concreto para sopesar os direitos, lembrando que disso, não existe hierarquia entre direitos fundamentais.

Só não serão infraconstitucionais, entretanto, quando se observa a recepção do seguinte modo: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos *humanos* que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...]”, conforme art. 5º, § 3º. (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Em Portugal, art. 16º: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”,

e “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. (PORTUGAL, 2010, p. 26). Para Jorge Miranda, autor português:

Há um enquadramento favorável à recepção automática do Direito internacional na Constituição de 1976. Ele decorre: 1º - dos trabalhos preparatórios do art. 8º na Assembleia Constituinte; 2º - do apelo dirigido noutros preceitos a princípios e normas de Direito internacional (arts. 4º, 7º, nº 1, 15º, nº 3, 16º, nºs 1 e 2, e 29, nº 2); 3º - da posição hoje dominante na doutrina (tal como tinha sido antes de 1933). No tocante ao Direito internacional comum, corroboram-no ou apoiam-no: 1º - a letra do art 8º, nº1, (idêntico ao art. 2º da Constituição federal alemã); 2º - a referência a princípios de Direito internacional nos arts. 7º, nº 1, 16º, nº2 e 29º nº2. [...] (MIRANDA, 2019, p. 25).

Alexandre de Moraes (2014) argumenta que, no Brasil, são “três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno”. Aponta a “**1ª fase:** compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII)”; depois argumenta que “**2ª fase:** é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I).” ressaltando que “a deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado”. (MORAES, 2014, p. 712, destaque do autor).

Por fim, a **3ª fase**, na qual, há a: “edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional.” Sendo certo que neste momento que “se adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade”. (MORAES, 2014, p. 712, destaque do autor).

Jorge Miranda argumenta que, em Portugal “classicamente, distinguem-se três fases no processo de conclusão de tratados: 1ª negociação; 2ª assinatura; 3ª ratificação. Presentemente, recortam-se: 1º - negociação e assinatura; 2º aprovação; 3º - ratificação”. (MIRANDA, 2019, p. 30-31).

Conforme salientam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 270) o dispositivo constitucional supracitado “dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração” desses direitos; de modo que é “legítimo, portanto, cogitar

de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008 p.270). O mesmo se estende à Portugal, conforme vimos.

1.2 Das características dos direitos humanos fundamentais

É fundamental tratar a respeito de algumas características dos direitos fundamentais, adotando-se a classificação do seguinte modo: fundamentabilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação.

As principais características quer dos direitos fundamentais, quer dos direitos humanos são: fundamentabilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação. a) Fundamental: estes direitos representam questões essenciais para o ser humano, no que respeita à sua existência e à sua autonomia. Eles contêm uma natureza de necessidade, não representando somente aspetos desejáveis. São direitos inerentes à própria noção de pessoa humana, como direitos básicos das pessoas. b) Universal: todas as pessoas podem ser titulares destes direitos. No âmbito internacional, esta característica significa que todas as pessoas, independentemente do local onde residam, da sua nacionalidade ou cultura possuem direitos humanos. A existência de categorias de direitos especificamente relevantes a certos grupos, por exemplo, mulheres, crianças e pessoas portadoras de deficiência, não ferem a característica de universalidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (trata-se das designadas diferenciações positivas, necessárias ao respeito pelo princípio da igualdade, como será visto infra). c) Inalienável: o caráter de inalienabilidade é um dos mais proeminentes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Esta característica refere-se à permanência e à indisponibilidade destas garantias, significando que estas garantias não podem ser retiradas, exceto em certas circunstâncias e de acordo com os procedimentos aplicáveis, e o seu titular não pode dispor, abdicar delas. Estes direitos extinguem-se somente com a morte do titular. d) Interdependentes e Interrelacionados: esta característica relaciona-se principalmente com a implementação destas garantias, provendo que o gozo de um direito tem impacto no gozo de outro direito. Estas relações encontram aplicação tanto nos direitos económicos, sociais, e culturais como nos direitos civis e políticos. Estas características não representam somente a posição da doutrina internacional e nacional, mas refletem o conceito de direitos humanos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e reiterado na Declaração e Programa de Ação de Viena. Esta última solidifica claramente estas características quando prevê que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. As classificações dos direitos fundamentais e dos direitos humanos representam um instrumento importante para identificar os seus beneficiários, as fontes, assim como algumas questões específicas relativas à sua implementação, incluindo a sua força jurídica. (OLIVEIRA; GOMES; DOS SANTOS, 2017, p.33-34).

176

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 239 e ss.), destacam, na perspectiva brasileira, que os direitos fundamentais são

universais e absolutos; possuem o aspecto de historicidade; são inalienáveis e indisponíveis; estão constitucionalizados; vinculam os poderes públicos; e têm aplicabilidade imediata.

Inicialmente, quando se diz que os direitos fundamentais são universais, há de ser observado dois sentidos: existem direitos fundamentais que se ligam a todos os homens, e existem aqueles que não se ligam à totalidade (logo, não universais). No primeiro caso, se encontram o direito à vida; no segundo caso, o direito dos trabalhadores tão somente, de modo que o constituinte privilegiou certos bens que satisfariam a necessidade de alguns homens na sua posição social específica. A título de Direito Comparado, têm-se a Constituição Portuguesa que universaliza o direito à vida e à integridade física e moral, no seguinte sentido:

Artigo 24.º Direito à vida 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. Artigo 25.º Direito à integridade pessoal 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (PORTUGAL, 2010, p. 28).

Por outro lado, quando se diz que os direitos fundamentais são absolutos, quer dizer que estão no mais elevado patamar jurídico de modo que não podem ser restringidos, servindo o Estado como garantidor e protetor de tais direitos. Assim, os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre os interesses coletivos (quaisquer que sejam) e todo poder a ele se limitaria. Entretanto, segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 240), alguns autores têm admitido que os direitos fundamentais poderiam ser limitados e, então, não seriam taxativamente absolutos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não são absolutos (corrente majoritária no Brasil), pois existem limitações pelos próprios direitos fundamentais, sempre devendo analisar o caso concreto. Como exemplo dessas restrições, podemos citar o fato de ser proibido a utilização de direitos fundamentais para praticar atos ilícitos ou que afetem outros direitos fundamentais.

Cumprido esclarecer, ainda, que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Qualquer embate deve ser sanado a partir da análise das circunstâncias jurídicas e fáticas, assim, a aplicação de um direito fundamental não invalidaria outro direito fundamental não aplicado (aqui estamos diante da chamada harmonização ou concordância prática).

A técnica da concordância prática é utilizada pelos tribunais brasileiros, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao julgar uma ação de indenização por danos morais,

entendeu que diante do conflito entre direitos constitucionais (a liberdade de informação e a proteção à intimidade, à honra e à vida privada), deve-se analisar, qual o direito deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. Assim, considerando que nenhum direito constitucional é absoluto, bem como que tal relatividade é limitada pela existência de outros direitos fundamentais coexistentes, aplicáveis ao caso concreto, o tribunal mineiro decidiu que no conflito aparente de normas constitucionais, o direito à honra e à dignidade deveria se sobrepor ao direito à informação¹

Desse modo, o máximo pode ocorrer é a utilização de pendências condicionantes, isto é, no início da colisão entre direitos fundamentais, já que haveria a possibilidade de impedir a inexistência de hierarquia.

Seguindo esse posicionamento, os direitos fundamentais, não são absolutos, mas face a outros direitos fundamentais, só fazem sentido num determinado contexto histórico. Aparecem em determinada época, modificam-se para uma compreensão a maior que a da originária, ou a menor; e, até mesmo, se extinguem (característica da historicidade, pois os direitos fundamentais são resultado de um processo histórico). E isso ocorre com a necessidade de se lutar em defesa das liberdades face ao antigo poder estatal; nem todos nascendo ou se modificando de uma vez, mas tão somente quando podem ou devem. Indo adiante, os direitos fundamentais também são inalienáveis. Inalienável é um direito que não pode ser disposto pelo próprio titular; é um direito que não pode ser preterido pelo próprio consenso de seu titular.

Nesse aspecto, também são indisponíveis (ou irrenunciáveis), o que significa dizer que, via de regra, os titulares dos direitos fundamentais não podem ser abdicados (pode até deixar de exercê-los, mas jamais dispor dos direitos fundamentais). Com efeito, são irrenunciáveis os direitos fundamentais que “[...] intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coação externa” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.243). Daqui se extrai a ideia da fundamentalidade material dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana, embora exista divergência doutrinária a respeito (FERNANDES, 2016, p. 340).

Reduzir-se à miséria absoluta, sofrer atentados ao direito à saúde, à liberdade sexual, ideológica, religiosa, de se exprimir, é inconcebível sob a ótica da inalienabilidade e o princípio

¹ Vide: MINAS GERAIS, TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.014044-3/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Santiago, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/07/2015, publicação da súmula em 06/07/2015.

da dignidade da pessoa humana, de onde se partem todos os demais. Mas há que se observar que, em determinados casos, a liberdade de expressão, por exemplo, “[...] cede às imposições de não-divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.244). São constitucionalizados, pois são direitos inscritos em diplomas normativos e, assim impõe-se a todos os poderes constituídos, de modo que são parâmetros de organização e limitação destes poderes. Vinculam, assim os poderes executivo, legislativo e judiciário, evidentemente de forma distinta em cada um dada a própria finalidade e competência de cada um desses poderes, atribuídas pela Constituição Federal quando da separação dos poderes (ou melhor, separação de funções, ou atribuições).

A respeito dos chamados direitos fundamentais constitucionais, que são aqueles constantes na Carta Magna, existe uma discussão doutrinária se os direitos fundamentais podem ser limitados por normas infraconstitucionais? Existem duas correntes, a Interna e a Externa. Começando pela “Teoria Interna” (corrente minoritária), seria impossível haver restrição dos direitos fundamentais por outros direitos, portanto, o limite de um direito fundamental estaria dentro do próprio direito fundamental (limites imanes), por sua estrutura e conteúdo.

Relacionando a “Teoria Interna” com a “Teoria dos Limites Imanentes”, do constitucionalista português Gomes Canotilho, temos que não se admitiria restrições externas a um direito fundamental. Nessa perspectiva, segundo ensina Ana Paula Barcellos “[...] cada direito apresenta limites lógicos, imanes, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria distinção que o prevê. Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto não se cuida de uma restrição a partir do exterior [...]” (BARCELLOS, 2005, p. 59).

Por outro lado, pela “Teoria Externa” (majoritária no Brasil), existiria dois objetos: os direitos fundamentais e destacado dele suas restrições em outros direitos. Ora, são as circunstâncias fáticas e jurídicas que vão definir a restrição. Desse modo, com base nessa teoria, é possível que os direitos fundamentais sejam limitados não só por normas constitucionais, mas também por normas infraconstitucionais. Exemplo da aplicação da “Teoria Externa” no Brasil é a limitação de idade em concurso militar.

A grande discussão da “Teoria Externa” é como limitar direitos fundamentais sem provocar inconstitucionalidade. Nesse caso, a restrição só é cabível se for destinada a desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais, haja vista que a restrição não pode prejudicar o direito fundamental ou outros direitos fundamentais (se isso ocorrer haveria um impedimento pela ocorrência de inconstitucionalidade). Nessa linha de raciocínio o

parâmetro para tal desenvolvimento deverá respeitar o Princípio da Proporcionalidade (FERNANDES, 2016, p. 348). Virgílio Afonso da Silva afirma que:

[...] a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional [...] (SILVA, 2011, p. 206).

Conforme já dito, a “Teoria Externa” é majoritária no Brasil, entretanto, Virgílio Afonso da Silva identifica que “[...] a contraposição entre as teorias interna e externa ainda não foi objeto de debates aprofundados no Brasil, pelo menos não na esfera dos direitos fundamentais [...]” (SILVA, 2006, p. 17). Já em Portugal, tais teses já são discutidas há algum tempo.

Acompanhando o entendimento de Dworkin (2007) acerca da temática, os direitos possuem a característica da complementariedade, pois quando interpretados não podem ser analisados isoladamente, mas precisam de um esforço conjunto em um só sistema de direitos coerentemente interligados. Temos, ainda, a inviolabilidade, que tem relação com a vinculação dos poderes públicos referida supracitada classificação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p.239 e ss.), eis que os preceitos dos direitos fundamentais devem ser obrigatoriamente respeitados pela administração pública (eficácia vertical), bem como entre os particulares (eficácia horizontal).

Finalmente, resta chamar a atenção para o que se tem ocorrido nas Constituições Modernas, sobretudo, as inegavelmente democráticas: nestas há a expressão, em formas similares, de que os direitos fundamentais são autoaplicáveis. É o que ocorre na América Latina, por exemplo, com a nossa Constituição ao dispor no art. 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988); e é seguido na Europa pela atual Constituição portuguesa em seus artigos 16º e 18º, senão vejamos:

Artigo. 16º. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e de regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. [...]

Artigo. 18º. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só poderá restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para

salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. (PORTUGAL, 2010, p. 26).

Pelo o que se percebe dos ensinamentos do autor português Jorge Miranda (2012), é uma tendência em vários países. Utiliza como exemplificação, a constituição espanhola, brasileira, colombiana, cabo-verdiana, lituana, russa, sul-africana e polaca. Segundo este ilustre autor, embora na Constituição Portuguesa esteja previsto que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, garantias e liberdades, são aplicáveis de modo direto, estes não são os únicos preceitos nessas condições, eis que a Constituição Portuguesa é normativa: suas normas são autoaplicáveis ou suscetíveis de assim serem diretamente nas situações de vida. Isto porque

[...] hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem a necessidade de mediação legislativa. Na expressão bem conhecida de HERBERT KRÜGER, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais. Ou na fórmula de LOUIS FAVOREAU: no Estado legal, a constitucionalidade era uma componente de constitucionalidade. Ou mais sinteticamente, segundo PAULO BONAVIDES: ontem os Códigos, hoje as Constituições. (MIRANDA, 2012, p. 320).

181

Com isto, constata-se que as normas de direitos fundamentais não são normas programáticas, mas “conforme a doutrina os direitos fundamentais podem ou não ter aplicabilidade imediata. Isso vai depender do marco teórico a ser desenvolvido e trabalhado” (FERNANDES, 2016, p. 341). Apesar disso, no Brasil, a interpretação do art. 5º, §1º, da Constituição Federativa de 1988, não é um consenso entre os constitucionalistas pátrios.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho “os direitos fundamentais só tem aplicação imediata se as normas que os definem são completas na hipótese e no seu dispositivo” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 98-100), isto é, se a norma garantidora de direitos e garantias fundamentais foi incompleta ela não será autoaplicável. Outra posição defendida por Eros Grau (esse entendimento também é defendido por Flavia Piovesan, Dirley da Cunha, Luiz Roberto Barroso, entre outros), os direitos fundamentais teriam aplicação imediata, inclusive no caso de normas programáticas. Assim, mesmo não existindo imposição do legislador os direitos devem ser prontamente aplicados (GRAU, 2008).

Gilmar Mendes (2008) e José Afonso da Silva (2010) adotam a tese intermediária. O constitucionalista Gilmar Mendes afirma que se pode, inclusive, valer-se de instrumentos para garantir a sua imediata aplicação, como é o caso do mandado de injunção.

De modo que se pode concluir com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 251) que “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são, também”, normas diretamente reguladoras das relações jurídicas. Se fundam na Constituição, mas não na lei. É possível haver uma ou outra norma não autoaplicável, como de fato existem em relação aos direitos fundamentais, e nesse caso depende da escolha legislador.

Seguindo os ensinamentos de Jorge Miranda (2012, p. 321), justamente, “nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis”. O português, exemplifica com o direito de antena, a objeção de consciência, e até o próprio sufrágio universal, além de garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais, que estão previstos ao longo da constituição portuguesa. Afirmar, inclusive, que quase todas as normas de direitos culturais, por exemplo, são programáticas.

Há uma diferença fundamental: enquanto as normas constitucionais auto exequíveis são regulamentadas pelo legislador ordinário, as normas não exequíveis são por ele concretizadas.

Sustenta que: “[...] se as normas não forem exequíveis por si mesmas os direitos apenas poderão ser tornados plenamente efetivos com as providências legislativas subsequentes e, nos casos das normas programáticas, observados os condicionalismos econômicos indispensáveis”. (MIRANDA, 2012 p. 323).

182

1.3 A Teoria dos Quatro Status de Jellinek e as funções dos direitos fundamentais

Sobre a temática direitos fundamentais e para elucidar as posições que o indivíduo ocupa no Estado, o jurista alemão Georg Jellinek criou a “Teoria dos Quatro Status” (status passivo, status negativo, status ativo e status positivo).

O status passivo (ou *subjectionis*) corresponde ao conjunto de deveres que o indivíduo possui perante o Estado, pois antes de ter direitos existem deveres a serem cumpridos – o Estado controla juridicamente o sujeito com ordenações, mandamentos e proibições. Por outro lado, o status negativo (ou *libertatis*) faz referência a possibilidade do indivíduo demandar prestações negativas, isto é, as omissões do Estado criam uma certa esfera de autonomia privada.

Assim, diante da prerrogativa de exigir do Estado uma abstenção, o sujeito goza de um poder jurídico limitado em que o Estado não pode interferir, salvo, para garantir o próprio direito de exercício de algumas liberdades (autonomia privada). Acerca do status *libertatis* de

Jellinek, o constitucionalista português Jorge Miranda entende que nessas prestações negativas a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres” (MIRANDA, 2012).

No status ativo (ou *activus*), o indivíduo tem o direito de participar na formação da vida política do Estado e da sociedade (direitos de cunho político), ou seja, participação no desenvolvimento da vontade política. Exemplo disso, seria a participação do sujeito como membro da comunidade política e cidadão ativo através do direito de voto.

Ademais, no RE 598099 de 2011, o Supremo Tribunal Federal ao decidir a temática direito subjetivo à nomeação em concurso público, consubstanciou um dos pontos mais relevantes do status ativo dos cidadãos ao efetivar o Princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos. Assim

É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incommensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521). (BRASIL, STF, 2011).

183

Finalmente, no status positivo (ou *civitatis*), temos que o indivíduo pode exigir prestações positivas do Estado, de modo a permitir o surgimento de ações que reduzam as desigualdades sociais. Com o *civitatis*, alguns direitos podem ser exigidos do Estado em benefício do indivíduo.

Cumprido destacar, a interpretação Jorge Miranda acerca da “Teoria dos Quatro Status” de Jellinek, realizada sob a ótica da emancipação da pessoa humana. Para o constitucionalista lusitano, primeiramente o homem conseguiu se libertar de objetos viciados pelo Estado e alcançou a posição de sujeito de direitos, após esse penoso processo, abriu-se a possibilidade de exigir prestações positivas, além do direito de participar da formação do poder e da vontade política (FERNANDES, 2016, p. 327-328).

Não obstante sofrer críticas e adaptações, inegavelmente, a “Teoria dos Quatro Status” de Jellinek é pioneira. Para o constitucionalista brasileiro Bernardo Gonçalves Fernandes é censurável o fato de Jellinek ter formulado uma teoria estatista de abordagem do ordenamento jurídico, eis que os direitos utilizados pelo jurista alemão orbitam em função do Estado e das posições do sujeito diante dele. Já para o alemão Peter Häberle, a Teoria de Jellinek é

dicotômica por colocar o privado e público em extremos, bem como por posicionar a sociedade civil como hostil e apolítica na relação com o Estado (FERNANDES, 2016, p. 328).

As principais adaptações da teoria foram feitas pela doutrina alemã (Robert Alexy²) e portuguesa (José Carlos Vieira de Andrade e José Joaquim Gomes Canotilho³). No Brasil, a doutrina desenvolveu e adequou a Teoria de Jellinek a realidade pátria dividindo as funções dos direitos fundamentais em: **direitos de defesa** - direitos que impõem ao Estado um dever de omissão ou de não intervenção na autodeterminação do sujeito, por exemplo, temos o art. 5º, incisos II, III, IV e VI, da Constituição Federativa de 1988 -, os **direitos de prestação** - direitos que exigem atuação estatal para reduzir as desigualdades sociais, por exemplo, temos as prestações jurídicas, previstas no art. 5º, incisos XLI, XLIII e XXXV, da Constituição Federativa de 1988; as prestações materiais, previstas nos art. 6º, art. 205 e art. 215, da Constituição Federativa de 1988 - e os **direitos de participação** - direitos políticos, que objetivam a garantia do indivíduo como cidadão ativo - (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 258-265).

184

Na categoria dos direitos de participação, embora os direitos políticos sejam o principal exemplo, para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] Tanto Canotilho como Alexy situam os diversos direitos políticos, conforme suas características, entre os direitos de prestação ou defesa. Com isso, não cogitam os direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e de participação. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 265).

A tese de que a “distinção cerrada e estanque” (referente a divisão de direitos de defesa e direitos de prestação) já estaria superada. Para Cass Sunstein (2011), todos os direitos seriam positivos, ou seja, na medida em que os direitos de defesa são dispendiosos, o Estado também atua de forma prestacional nos direitos de defesa.

Desse modo, apesar da “Teoria dos Quatro Status” ter sido criticada e reformulada, notadamente no Brasil, a contribuição de Jellinek relaciona-se com o desenvolvimento das funções atribuídas aos direitos fundamentais, facilitando a aplicabilidade, cobrança de efetividade e identificação de deficiências. Isso porque, na medida em que a Teoria de Jellinek

² Verificar em: ALEXY, 2008.

³ Verificar em: CANOTILHO, 2003.

estabeleceu status para ilustrar as diferentes posições do indivíduo frente ao Estado, as funções permitiram a separação dos direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação.

1.4 Os Direitos Humanos Fundamentais como Direitos de Defesa

Adotando os direitos fundamentais como direitos de defesa⁴ e deixando clara a possibilidade de recepcionar outros direitos que ali não estão especificados, ampliando-se, assim o seu rol a Constituição da República Federativa do Brasil pretende dar garantias aos cidadãos brasileiros e aos que estejam em território nacional, embora alienígenas; de uma forma contínua e não taxativa. (BRASIL, 1988). Importante colacionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao decidir que os estrangeiros mesmo não residentes no Brasil podem ser titulares de direitos fundamentais⁵. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho:

[...] a função de direitos de defesa do cidadão sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Ao rol de direitos fundamentais expressos nas constituições a doutrina denomina direitos fundamentais formais, caracterizados pela aplicabilidade imediata e estarem nelas contidos por vontade do Poder Constituinte; e aos demais recepcionados pelas constituições, mas que nelas não se encontram expressos, a mesma doutrina denomina como direitos fundamentais materiais, ligados à essência do bem juridicamente protegido. É o que ocorre com a doutrina e nas Constituições brasileira e portuguesa. Na oportunidade, é importante destacar que:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na

⁴ Concepção seguida por Alexandre de Moraes (Brasil) em obra citada neste trabalho e Gomes Canotilho (Portugal), em obra também aqui citada, de 1993.

⁵ O STF já decidiu que os estrangeiros mesmo não residentes no Brasil podem ser titulares de direitos fundamentais. Ver HC 94404, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364.

Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. (MIRANDA, 2012, p. 9).

Constituição material consiste [por sua vez] no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento; enquanto a Constituição formal é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário. (MORAES, 2014, p. 8).

Formais ou materiais, e postos em Constituições formais ou materiais, distinguem-se dos demais direitos presentes na Constituição, sendo entendidos os fundamentais como direitos que seriam anteriores e, até mesmo, superiores ao Estado. Tais direitos seriam esferas de liberdade capazes de dar origem a direitos de defesa, e, assim, a própria justificativa de existência do Estado estaria associada a tais, uma vez que o papel do Estado seria o de protegê-los, ao passo que, protegendo-os, encontraria a justificação de sua existência.

É o entendimento que recepciona Paulo Bonavides (2004, p.561), que referenciando Schmitt, argumenta que os direitos fundamentais são, segundo este autor, “todos os direitos e garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”, ou “aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança”, sendo imutáveis ou de mudança dificultada, alteráveis mediante Emenda Constitucional, por exemplo. São absolutos, e só excepcionalmente se relativizam, segundo as permissões legislativas.

Segundo Bonavides (2004) para Schmitt do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado que for adotado, e a espécie de valores e princípios que se consagra constitucionalmente, em razão de que, materialmente, cada Estado vai possuir seus direitos fundamentais em específico. Podem, conforme este autor, ser direitos fundamentais propriamente ditos, que são os direitos que possui face ao Estado.

1.5 A eficácia horizontal e sua aplicabilidade no direito lusitano e brasileiro

Isto posto, é essencial tratar pelo menos em linhas gerais, acerca da eficácia horizontal nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. A eficácia horizontal diz respeito a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Originada na Alemanha do Século XX (década de 50), a eficácia horizontal surgiu a partir do *leading case Lüth* que, em 1958 tratou da discussão política de defesa de classes e grupos sociais em face de particulares,

juízo que permitiu o desenvolvimento da “Teoria da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais”. Posteriormente, também no âmbito germânico, houve a tentativa de explicar a utilização dos direitos fundamentais entre particulares por meio da “Teoria dos Deveres de Proteção aos Direitos Fundamentais”.

Da Alemanha os embates da eficácia horizontal alcançaram outros países de origem romano-germânica, dos quais inclui-se Portugal. Até hoje tal instituto é alvo de discussões exaustivas, tendo surgido a partir dele posições intermediárias e entendimentos alternativos, tanto é assim, que o professor Daniel Sarmiento, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro revela que os debates:

[...] acabam se batendo sempre em torno das mesmas questões: Como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares? Qual a proteção constitucional que merece, neste contexto, a autonomia privada? Que papel cabe ao Estado na proteção dos direitos fundamentais diante de agressões e ameaças vindas de particulares? A quem compete precipuamente a tutela dos direitos humanos nas relações privadas, ao Legislativo ou ao Judiciário? Como compatibilizar a extensão dos direitos humanos à esfera privada com a segurança e a previsibilidade necessárias ao tráfico jurídico? [...] (SARMENTO, 2006, p. 323)

187

Nessa toada, desenvolveu-se duas espécies de eficácia horizontal, a Indireta (ou mediata) e a Direta (ou imediata). A primeira reconhece a admissão dos direitos fundamentais entre particulares, sustentando que a relação entre ambos deve ser intermediada pelo legislador infraconstitucional e sua produção legal (sindicabilidade legislativa). Desse modo, as normas constitucionais devem passar por um “filtro” de normas infraconstitucionais para serem aplicadas entre particulares.

Por outro lado, a eficácia horizontal imediata (adotada majoritariamente na Alemanha) reconhece a relação entre os direitos fundamentais e particulares, com base na força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas fundamentais. Assim, essa espécie refuta o risco de dissolver a autonomia privada ou torná-la insuficiente, na medida em que se quer somente impedir hipertrofia da autonomia privada, eis que cada caso deve ser verificado concretamente.

O constituinte originário português deixou claro – art 18º: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (PORTUGAL, 2010) – o reconhecimento do vínculo entre particulares e direitos fundamentais. A propósito, Canotilho apresenta em sua obra, o exemplo de uma empresa que condiciona a admissão de um indivíduo à renúncia de

participação partidária ou filiação sindical, ou seja, a empresa está ofendendo o direito de livre associação sindical de seus trabalhadores. Nas palavras do referido constitucionalista português:

[...] a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objetiva da comunidade. (CANOTILHO, 1980, p. 573.).

Sendo assim, verificando essa situação, seria plausível que os direitos fundamentais dos funcionários prevalecessem diante do regramento da empresa. Embora não apresente expressamente um posicionamento, o sistema brasileiro adota majoritariamente a eficácia mediata. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (que não possui uma posição declarada) já sinalizou pela possibilidade de aplicação de direitos fundamentais aos particulares (RE n. 158215/RS, RE n. 161243/DF, RE n. 201819/RJ). (BRASIL, 1996) (BRASIL, 1997), (BRASIL, 2006).

188

Assim, ante ao exposto, independentemente de estar expresso, como na Magna Carta Portuguesa de 1976, ou, implícito como no ordenamento brasileiro, na sistemática jurídica atual é inegável a aplicabilidade da eficácia horizontal. Caso contrário haveria o tolhimento dos objetivos essenciais constituições modernas, que objetivam, precipuamente, promover e valorizar os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos não surgem por mero acaso, mas a história possibilita o seu surgimento. No Brasil e em Portugal, a consolidação de Estados democráticos de direito a partir da promulgação das suas constituições, respectivamente, em 1988 e 1976, consubstanciou o reconhecimento de prerrogativas básicas inerentes ao homem (como a vida, liberdade, educação, saúde), antes alijadas pelo regime militar. Seguramente por terem passado por um período de intenso cerceamento de direitos fundamentais, além do vínculo histórico colônia-colonizado, justifica-se a similitude entre ambas nações.

Apesar disso, será que após esses quarenta anos da Constituição Portuguesa celebrados em 2016 e dos trinta anos da Constituição Brasileira celebrados em 2018 tivemos de fato

avanços na seara dos direitos fundamentais? Como se viu a resposta tende a ser positiva, mas muito precisa ser feito.

A afirmação do constitucionalista lusitano é emblemática e igualmente retrata a realidade brasileira, ou seja, na maioria das vezes as falhas de efetividade dos preceitos constitucionais decorrem de outros fatores, como maus gestores dos recursos públicos. Diante disso e de tudo que foi dito, podemos destacar como principais constatações: a divisão dos direitos fundamentais em dimensões facilita o entendimento histórico e evolutivo ao longo dos séculos, refletindo a conquista gradual das garantias, além do empoderamento social diante do Estado.

Constatamos, também, que o valor dos direitos fundamentais é manifesto quando analisamos as características da universalidade, historicidade, inalienabilidade, indisponibilidade e constitucionalidade. Outrossim, que a relatividade em algumas situações, além da inexistência de hierarquia facilitam a aplicabilidade no caso concreto por meio do já abordado Princípio da Concordeância Prática ou da Harmonização das Normas Constitucionais.

A “Teoria dos Quatro Status de Jellinek”, posteriormente readaptada no Brasil, permitiu a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa (exige do Estado um dever de omissão ou de não intervenção na autodeterminação do sujeito), direitos de prestação (direitos que exigem atuação estatal para reduzir as desigualdades sociais) e os direitos de participação (objetivam a garantia do indivíduo como cidadão ativo). Sobre os direitos de defesa enfatizamos que a Constituição de 1988 assegurou direitos aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros. Finalmente, acerca do último ponto abordado, temos que o constituinte originário lusitano, estabeleceu categoricamente no art. 18º, da Cártula Portuguesa de 1976, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Já no ordenamento brasileiro, embora não esteja expresso, vem sendo aceita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao longo do ensaio, restou demonstrado que os “direitos fundamentais” são complexos e delongam discussões aprofundadas, vez que o estudo do tema e a sua efetividade são essenciais para o desenvolvimento de qualquer sociedade. Desse modo, o presente trabalho se propôs a enaltecer a importância dos direitos fundamentais, discutir e comemorar a consolidação das Constituições democráticas do Brasil e de Portugal e, principalmente, destacar a essencialidade de expansão das prerrogativas imanentes do indivíduo e impedir o risco de supressão de garantias sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Teoria & direito público). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar [...]. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Habeas Corpus HC94404/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18. jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612361>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 565089RG/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02. out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. STF. Recurso Extraordinário 598099RG/MS. Relator Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 03.out. 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609362> >. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 158215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30. abr. 1996. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário RE 161243/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19. dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265814> >. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário RE 201819 / RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27. out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>> Acesso em: 17 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1980.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. xxii, 1228 p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz. Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. - São Paulo. Martins Fontes. 2007

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Colección derecho y política. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (TJMG). Processo - AC 1.0024.14.014044-3/001, Relator: Des. Alexandre Santiago. Belo Horizonte. 01.jul.2015. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4E156C609EB6A11B1BD9E4513470146C.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.14.014044-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15. jan. 2019.

MIRANDA, Jorge. *As actuais normas constitucionais e o Direito Internacional*. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/3431/1/NeD36_JorgeMiranda.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. *Direitos e Deveres Fundamentais do Homem*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Jorge_Miranda.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 5. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Nazareth Oliveira; GOMES, Carla de Marcelino; DOS SANTOS, Rita Páscoa. *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: teoria e prática*. Disponível em: <http://www.igc.fd.uc.pt/timor/pdfs/livroDFTimor_completo.pdf> Acesso em: 14 jan. 2019.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa: de acordo com a redacção dada pela Lei Constitucional 1/2005, de 12 de Agosto*. Porto: Porto Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 09.11.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2006): 541-558. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 3. ed. (Coleção Teoria e Direito Público). São Paulo: Malheiros. 2011.

Submissão: 29/10/2018
Aceito para Publicação: 31/12/2018