



3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais

Vânia Márcia Damasceno Nogueira

Defensora Federal

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

Pós-graduada em Direito Público pelo

Centro Universitário de Goiás (UNI-ANHANGUERA)

Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna/MG – UIT

1. Introdução

As necessidades que deverão ser superadas pela humanidade no intuito de efetivação e manutenção dos direitos fundamentais não são poucas. As recentes questões que debatem a bioética e os avanços da biotecnologia em um aparente conflito jurídico-moral reacenderam a importância de afirmação e melhor hermenêutica dos direitos fundamentais.

A problemática hodierna da efetividade dos direitos enfatiza o destaque que os direitos fundamentais ganham no ordenamento jurídico. Através deles advém os demais direitos, tendo por base axiológica o princípio da dignidade humana. É urgente a concretude dos direitos fundamentais em toda sua plenitude, combatendo desigualdades e injustiças sociais. Resta o trabalho árduo e gratificante de fazê-los respeitados.

São vários os estudos sobre a teoria dos direitos fundamentais. Valores antes desvinculados foram agregados à multidisciplinaridade do direito. Não há como restringir o estudo e a aplicação da teoria dos direitos fundamentais a apenas uma questão formal técnico-jurídica. O objetivo e alcance desses direitos somente se concretizarão com uma visão mais ampla e mais condescendente com todas e quaisquer metodologias voltadas a analisar a profundidade e importância de se respeitarem os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

2. Multidisciplinaridade do Direito

Hans Kelsen buscou elaborar a ciência do Direito purificando o conhecimento jurídico de tudo que lhe fosse estranho.¹ Retirou-lhe o valor para atribuir-lhe exclusivamente um rigoroso pensamento jurídico-científico. Em nome desse positivismo exacerbado, inúmeras atrocidades foram cometidas durante as guerras mundiais. George Marmelstein

afirma que a “(...) mesma tinta utilizada para escrever uma declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever a lei do nazismo.”²

O mesmo autor diz que uma nova corrente jusfilosófica surgiu em razão deste “desencantamento” em torno da teoria pura do Direito, o pós-positivismo, e que este poderia ser denominado de positivismo ético, visto que postula inserir no positivismo valores éticos indispensáveis à tutela da dignidade humana.

Esses valores só podem ser adquiridos ao longo das experiências com outros povos, utilizando-se de uma dialética multicultural e estabelecendo-se um diálogo entre as vertentes jurídicas, política e sociológica. Daury César Fabríz expõe que “(...) existe uma cultura jurídica complexa, fomentada por uma realidade social inesgotável e contínua”. Essa realidade social, segundo ele, é marcada por processos interligados que envolvem os indivíduos, a sociedade, as instituições e os poderes, impondo aos fenômenos jurídicos um caráter plural e multidimensional.³

Miguel Reale vê o Direito como uma realidade histórica cultural sob o ângulo da Teoria Tridimensional, ou seja, para ele, o Direito é uma ciência, com seus aspectos normativos (ordenamento), a cujo fenômeno jurídico adere-se um fato (de natureza diversificada: econômica, histórica, social, demográfica, de ordem técnica, geográfica, etc.) sobre o qual será feita uma análise axiológica, atribuindo-lhe um determinado valor de justiça, que confere uma determinada significação a esse fato, orientando a ação dos homens no sentido de buscar um objetivo, criando-se a feição do Direito como fato, valor e norma.⁴

Dificilmente uma ciência não interage e produz efeitos sobre outra. Seu estudo e sua compreensão podem ser facilitados se forem integrados. O Direito e a Economia, por exemplo, interagem de forma a ficar cada vez mais tênue a linha divisória dessas duas ciências. Fábio Nusdeo afirma que é difícil dizer até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele.

Milton Santos nega esta interdisciplinaridade esclarecendo que a Filosofia, importante disciplina a ser estudada conjuntamente com o Direito, perde influência na formulação das ciências sociais que buscam inspiração na interdisciplinaridade da Economia⁵. Para ele, a Economia

¹ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica da Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Imprensa Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1984, p. 23.

² MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 12.

³ FABRIZ, Daury César. *A estética do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 48.

⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 47.



é uma administração de coisas a serviço de um sistema ideológico, podendo vir a ser prejudicial quando interage demasiadamente com o Direito.

No entanto, a leitura de questões sobre um prisma unívoco torna-se obsoleta na atualidade. Na complexidade do mundo contemporâneo é preciso muita cautela e visão multidisciplinar para se chegar à lucidez de uma interpretação mais condigna à paz humana. Principalmente quando se trata de interpretar e estudar os direitos e garantias fundamentais, “(...) é preciso evitar a análise meramente racionalista, fechada, própria de um positivismo legalista ultrapassado e incompatível com as conquistas e valores constitucionais mais atuais das sociedades democráticas.”⁶, segundo Gregório Assagra de Almeida. Para o autor, é difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências sociais humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. Portanto, a compreensão adequada, na complexa sociedade moderna, dos direitos e garantias fundamentais pressupõe, necessariamente, um estudo interdisciplinar e multidisciplinar, em que o Direito poderá interagir com outras disciplinas, conceitos e valores.

3. A dignidade humana e o direito fundamental

Robert Alexy disse que o “(...) direito deve ter uma pretensão de correção, no sentido de se aproximar da idéia de justiça” e esta pretensão se manifesta justamente através dos direitos fundamentais: “(...) nenhum ato será conforme ao direito se for manifestamente incompatível com os direitos fundamentais.”⁷ A idéia de justiça, por sua vez, está intimamente ligada à idéia de dignidade humana. Então, para se compreender o direito fundamental, é mister compreender o princípio da dignidade humana.

Para Francisco Amaral, o princípio da dignidade humana é o marco jurídico, o núcleo fundamental do sistema constitucional unificador dos direitos fundamentais.⁸ Luis Roberto Barroso explica que “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. Ele acrescenta que a dignidade relaciona-se a condições imateriais, que seriam a liberdade e os valores do espírito, e com a condição material de subsistência.⁹

“A dignidade humana é o modo ético como o ser humano vê a si próprio.”¹⁰ Atualmente, devido a vários casos

concretos envolvendo a bioética, os estudiosos do direito foram forçados a navegar em outras ciências (biológicas, psicologia, filosofia) para estruturar a base e a manutenção do conceito de dignidade humana. Para Teresa Joaquim, o maior valor do ser humano é justamente a sua humanidade, que se sobressai quando ele é agredido, violentado, ignorado ou anulado. Desde a Segunda Guerra Mundial, devido aos horrores do nazismo, o tema da dignidade humana se tornou freqüente e tem sido um dos mais debatidos no Direito contemporâneo.

Flávia Piovesan ensina que o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo, mormente o sistema constitucional interno de cada país.¹¹ O entendimento sobre este valor-princípio (dignidade humana) é primordial para se chegar ao conceito de direitos fundamentais, uma vez que constitui sua base axiológica.

A conceituação de direitos fundamentais é matéria controversa na doutrina. Existem inúmeras expressões utilizadas como sinônimo de direitos fundamentais: direitos humanos, direitos da personalidade, direitos naturais, direitos do homem, liberdades públicas, etc. O risco de utilizar inúmeros sinônimos é a banalização do próprio instituto, excluindo ou aumentando seu objeto.

José Afonso da Silva esclarece que *direitos fundamentais do homem* “(...) constitui o termo mais apropriado, porque, a par de dizer respeito a princípios que indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”¹²

Para George Marmeslstein, os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais são valores ligados à dignidade humana. Os primeiros, não positivados; os segundos, positivados no plano internacional e os direitos fundamentais – ligados não somente à dignidade humana mas também à limitação de poderes – positivados no Direito internacional, geralmente através de normas constitucionais.¹³ No entanto, o próprio texto constitucional brasileiro, no Título II, destinado aos Direitos e Garantias Constitucionais, já nos revela que há direitos fundamentais implícitos, cujo rol positivado no artigo 5º não pode esgotar a relação de outros direitos a serem considerados fundamentais.¹⁴

Numa breve tentativa de conceituar os direitos fundamentais, para simples auxílio dogmático, pode-se dizer que estes sejam direitos expressos ou implícitos no

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 301.

⁷ MAMELSTEINS, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 12 e 13.

⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

¹⁰ JOAQUIM, Teresa. Documento de trabalho 26/cnecv/99. Reflexão ética sobre a dignidade humana. 1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_DignidadeHumana.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2009.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3 ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 27.

¹⁴ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



ordenamento jurídico, cuja base axiológica seja a dignidade humana e cuja representação se faz nos valores maiores que os indivíduos alcançaram e possam vir a alcançar no Estado Democrático de Direito.

4. Como identificar um direito fundamental

No Brasil e em outras ordens jurídicas nas quais o rol constitucional de direitos fundamentais não é exaustivo, a exemplo da Constituição alemã, resta saber como identificar esses direitos para fins de lhes atribuir um papel de destaque, em face dos demais, no ordenamento jurídico. Não obstante Heleno Fragoso afirmar que “(...) acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos fundamentais, restando apenas a sua efetivação”¹⁵, sabe-se que falta muito para se transporem os limites de declaração e efetivação dos direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser vista como um resultado lógico e normal das modificações introduzidas na seara jurídica em face da complexidade da sociedade pós-moderna. Esses direitos fundamentais nascem com o indivíduo? Seria essa a razão pela qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) diz que os direitos são proclamados, ou seja, eles preexistem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais que, por outro lado, devem proteger tais direitos de qualquer ofensa? Ou seriam os direitos fundamentais uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade?

O pensador italiano Norberto Bobbio diz que “(...) a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.”¹⁶

Para Gregório Assagra de Almeida, a questão de diferenciação entre direitos fundamentais e não fundamentais não comporta classificação fechada e abstrata. A situação concreta que dirá a perfeita diferenciação porque, segundo ele, “(...) poderá acontecer que um direito substancial não seja em si fundamental, mas a proteção no caso em concreto torna-se fundamental.”¹⁷

Entre as características historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, efetividade, interdependência e complementaridade dos direitos fundamentais, talvez uma das características que mais auxiliam na identificação dos direitos fundamentais seja a sua perpetuidade. Esses direitos são perpétuos, validados no tempo e no espaço, cabendo ao poder público o dever de atuar para garantir a sua efetivação,

usando, inclusive, meios coercitivos quando necessário.

Atualmente, os direitos fundamentais são reconhecidos mundialmente por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Mas em tempos imemoriais, um dos primeiros códigos de leis escrito, senão o primeiro (Código de Hamurabi, século XVIII a.C.) já defendia direitos fundamentais como a vida, propriedade, dignidade, família, etc. que são considerados fundamentais até os dias atuais.

Desde os tempos de nossa pré-história, encontramos vestígios de que o homem das cavernas já tinha uma pré-concepção de seus direitos elementares, logicamente sem a consciência desse instituto de forma organizada, como direito. O reconhecimento do direito à vida, à propriedade e à família, por exemplo, já era estampado nas paredes através da arte rupestre, informando-nos valores importantes para aquela sociedade, os quais deveriam ser resguardados, sendo motivo de orgulho para o líder local, daí o motivo de estampá-los na parede do salão principal da caverna.

Aceitar que todo direito fundamental já nasça com o indivíduo é retornar à idéia de direito natural. Alguns direitos fundamentais podem até nascer com o indivíduo, como o direito à vida, mas outros são conquistas da civilização. Eles fazem parte de um contexto histórico-cultural de experiências e valores de uma determinada sociedade e uma sociedade é considerada civilizada se seus direitos fundamentais são protegidos e respeitados.

Gilmar Ferreira Mendes leciona:

É verdade concebida, desde que Jellinek desenvolveu a sua Teoria dos quatro ‘status’, que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não impedimento da prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (...) ¹⁸

5. Vários ângulos de estudo de um direito fundamental

Quando Hans Kelsen estudou o direito afastando os aspectos sociológicos, políticos e filosóficos para focar o lógico-jurídico, tendo na Constituição a norma hipotética fundamental, as normas abstratas estavam presentes apenas na consciência dos indivíduos (pressuposta e não formulada). Já Miguel Reale, em 1968, ao estudar o Direito com outro enfoque, sob o ângulo da Teoria Tridimensional, integrou

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 132.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 34.

¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.310.

¹⁸ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2009.



as normas abstratas aos aspectos axiológicos e fáticos da sociedade.

Tal avanço jus-filosófico foi extremamente importante para, nos dias atuais, aliar a lei positivada ao sistema aberto de princípios, cuja interpretação sistêmica e axiológica com o texto constitucional, ainda permite aplicar o direito codificado de forma lógica e justa com a ideologia da modernidade. A norma maior de uma ordem jurídica, a Constituição, passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin.¹⁹

Flávia D'urso explica:

Dworkin utilizou a dimensão do peso dos princípios e a aplicação disjuntiva das regras para esclarecer que os princípios tem uma dimensão de peso e importância que não se vê nas normas. Quando existem aparente conflitos entre dois princípios, se considera o que possui maior peso, baseado na racionalidade e ponderação (proporcionalidade). Enquanto que nas normas, a validade de uma pressupõe a invalidade da outra.²⁰

Essa hermenêutica atualizada do Direito conduz a uma visão multidisciplinar dessa ciência, valorativa que é. A teoria dos direitos fundamentais deve ser construída sob vários aspectos e ângulos distintos, seja histórico, sociológico, político, etc., pois também são enfoques de notória importância para a construção da teoria dos direitos fundamentais. Principalmente quando o direito substancial em si não seja fundamental, mas, no caso em concreto, torne-se fundamental em sua tutela.

Não há como restringir o estudo, a análise, a interpretação e a aplicação da teoria dos direitos fundamentais a apenas um ponto, qual seja, o técnico-jurídico. Esse estudo estaria distanciando os direitos fundamentais de seu total alcance, objetivo e significado. A própria evolução dos direitos fundamentais se deu justamente em virtude dessa interação entre os inúmeros valores sociais enumerados implícita ou explicitamente nas variadas ciências e contextos.

É imprescindível que haja um maior diálogo entre as vertentes jurídicas, política, histórica, sociológica e outras para que os direitos fundamentais reflitam os reais anseios de uma sociedade e efetivamente resguardecem o que, conceitualmente ou não, é ou venha a ser fundamental para aquela sociedade.

Daí a importância da teoria dos direitos fundamentais ser construída e estudada pela doutrina sob vários aspectos e ângulos distintos. Os direitos fundamentais podem ser estudados das mais diferentes formas. Dividindo-os em dimensões, como fazem Robert Alexy, Konrad Hesse e Willis Santiago Guerra Filho, sob a forma de gerações, como faz Paulo

Bonavides e Norberto Bobbio, dentre outros, ou classificar e estudar conforme são arrolados no texto constitucional, como faz José Afonso da Silva.²¹

Estudados sobre projeções multidimensionais, os direitos fundamentais apresentam características epistemológicas mais adequadas, segundo Robert Alexy²². Ele identifica as teorias que envolvem o tema: as teorias históricas, voltadas para o surgimento dos direitos fundamentais, explicando o seu desenvolvimento; as teorias filosóficas, que se atêm à fundamentação dos direitos fundamentais, esclarecendo seus fundamentos e as teorias sociológicas, que estudam a função dos direitos fundamentais no sistema social.

Nesse estudo, Alexy tenta conciliar o positivismo normativista, o sociológico e o jusnaturalismo e propõe três dimensões de estudo: dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa. Na dimensão analítica, volta-se para a consideração sistemático-conceitual do próprio direito válido, englobando os conceitos fundamentais, a construção jurídica, a investigação da estrutura do sistema jurídico e a fundamentação relativa à própria base do direito.

A dimensão empírica, segundo Alexy, teria duplo significado: o conhecimento do direito positivamente válido e a utilização de premissas empíricas de argumentação jurídica. Utiliza-se como objeto de estudo a concretude, como exemplo a jurisprudência, enquanto a dimensão normativa, que consiste na orientação e na crítica da prática jurídica, apóia-se em um saber: o compromisso de analisar, complementar e ampliar a ordem jurídica, mormente pela doutrina. Diante dessas três dimensões, o caráter da ciência jurídica (atualmente conhecida como ciência prática – casos concretos) resultaria em um princípio unificador. A ciência jurídica precisa vincular-se a essas três dimensões formando uma disciplina integrativa pluridimensional.

Paulo Bonavides utiliza o critério de gerações para estudar os direitos fundamentais²³. A primeira geração de direitos (século XIX) é composta dos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado, tendo como titular o indivíduo. A segunda geração de direitos (século XX), nascida com idéias antiliberais e cingida ao princípio da igualdade, são os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, que exigem uma prestação positiva do Estado.

Diante da complexidade e enorme aumento da violência da atualidade, surgem os direitos de terceira geração, direito à fraternidade ou solidariedade (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à comunicação, dentre outros). Celso Lafer afirma que os sujeitos destes direitos não são os

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. 1997. In: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em Jus Navegandi, < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208> > . Acesso em: 23 jun. 2008.

²⁰ D'URSO, Flávia. Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26-31.

²¹ LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>> Acesso em: 27 mar. 2009.

²² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32-38.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 418-525.



indivíduos, mas o grupo de indivíduos (família, povo, nação)²⁴. Para Paulo Bonavides, os direitos de quarta geração (direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo), são introduzidas principalmente pela "(...) globalização política na esfera da normatividade, numa fase de institucionalização do Estado social."

Há críticas sobre qual seria a melhor terminologia ou método para estudar os direitos fundamentais. Alguns sustentam que falar em dimensões é melhor do que gerações de direitos fundamentais, tendo em vista que os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Alguns doutrinadores não utilizam nem o ângulo de geração nem de dimensão para estudar os direitos fundamentais. José Afonso da Silva, por exemplo, classifica e estuda os direitos fundamentais em cinco grupos, de acordo com o estabelecido no texto constitucional (individuais, coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e garantias constitucionais).²⁵

Carl Schmitt estuda os direitos fundamentais em dois critérios formais e um critério material de caracterização. Pelo primeiro critério formal, podem ser indicados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias explicitados no texto constitucional. Pelo segundo critério formal, os direitos fundamentais são aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de proteção ou segurança, cuja alteração é mais difícil que para os demais direitos. Pelo critério material, Carl Schmitt entende que os direitos fundamentais variam de acordo com o tipo de Estado existente. Adequando-se à sua ideologia e especificidade (Estado de Direito Liberal, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito).²⁶

Para Luhmann, pode haver o estudo da teoria dos direitos e garantias fundamentais em relação a esta ou aquela ordem jurídica, em relação especificamente ao Direito Comparado em geral ou ao Direito Comparado pertinente à determinada família jurídica e direcionado para o plano infraconstitucional. Estudando-se os direitos fundamentais da Constituição vigente (direitos positivamente válidos e previstos, expressa ou implicitamente no texto) e o direito das Constituições históricas e das Constituições de Estados-membros.²⁷

6. Conclusão

É urgente que os estudos sobre a teoria dos direitos fundamentais sejam vários. Seus estudos demandam contribuições de outras ciências, de forma multidisciplinar, agregados a vertentes psicossocial, políticas, biológicas e

filosóficas. O Direito não pode estar só. A evolução dos direitos fundamentais somente se fez visível em virtude desta interação entre os inúmeros valores sociais nas variadas ciências e contextos.

Observa-se que são inúmeros os ângulos de estudo da teoria dos direitos fundamentais. Os diferentes métodos e formas são significativos que deva existir um correto ou um melhor método de estudo e aprendizado. É certo que tais esquematizações possuem meramente fins didáticos. Os direitos fundamentais estão em contínuo movimento em busca de sua plena realização e eficácia. Os estudos em diferentes ângulos, de forma multidisciplinar, contribuem enormemente para a efetivação destes direitos.

7. Referências bibliográficas

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Imprensa Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, F. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FABRIZ, D. C. **A estética do Direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Reimpresso em 2002.

²⁴ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 515.

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 299.



HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JOAQUIM, Teresa. **Documento de trabalho 26/cnecv/99**. Reflexão ética sobre a dignidade humana. 1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_Dignidade_Humana.pdf> Acesso em: 24 mar. 2009.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>: Acesso em: 27 mar. 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**,

Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. (Coord). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.