

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prof. Dr. Irineu Barreto
MÓDULO 6

Teoria dos Direitos Fundamentais



Unidades do plano de ensino

11. Teoria dos Direitos Fundamentais

12 e 13. Direitos Fundamentais

14 Direitos Sociais

16 Direitos Políticos



Sociedade, Internet e Direito

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 447-560.

Capítulos

II TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

III MATRIZES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
CF 1988.



<https://www.portalsid.com/>

(Prólogo. Luiz Roberto Barroso, p. 447-448)

Alguns anos atrás, participei de um debate na Universidade de Brasília (UnB) com o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia, falecido em 2016.

Estava em questão uma decisão proferida pelo seu tribunal, no caso Lawrence v. Texas, que considerou inconstitucional a criminalização das relações íntimas entre homossexuais. Scalia era crítico severo da decisão. Eu (Barroso) a defendia.

No debate, disse a ele que viola a dignidade humana impedir que duas pessoas maiores e capazes coloquem seu afeto e sua sexualidade onde mora o seu desejo.

Ele respondeu que a Constituição americana não abriga o princípio da dignidade humana, nem muito menos assegura o direito de manter relações homossexuais. Logo, se o direito não estava na Constituição, ele dependia do legislador.

Insisti um pouco mais: o Estado não tem o direito de impedir que as pessoas façam livremente suas escolhas existenciais básicas.

Ele não concedeu e afirmou: claro que pode; são as maiorias, representadas no parlamento, que decidem o que pode e o que não pode. O debate foi bom, mas ninguém convenceu ninguém

Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais representam a proteção essencial da dignidade humana e da autonomia individual frente ao poder do Estado.

Nascidos das lutas históricas contra o autoritarismo, esses direitos evoluíram de conquistas morais para garantias jurídicas positivadas nas constituições modernas.

A Constituição de 1988 trouxe os direitos fundamentais para o início do texto constitucional, em movimento simbólico que enfrentou tanto o passado ditatorial quanto a tradição de falta de efetividade desses direitos no Brasil.

Dignidade Humana: Fundamento dos Direitos

Após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, funcionando como fonte de irradiação dos direitos humanos.

Incorporado à Carta das Nações Unidas (1945) e à Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), esse princípio fundamenta todas as ordens democráticas.

Valor Intrínseco

Ninguém é meio para realização de metas coletivas ou projetos pessoais de outros

Autonomia Individual

Autodeterminação para escolhas existenciais e ideal de vida boa, com mínimo existencial garantido

Valor Comunitário

Limitação legítima da autonomia por direitos das outras pessoas

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Direitos Humanos

Combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública fundados na dignidade humana. Visam à proteção e desenvolvimento das pessoas em esferas como vida, liberdades, igualdade e justiça.

São pré e supraestatais, funcionando como medida de legitimidade do ordenamento jurídico. Não são concedidos, mas reconhecidos.

Direitos Fundamentais

Direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas.

Possuem propriedades formais (fontes) e materiais (proteção dos indivíduos, participação democrática, igualdade jurídica e satisfação de necessidades básicas).

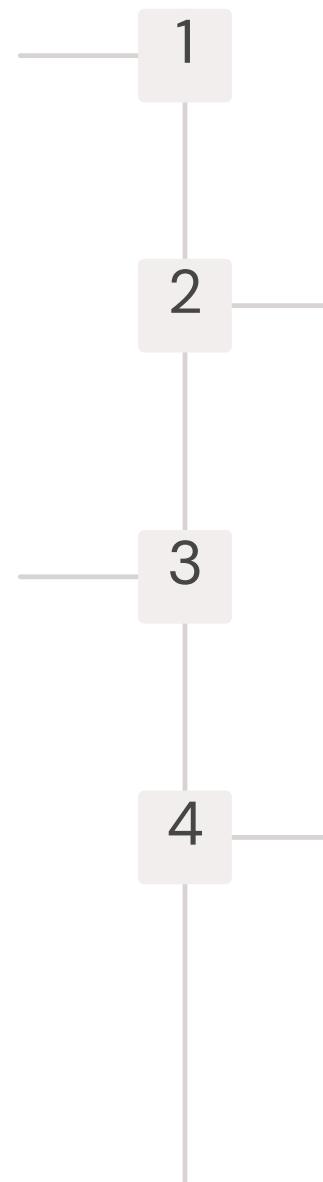
Classificação dos Direitos Fundamentais

Direitos Individuais

Proteção do indivíduo em face do Estado.
Incluem igualdade, liberdade, expressão, religião, privacidade, propriedade e devido processo legal (Art. 5º, 78 incisos)

Direitos Sociais

Prestações estatais para vida digna:
educação, saúde, alimentação, previdência, proteção ao trabalho.
Superação das falhas do mercado



DIREITOS INDIVIDUAIS

O elenco dos direitos individuais está concentrado – embora não seja totalmente exaustivo – nos 78 incisos do art. 5º da Constituição, que incluem:

- (i) o direito à igualdade (inc. I e art. 3º, IV);
- (ii) o direito geral de liberdade (inc. II);
- (iii) a liberdade de expressão, em suas diferentes manifestações (incs. IV e IX);
- (iv) a liberdade religiosa (incs. VI e VIII);
- (v) o direito de privacidade (inc. X);
- (vi) os direitos de reunião e associação (incs. XVI e XVII);
- (vii) o direito de propriedade, inclusive a intelectual (incs. XXII e XXVIII e XXIX);
- (viii) o direito de ir ao Judiciário (inc. XXV);
- (ix) o direito de não ser preso arbitrariamente (LXI);
- (x) o devido processo legal (LIV).

Direitos Políticos

A Constituição de 1988 abriu um capítulo específico para os direitos políticos, no Título dedicado aos direitos e garantias fundamentais (capítulo III, arts. 14 a 16), além de tratar de temas conexos em outras partes do texto. Nela estão previstos:

- (i) mecanismos de participação popular direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, I a III);
- (ii) voto obrigatório para os maiores de 18 anos (art. 14, § 1º, I);
- (iii) voto facultativo para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os que tenham entre 16 e 18 anos (art. 14, § 1º, II);
- (iv) exigência de nacionalidade brasileira para ser eleitor ou candidato (art. 14, §§ 2º e 3º, I);
- (v) requisitos de elegibilidade, como idade mínima e desincompatibilizações (art. 14, § 3º, III, e §§ 6º e 7º);
- (vi) sistema proporcional nas eleições para a Câmara dos Deputados (art. 45) e majoritário para o Senado Federal (art. 46);
- (vii) o “voto direto, secreto, universal e periódico” como limitação material ao poder de emenda à Constituição, i.e., cláusula pétrea (art. 60, § 4º, II).

DIREITOS SOCIAIS

Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social. Seu objeto é assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos.

A Constituição brasileira de 1988 contém um capítulo dedicado aos direitos sociais.

Nos arts. 7º a 11, ela cuida dos direitos dos trabalhadores, incluindo suas associações profissionais e sindicais.

No art. 6º, o texto constitucional identifica um número de direitos sociais em espécie, nos quais se incluem educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

DIREITOS SOCIAIS

No domínio da previdência social está a cobertura de eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, idade avançada, proteção à maternidade e à gestante, bem como ao trabalhador em situação de desemprego involuntário e a pensão por morte.

Já a assistência social visa a atender aos necessitados em geral, às crianças, adolescentes e idosos carentes, assim como aos deficientes que não possam prover a própria manutenção. Existem, igualmente, programas instituídos por legislação ordinária, como o Bolsa-Família e a renda básica de cidadania.

DIREITOS DIFUSOS

Nas últimas décadas, verificou-se o desenvolvimento de uma nova categoria de situações subjetivas que passou a merecer proteção judicial: a dos interesses coletivos ou difusos.

Caracterizam-se eles por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade do seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica a satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui lesão da inteira coletividade.

Dentre as situações previstas na Constituição brasileira, podem ser enquadradas como direitos difusos a preservação do meio ambiente (art. 225), a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII) e a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural (arts. 30, IX, e 216).

As Gerações dos Direitos



Primeira Geração: Liberdade

Estado liberal. Direitos à vida, liberdade, igualdade formal e participação política. Autonomia privada e pública.

Essas gerações são cumulativas, não excludentes. Por isso, alguns autores preferem o termo "dimensões dos direitos".

16

Segunda Geração: Igualdade

Estado social. Liberdades sociais, direitos trabalhistas, sindicalização, greve, salário mínimo, educação, saúde e previdência.



Terceira Geração: Fraternidade

Solidariedade. Direitos fruídos coletivamente: meio ambiente, patrimônio histórico, paz, desenvolvimento e autodeterminação dos povos.

Direitos Fundamentais: Regime Jurídico Diferenciado

Oponibilidade às Maiorias

Direitos fundamentais independem do processo político majoritário. São insuscetíveis de supressão, mesmo por emenda constitucional (Art. 60, § 4º - cláusula pétreia).

Aplicabilidade Direta e Imediata

Não dependem de regulamentação legislativa quando decorrem de normas constitucionais com suficiente densidade jurídica, como o direito subjetivo à educação básica obrigatória.

Catálogo Aberto

Direitos fundamentais não se limitam ao Título II. Estão dispersos no texto constitucional: anterioridade tributária, publicidade das decisões judiciais, proteção ambiental, igualdade familiar.

Ponderação e Proporcionalidade

A ponderação é a técnica para lidar com tensões e colisões entre direitos fundamentais ou entre eles e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Não é critério material, mas itinerário lógico de raciocínio para dar racionalidade e transparência à argumentação.

1

Adequação

Idoneidade do meio para realizar o fim visado

2

Necessidade

Vedaçāo ao excesso - meio menos gravoso deve ser preferido

3

Razoabilidade: Proporcionalidade em Sentido Estrito

A ponderação consiste em atribuir pesos diferentes aos elementos jurídicos e factuais em questão, de modo a definir qual direito, bem jurídico ou princípio terá precedência na situação concreta em exame.

CONFLITO DE DIREITOS E LIMITES: A PONDERAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE.

A PONDERAÇÃO

- A ponderação é a técnica que o Direito concebeu para lidar com as tensões e colisões de direitos fundamentais entre si ou entre eles e outros bens jurídicos relevantes, protegidos constitucionalmente.
- Trata-se, não de um critério material para a solução de problemas, mas de um itinerário lógico de raciocínio, destinado a dar rationalidade e transparência à construção argumentativa feita pelo intérprete.
- A ponderação consiste em atribuir pesos diferentes aos elementos jurídicos e factuais em questão, de modo a definir qual direito, bem jurídico ou princípio terá precedência na situação concreta em exame.

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A razoabilidade passou a expressar um conceito material de justiça, de não arbítrio ou capricho, de racionalidade e justificação dos atos do Poder Público.

- Sua invocação se dá de forma mais difusa, sem maior detalhamento quanto ao conteúdo e elementos.
- Não é razoável, por exemplo: pagar gratificação de férias a servidor inativo; exigir a pesagem do botijão de gás no ato da venda ao consumidor; cobrar contribuição previdenciária de servidor sobre verba que não integrará sua aposentadoria. Há um desencontro entre meio e fim, entre causa e efeito, entre intenção e resultado.

A proporcionalidade, por sua vez, evoluiu, sobretudo, como um mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais.

Referida como princípio, máxima ou postulado, se tornou um mecanismo de controle dividido em três etapas, nas quais se vai verificar:

- (i) a adequação de uma medida para produzir determinado resultado (idoneidade do meio para realizar o fim visado);
- (ii) a necessidade da providência, sendo vedado o excesso (se houver meio menos gravoso para atingir o mesmo fim é ilegítimo o emprego do meio mais gravoso); e
- (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se afere se o fim justifica o meio, vale dizer, se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica.

Alguns autores denominam essa terceira etapa de razoabilidade, porque esta é a parte verdadeiramente substantiva e valorativa da justiça da ponderação.

Reserva do possível é um princípio que limita a atuação do Estado, permitindo que ele cumpra direitos sociais apenas dentro de suas possibilidades financeiras e administrativas

Já o **mínimo existencial** é o conjunto de bens e serviços básicos necessários para uma vida digna, como saúde e educação, que o Estado deve garantir a todos os cidadãos, não sendo limitado pela reserva do possível

O entendimento predominante no STF é que o Estado **não pode** invocar a cláusula da reserva do possível para se eximir de cumprir obrigações que garantam o núcleo essencial do mínimo existencial, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos essenciais ou a matrícula de crianças em creches e escolas.

A proibição do retrocesso social (também conhecida como princípio da vedação do retrocesso social) é um princípio do Direito Constitucional que impede que o Estado, após ter alcançado um determinado patamar de concretização de direitos sociais, anule ou reduza de forma arbitrária essas conquistas

Funciona como uma garantia de que os direitos fundamentais, uma vez efetivados por meio de leis e políticas públicas, tornam-se um patamar mínimo de proteção que o Poder Público (seja o Legislativo, seja o Executivo) tem o dever de preservar

Direito à Vida e Suas Dimensões

O direito à vida aparece como primeiro entre os direitos fundamentais (Art. 5º, *caput*). Embora não seja absoluto, possui peso abstrato maior por ser precondição para exercício dos demais direitos. É, em princípio, indisponível - pactos de morte não são legítimos.

Pena de Morte

A Constituição de 1988 veda expressamente a pena de morte, salvo em caso de declaração de guerra. Essa proibição reflete compromisso com a dignidade humana.

Escolhas Existenciais

O valor objetivo da vida deve ser conciliado com liberdades básicas da dignidade humana: esportes radicais, ajuda humanitária em zonas de guerra, recusa de transfusão por Testemunhas de Jeová.

Direito à Vida e Suas Dimensões

Interrupção de Gestação

Tema divisivo que envolve convicções religiosas e filosóficas profundas.

A criminalização não diminui abortos (OMS), apenas impede que seja feito com segurança, impactando desproporcionalmente mulheres pobres.

Quando o Estado obriga mulher a permanecer grávida contra sua vontade, viola liberdade individual, igualdade e direitos sexuais e reprodutivos.

Liberdade e Igualdade: Pilares Fundamentais

Liberdade

Autodeterminação para escolhas existenciais sem interferências indevidas.

Dimensão negativa (ausência de obstáculos) e positiva (requisitos para concretização da vontade).

A Constituição estabelece direito geral de liberdade (Art. 5º, caput) e liberdades específicas: locomoção, expressão, consciência, crença, culto, reunião, associação e trabalho.

A Constituição de 1988 contempla essas dimensões nos Arts. 3º (objetivos fundamentais) e 5º (igualdade perante a lei).

A Constituição brasileira, no caput do art. 5º, estabelece um direito geral de liberdade.

Conjunto amplo de liberdades básicas, que incluem as liberdades de locomoção (“XV- é livre a locomoção no território nacional...”), de expressão (“IV- é livre a manifestação do pensamento”; “IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; “XIV- é assegurado a todos o acesso à informação”), de consciência, crença e culto (“VI- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos...”), de reunião (“XVI- todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização...”), de associação (“XVII- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”) e de trabalho (“XIII- é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”), em meio a outras.

Liberdade e Igualdade: Pilares Fundamentais

Igualdade

Elemento essencial da democracia.

Todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem mesmo valor e merecem igual respeito e consideração.

Três dimensões: formal (proteção contra privilégios), material (redistribuição de poder e riqueza) e reconhecimento (respeito às minorias e diferenças).

A Constituição de 1988 contempla essas dimensões nos Arts. 3º (objetivos fundamentais) e 5º (igualdade perante a lei).

A igualdade entre todos é elemento essencial da democracia.

Por isso mesmo, a Constituição de 1988 foi quase obsessiva no tratamento do tema.

São inúmeros os dispositivos voltados à sua promoção, como objetivo fundamental da República (art. 3º, I, III e IV), como direito individual (art. 5º, I, XLI, XLII), como proteção aos trabalhadores (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV), como fundamento da ordem econômica (art. 170, VII), como limitação ao poder de tributar (art. 150, II), no âmbito do direito de família, impedindo a desequiparação de mulher e filhos (arts. 226, § 5º, e 227, § 6º) e mesmo entre Estados-membros da Federação (art. 4º, V).

No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa substancialmente em três dimensões:

igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios;

igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social;

igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

A Constituição brasileira de 1988 contempla essas três dimensões da igualdade.

- A igualdade formal vem prevista no art. 5º, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.
- Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).
- Por fim, a igualdade como reconhecimento tem seu lastro em outros dos objetivos fundamentais do país: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Liberdades de Expressão e Religiosa

Liberdade de Expressão

Dupla dimensão: individual (direito de manifestação livre) e coletiva (acesso da sociedade à informação).

- Livre manifestação do pensamento (vedado anonimato)
- Livre expressão intelectual, artística, científica
- Vedaçāo à censura política, ideológica ou artística
- Direito de resposta e indenização por danos
- Proteção à privacidade, honra e imagem

LIBERDADE DE EXPRESSÃO Dispositivos relevantes:

“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:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”.

Liberdades de Expressão e Religiosa

Liberdade Religiosa

Direito fundamental que integra o núcleo essencial da dignidade humana. Expressa o direito de professar crença, frequentar cultos, difundir doutrina.

Laicidade estatal: separação formal entre Estado e Igreja, neutralidade em matéria religiosa, vedação a preferências ou discriminações entre confissões.

Proteção alcança também posições não religiosas: agnosticismo, ateísmo e humanismo.

DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade tradicionalmente designa os poderes de usar, gozar e dispor de bens, assim como o de reivindicá-los de quem os detenha indevidamente.

O direito de propriedade, assim, pode ser decomposto em três elementos:

- (i) um núcleo econômico, que são as faculdades de usar, gozar e dispor;
- (ii) um núcleo jurídico, que são as ações de tutela de domínio de que dispõe o titular para a proteção da propriedade; e
- (iii) um aspecto funcional, que é a exigência de atender à sua função social.

Com relação ao objeto, o direito pode ser exercido sobre: (i) bens móveis; (ii) bens imóveis; e (iii) sobre a propriedade intelectual, que abrange, dentre outros, os direitos do autor e a propriedade industrial.

LIBERDADE RELIGIOSA – Dispositivos relevantes:

“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:

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; [...]⁵⁶

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” [...].

“Art. 210. [...]

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

2 A liberdade religiosa na Constituição de 1988

A Constituição contém dois grandes vetores nessa matéria: o art. 5º, VI, assegura o direito à liberdade religiosa e o art. 19, I, consagra o princípio da laicidade estatal.

A liberdade religiosa constitui direito fundamental, situando-se no plano da autonomia individual e das escolhas existenciais básicas de uma pessoa, integrando o núcleo essencial da dignidade humana.

Ele expressa o direito de professar uma crença, frequentar cultos, difundir sua doutrina e procurar conquistar adeptos.

O papel do Estado, nesse domínio, é proporcionar um ambiente de liberdade, segurança e respeito mútuo entre os fiéis das diferentes concepções religiosas e não religiosas, prevenindo discriminações e assegurando o pluralismo religioso.

A laicidade do Estado, por sua vez, significa, em primeiro lugar, a separação formal entre Estado e Igreja.

Na dimensão institucional a laicidade veda qualquer arranjo político que conduza à fusão entre Estado e religião. Já na dimensão pessoal, impede-se que representantes de religião sejam admitidos enquanto tais como agentes públicos.

Laicidade significa, também, a neutralidade em matéria religiosa, que veda o estabelecimento, pelo Estado, de preferências ou discriminações entre as confissões religiosas, bem como de interferências da religião no exercício de funções estatais.

A proteção conferida pela neutralidade alcança, igualmente, posições ou cosmovisões não religiosas, a exemplo do agnosticismo, do ateísmo e do humanismo, que merecem o mesmo respeito e proteção que qualquer credo.

A laicidade como neutralidade impede que o Estado

- (i) favoreça, promova ou subvencione religiões ou posições não religiosas;
- (ii) obstaculize, discrimine ou embarace religiões ou posições não religiosas; e
- (iii) tenha a sua atuação orientada ou condicionada por religiões ou posições não religiosas.

Muito Obrigado!
Prof. Dr. Irineu Barreto
Direito FMU



@profirineubarreto



XXX