

Samuel Sales Fonteles

# DIREITOS FUNDAMENTAIS

Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e comentários ao artigo  
5º da CF, inciso por inciso, à luz da jurisprudência do STF e do STJ

7ª | revista  
edição | atualizada  
ampliada

2025

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# CAPÍTULO I

## TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1. INTRODUÇÃO

É possível afirmar que o tema “direitos fundamentais” corresponde ao epicentro do Direito Constitucional contemporâneo, dada a sua importância. Como se sabe, **toda Constituição revela três funções básicas: organizar o Estado, organizar os Poderes e enunciar direitos fundamentais**. Mas o que são direitos fundamentais? Aliás, existem direitos constitucionais não fundamentais?

Pois bem.

Segundo Uadi Lammêgo Bulo, sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive (2007, p. 401). Trata-se de uma ótima abordagem para um primeiro contato, ou seja, para iniciar a apreensão do conhecimento. No entanto, com todo respeito ao eminente constitucionalista, a ideia aludida não é suficiente para identificar quando se está diante de um direito fundamental. Exemplificando: o direito à propriedade intelectual e o direito à herança são fundamentais? Bom, valendo-se da exposição transcrita, não é possível concluir com certeza, afinal, seriam tais direitos indispensáveis para a vida, a sobrevivência ou a convivência? Não é o que parece. Como saber, então, se um direito é fundamental? É o que vamos verificar neste momento.

Alguns direitos são indispensáveis para uma existência humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade *etc.* Tais direitos foram denominados de **direito humanos** e estão previstos em *tratados internacionais*. No momento em que os direitos humanos são incorporados na Constituição de um país, eles ganham o *status* de direitos fundamentais. Isso porque o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de direitos humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado Nacional e, por conseguinte, serão tidos por direitos fundamentais. Esta é a descrição exata do processo de *fundamentalização* de um direito. Observe o gráfico abaixo:



A partir dos elementos contidos no desenho acima, **os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos usualmente relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado (e, às vezes, aos próprios particulares), salvaguardando o indivíduo, a coletividade ou a humanidade.** Quando direitos dotados de uma singular dignidade alojam-se explícita ou implicitamente nas entranhas de uma Constituição, para atribuir posições jurídicas a pessoas, individual ou coletivamente consideradas, eles são condecorados com o título de direitos fundamentais. Justamente porque implicam deveres jurídicos ao Estado, os direitos fundamentais são classificados como *elementos limitativos* das Constituições.

São exemplos de direitos fundamentais: a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade, dentre outros. Ora, perceba o leitor que, intencionalmente, fornecemos os mesmos exemplos para ilustrar os direitos humanos e para apontar direitos fundamentais. Infere-se, portanto, que **não existe diferença ontológica entre direitos humanos e direitos fundamentais.** Na essência, ambos possuem o mesmo conteúdo. Substancialmente, não há o que diferenciar, a não ser quanto ao âmbito de previsão de cada qual. Embora não haja unanimidade doutrinária nessa distinção terminológica, é majoritário que **a expressão “direitos humanos” designa direitos previstos em tratados internacionais, enquanto o termo “direitos fundamentais” se refere aos direitos positivados em uma Constituição.** É a terminologia empregada por juristas como Ingo Wolfgang Sarlet.

	Conteúdo	Âmbito de previsão
<b>Direitos Fundamentais</b>	=	Interno: Constituição
<b>Direitos Humanos</b>	=	Externo: Tratados

Assim, em princípio, a Constituição de um país é o documento que alberga direitos fundamentais. Todavia, a própria Constituição Federal de 1988 inovou o tema, na medida em que previu uma **cláusula de abertura (norma com *fattis-pecie aberta*)**, asseverando que os direitos fundamentais nela previstos não excluem outros que derivem do regime democrático, dos tratados internacionais

e dos princípios adotados pela República. Isso significa que, no ordenamento constitucional brasileiro, **o rol de direitos fundamentais não é taxativo ou numerus clausus**, mas sim **exemplificativo** ou **numerus apertus**. É o que estabelece o art. 5º, § 2º da CF/88:

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.

Após essas breves considerações, pergunta-se: o direito do consumidor de ser protegido pelo Estado, na forma da lei, é fundamental? O direito de mover uma ação judicial, buscando guarida no Judiciário, é fundamental? Basta refletir um pouco para verificar que nenhum conceito será suficiente sem a leitura do texto constitucional, eis que o constituinte originário é livre para rotular como direito fundamental aquilo que lhe aprouver. Em outras palavras, embora tenhamos estudado que esses direitos fundamentais são usualmente inerentes a uma existência humana digna, a realidade é que o rótulo de direito fundamental é dado pelo autor da Constituição ao direito que achar por bem. **A fundamentação de um direito somente ocorrerá se o constituinte considerar que é oportuno e que convém.** No Direito Penal, apenas são crimes hediondos aqueles etiquetados como tal pelo legislador (tenha o delito caráter repulsivo ou não). Do mesmo modo, **direito fundamental é tudo que uma Constituição afirmar como tal, ainda que não haja ligação direta ou remota com a dignidade humana.** Em um tom didático, sugere-se a memorização do seguinte axioma:

**“Direito fundamental é tudo o que uma Constituição afirmar como tal”.**

A expressão acima descreve o fenômeno da **fundamentação formal**. Tudo aquilo que uma constituição soberanamente qualificou como fundamental, assim o será. Não há qualquer complexidade. Aliás, para parte da doutrina, esta é a única maneira legítima de reconhecer um direito como fundamental. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em monografia dedicada ao tema, radicalizam: “Um direito é fundamental se e somente (*condição necessária*) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. O elemento formal é também *condição suficiente* da fundamentalidade...” (2014, p. 41).

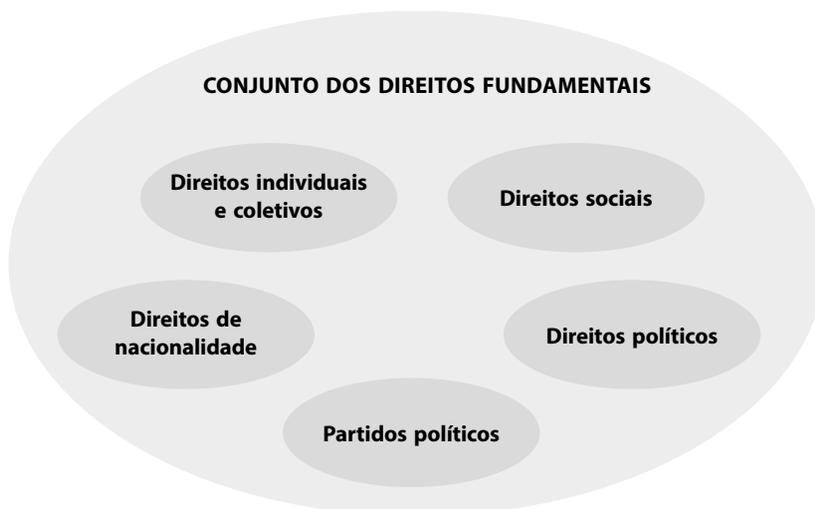
Duas observações são necessárias. Primeiro, é inegável que uma constituição tem poderes para fundamentar qualquer direito, logo, está correto afirmar que direito fundamental é tudo o que uma constituição positivou como tal. Porém, *nada impede que a própria Constituição afirme a possibilidade de existência de direitos fundamentais não formalizados no texto*, mas sediados em outras fontes, como o fez a Carta Brasileira (art. 5º, § 2º). Surge, então, a necessidade de investigar a controversa **fundamentação material**. Embora esta obra seja voltada para concursos públicos, é importante que tenha rigor metodológico e conceitual. Logo, o leitor deverá assimilar a frase acima, mas ainda será necessário ter em mente que parte da doutrina reconhece **direitos materialmente**

**fundamentais.** Segundo Luiz Guilherme Marinoni, apoiado nas lições de Ingo Sarlet, *“tais direitos seriam fundamentais porque repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, quando se diz que possuem uma fundamentalidade material”* (2012, pp. 66-67). Neste caso, também seria necessária uma análise do conteúdo para elucidar se o direito é fundamental ou não, a depender da repercussão na estrutura básica do Estado e da sociedade. O tema é árido porque nossa Constituição é do tipo formal, isto é, são normas constitucionais aquelas elaboradas por uma Assembleia Constituinte, sendo irrelevante o conteúdo dessas normas. Porém, repita-se: a própria Constituição de 1988, *que é formal*, valeu-se de uma norma de inclusão (art. 5º, § 2º), para admitir a fundamentalização material de direitos. Significa que haverá direitos fundamentais não escritos na Magna Carta, mas com a mesma envergadura dos que foram nela positivados

Por fim, quando se diz “Constituição”, entenda-se “Bloco de Constitucionalidade”, isto é, todas as normas constitucionais e também aquelas constantes das convenções de direitos humanos, aprovadas com a mesma formalidade que as emendas (3/5, em dois turnos, nas duas casas do Congresso).

### **E o que, afinal, a Constituição de 1988 afirmou como tal?**

No Título II, consagrou-se que o gênero “Direitos Fundamentais” abrange cinco espécies, cada qual alocada em um capítulo próprio: direitos individuais e coletivos (*sobretudo*, no art. 5º), direitos sociais (art. 6º ao 11), direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), direitos políticos (arts. 14 a 16) e partidos políticos (art. 17). Logo, todo direito social é fundamental, mas não vale a recíproca. No mesmo raciocínio, nem todo direito fundamental é de nacionalidade, mas todo direito de nacionalidade é fundamental. Cuida-se de uma relação matemática de gênero e espécie, podendo ser vislumbrada em conjuntos, conforme se demonstra com os gráficos a seguir:



## 2. CARACTERÍSTICAS

Se não houvesse peculiaridades que diferenciassem os direitos fundamentais dos demais direitos, não faria sentido estudá-los como categoria autônoma. Justamente por representarem uma categoria autônoma, ostentam características próprias, vale dizer, marcas distintivas que a maioria dos direitos não carregam. O timbre de direito fundamental resvala na aplicação de um **regime jurídico próprio**, seja na maneira de interpretá-lo, seja na envergadura que se lhes atribui, seja na solução de antinomias, **seja no reconhecimento de características incomuns aos direitos ordinários**.

Os direitos fundamentais são, por excelência, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, indisponíveis, históricos, não taxativos e relativos. Passamos, então, ao estudo das características mais apontadas pela doutrina, uma a uma. Ei-las:

### 2.1. O vínculo usual com a dignidade humana

Quase sempre, os direitos fundamentais serão aqueles essenciais a uma existência digna. Tal é o critério para que direitos sejam eleitos como fundamentais pelo constituinte, que utiliza como matéria-prima os direitos humanos e – para quem acredita na existência deles – os direitos naturais. Esta é a razão pela qual uma enorme quantidade de direitos humanos também foi erigida como direitos fundamentais nas constituições do mundo, a exemplo da saúde, moradia, educação, vida, liberdade, igualdade *etc.*

Surge, então, uma dificuldade inicial. Sabendo-se que direitos fundamentais são aqueles usualmente dotados de uma singular dignidade e que, a seu turno, assim devem ser entendidos os direitos conexos com a dignidade humana, pergunta-se: **o que se entende por dignidade humana?**

Como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, em monografia dedicada ao estudo do tema, “[...] já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é” (2012, posição 699, *Kindle Edition*). Na mesma obra, realçando a porosidade da dignidade humana, Ingo Sarlet arremata: “[...] se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade humana”. (2012, posição 68, *Kindle Edition*). De maneira realista, Luís Roberto Barroso chegou a afirmar que “[...] **em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores**” (2014, pp. 9-10).

O STF nem sempre tem feito bom uso da dignidade humana na sua jurisprudência. Por exemplo, a dignidade humana chegou a ser invocada até mesmo para fundamentar a inconstitucionalidade da transformação de taxistas

autônomos em permissionários (RE 359.444). Daí por que Virgílio Afonso da Silva, de maneira acertada, adverte que “[...] com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana” (2011, p. 195).

Inúmeros filósofos, teólogos e juristas se dedicaram a elucidar o significado da dignidade humana, dentre eles São Tomás de Aquino, Kant e Hegel. De toda sorte, sempre atento à objetividade que deve permear esta obra, convém ir direto ao ponto central: **tem prevalecido a corrente pela qual a dignidade humana assume o significado e os contornos defendidos por Kant.** Para um entendimento exato, nada melhor do que as palavras do próprio Kant, citado por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, posição 547 – Kindle Edition):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade.

**Para Kant, o ser humano não pode ser instrumentalizado, vale dizer, utilizado como um instrumento para a consecução de fins egoísticos ou nada edificantes.** É possível simplificar da seguinte maneira: à luz da ideia de dignidade humana, pessoas não podem ser *usadas*.

De maneira muito similar ao entendimento de Kant, colhe-se a lição de Giorgio Del Vecchio, Professor Emérito da Universidade de Roma, para quem “[...] a pessoa humana tem sempre em si qualquer coisa de sagrado, e não é lícito, conseqüentemente, tratá-la como um simples meio para alcançar um fim extrínseco a si mesma” (VECCHIO, 2015, p. 1419).

Numa compreensão kantista, que é majoritariamente adotada, a dignidade humana é imanente ao ser humano, ou seja, basta ser pessoa para titularizá-la. Ao contrário, para Hegel, que sustentou posição minoritária, a dignidade humana dependeria da verificação de algumas condições, sem as quais o ser humano não a portaria consigo. Logo, a prevalecer a compreensão kantiana, **toda pessoa humana tem uma dignidade intrínseca**, sendo irrelevante que seja capaz ou incapaz, dotada ou não de autodeterminação. Aliás, se existe uma terminologia legal infeliz, sem dúvidas é a referente à incapacidade civil. Etiquetar um ser humano de “incapaz” é uma conduta esterilizante e subestimadora.

**A regra, então, é que exista um vínculo entre direitos fundamentais e dignidade humana, embora nada impeça a fundamentalização de um direito cuja temática seja alheia ao ser humano.** Tudo dependerá do texto

constitucional e da opção do constituinte, que tem liberdade para elencar aquilo que achar por bem. A Constituição pode fundamentalizar direitos dispensáveis a uma existência digna, sem os quais seria perfeitamente possível viver, conviver ou sobreviver. Se o fizer, isso é suficiente para reconhecê-los como tal. O FGTS foi classificado como direito fundamental pela Constituição brasileira (art. 7º, III, CF/88), mas está longe de afigurar-se como um direito necessário a uma existência humana digna, afinal, servidores públicos estatutários não possuem esse direito, e nem por isso se diz que não são respeitados no que toca à dignidade humana. Inversamente, pode uma Constituição, a despeito da inegável conexão de um direito com a dignidade humana, silenciar quanto à sua proteção. Um bom exemplo é fornecido pela Constituição Espanhola de 1978, que simplesmente não consagrou o direito à saúde como fundamental, embora a ligação desse direito com a dignidade humana seja incontroversa (SARLET, 2015, posição 1730, *Kindle Edition*).

Conclui-se que uma Constituição é livre para fabricar seu próprio catálogo de direitos fundamentais, mas é insofismável que a dignidade humana é a maior inspiração para a tomada dessa decisão. Repita-se: direitos fundamentais são dotados de uma singular dignidade, seja porque usualmente tutelam a dignidade humana, seja porque, a despeito de não tutelarem a essência da pessoa humana, simplesmente receberam essa condecoração (a rubrica de direitos fundamentais) da Constituição que os previu.

## 2.2. Inalienabilidade

Os direitos fundamentais não podem ser alienados, isto é, são intransferíveis, seja a título gratuito (doação) ou oneroso (compra e venda). Não é possível, por exemplo, vender a própria liberdade, tampouco se admite que seja doado o direito à vida. Não obstante, convém lembrar que o próprio texto constitucional cuidou de excepcionar essa regra no caso dos **direitos autorais**. Estes são transmissíveis aos herdeiros pelo tempo em que a lei fixar (art. 5º, XXVII, CF/88).

Todavia, é imprescindível fazer um esclarecimento. De fato, o direito à propriedade é considerado direito fundamental. Por outro lado, em regra, um proprietário pode alienar livremente seus bens. Cumpre indagar: como é possível que o proprietário aliene seus bens, se o direito de propriedade, que é direito fundamental, é inalienável? A questão é simples, mas infelizmente nem todos percebem a sutileza do raciocínio. A propriedade, *per si*, pode ser vendida, mas jamais o proprietário poderá vender seu direito de se tornar novamente proprietário de outros bens. Um exemplo elucidará a questão. Se um pescador está com fome e pesca alguns peixes no mar, a quem pertencem esses peixes? Ao pescador, que exerceu o seu direito de se apropriar de uma *res nullius*. É perfeitamente possível que o pescador venda esses peixes, mas jamais poderá vender o seu direito de se apropriar de novos peixes que venha a pescar no futuro.

Portanto, o direito à propriedade é inalienável. A coisa sobre a qual recai a propriedade, em si mesma, pode ser alienada.

### 2.3. Irrenunciabilidade

Exatamente pelo vínculo com a dignidade humana, e porque ninguém consegue se despir da própria dignidade – que é intrínseca e imanente –, direitos fundamentais não admitem renúncia. Noutras palavras, não se pode abdicar deles. Quando muito, seu titular não exercerá um direito fundamental, mas não poderá dele abrir mão.

Imaginemos que determinada pessoa peça dinheiro emprestado e se submeta a juros extorsivos, acima do limite legal. Imaginemos ainda que o mutuante expressamente tenha renunciado, por cláusula contratual, ao direito de discutir a dívida em juízo. Tal cláusula tem validade? Evidentemente que não, afinal, não se pode abdicar do direito fundamental de buscar guarida no Judiciário, exercendo o direito de ação (art. 5º, XXXV, CF/88).

Aliás, é nesse contexto que se busca aquilatar até que ponto a arbitragem, meio extrajudicial de solução de conflitos, pode ser considerada constitucional, eis que as partes acabam abdicando do direito de buscar o Estado-juiz, para que a lide seja resolvida por um árbitro, cuja sentença terá efeitos de título executivo judicial (art. 515, VII, CPC/2015). Tem prevalecido na doutrina que a arbitragem é constitucional, uma vez que apenas recai sobre direitos patrimoniais disponíveis, posição chancelada pelo próprio Supremo Tribunal Federal (homologação de sentença arbitral estrangeira n.º 5.206, competência que, após a EC n.º 45/04, passou a ser do STJ).

Todo cuidado é pouco com o direito fundamental à herança (art. 5º, XXX, CF/88), uma vez que tem sido apontado por parte da doutrina como uma exceção, ante a possibilidade de renúncia por parte dos herdeiros (MARMELSTEIN, 2014, p. 427). De fato, ninguém é obrigado a herdar. Porém, com o devido acatamento, entendemos que esta posição ignora a distinção entre o genérico direito à sucessão aberta, que é irrenunciável, e o direito a uma herança específica, este sim passível de renúncia mediante termo judicial ou instrumento público. De toda sorte, advertimos o leitor para a possibilidade de que o direito de herança seja apontado como uma exceção à característica da irrenunciabilidade.

Em suma, *classicamente*, direitos fundamentais são irrenunciáveis como regra.

Em sentido contrário ao aqui defendido, parte da doutrina tem sustentado que é possível renunciar a direitos fundamentais de um modo geral, ou seja, não apenas em casos específicos como o que envolve o direito de herança. Este é o ponto de vista, por exemplo, de Marcelo Schenk Duque, tal como expresso em monografia dedicada ao exame do tema. Segundo ele, em se tratando de renúncia consciente e voluntária sobre bens determinados, o ato de renunciar

pode situar-se no espaço de desenvolvimento da personalidade (DUQUE, 2014, p. 109). Mesmo assim, o jurista da Escola de Direito Constitucional da UFRGS aponta algumas ressalvas:

- a renúncia a direitos fundamentais só poderia ocorrer de maneira *parcial* (DUQUE, 2014, p. 110). Não se admitiria, pois, renúncia cuja extensão alcance o chamado conteúdo essencial dos direitos fundamentais (DUQUE, 2014, p. 111);
- não seria possível abdicar do exercício do direito quando interesses de terceiros venham a ser atingidos (DUQUE, 2014, p. 110);
- seria admissível a exigência de capacidade civil, porque revestida de índole protetiva, inclusive, no que concerne a um livre consentimento *plenamente informado* (DUQUE, 2014, p. 112);
- toda renúncia a direito fundamental há de ser reversível. Ante a impossibilidade de restituição do *status quo ante*, não será possível renunciar (DUQUE, 2014, p. 116);
- A dignidade humana não pode ser objeto de renúncia. No entanto, o próprio autor reconheceria que “em casos concretos nem sempre será fácil determinar o que a dignidade humana constitui objetivamente” (DUQUE, 2014, p. 114).

Pois bem.

O ponto de vista do Professor é respeitável, mas não soa tão persuasivo. Sobretudo, porque, uma vez acolhida pelo próprio autor a premissa de que a dignidade humana é irrenunciável (DUQUE, 2014, p. 114), o consectário natural seria inferir a impossibilidade de abdicação de *quase todos os direitos fundamentais*, afinal, por definição, direitos fundamentais são aqueles constitucionalizados por um Estado que os reconhece como inerentes a uma existência humana digna – daí por que não há diferença ontológica com os direitos humanos. Marcelo Duque chega a, inclusive, propor uma ponderação da dignidade humana, equacionando-a com a autodeterminação (2014. p. 114). De toda sorte, o debate é prejudicado pela *ausência de conceitos compartilhados*. Duque se filia à acepção pela qual renunciar a um direito fundamental equivale a não exercitá-lo (DUQUE, 2014, p. 107), premissa não acolhida nesta obra.

Com o advento da EC n.º 131/2023, o próprio texto constitucional previu mais hipótese de renúncia a direitos fundamentais. Admite-se a formulação de pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente, ressalvadas as situações que acarretem apatridia.

## 2.4. Indisponibilidade

Ora, considerando que, como regra, os direitos fundamentais não podem ser alienados e nem renunciados, conclui-se que estão fora do âmbito

de disposição do seu titular. Daí serem indisponíveis. A indisponibilidade é, por excelência, uma resultante da inalienabilidade e da irrenunciabilidade. Em suma: não se pode *dispor* dessa fração tão valiosa de direitos.

No contexto da indisponibilidade, averba o Código Civil de 2002 que “*Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*” (art. 13). Isso retira, por exemplo, a possibilidade de que alguém consinta validamente com uma amputação *não exigida pela Medicina*. Este é o caso dos **wannabes**. Também chamados de apotemnófilos, os *wannabes* “são pessoas com um desejo compulsivo pela amputação de um membro específico” (KONDER, 2003, p. 65). Às vezes, a iniciativa de amputação é oriunda de uma admiração pela capacidade de superação dos portadores de necessidades especiais, podendo ocorrer também um “obsessivo anseio de especial atenção e cuidado que adviriam da mutilação” (SCHREIBER, 2018, p. 140).

Tamanha a vontade de extirpar um componente do corpo, muitos se socorrem de mutilações clandestinas ou até mesmo de comportamentos violentos autorreferentes, por exemplo, decepar o próprio braço com uma guilhotina artesanal ou amarrar as próprias pernas com um torniquete, mergulhando-as no gelo, na esperança de que a gangrena seja avaliada clinicamente como uma causa justificadora de uma cirurgia de amputação (KONDER, 2003, p. 66). Portanto, alguns são capazes de praticar comportamentos autodestrutivos e de automutilação para conseguir o que desejam. Infelizmente, como é previsível, há também os que morrem nesse percurso existencial.

Apesar do acentuado desespero desta parcela da população, a cirurgia não é admitida como modalidade terapêutica. Esta, aliás, é uma reivindicação político-social dos *wannabes*. Isso porque ainda não foi cabal e cientificamente refutada a concepção pela qual esta condição traduziria um distúrbio de adequação anatômica (SCHREIBER, 2018, p. 140). Referindo-se ao “tratamento radical” (amputações), Carlos Nelson Konder observa que, “no atual momento, ele parece ferir a dignidade destas pessoas mais do que realizá-las” (2003, p. 66). Para conseguir amputar as pernas, há pacientes que ameaçam deitar nos trilhos de um trem. Alguns médicos, inclusive, acabam cedendo a *chantagens*, o que já ocorreu na Escócia (SCHREIBER, 2018, p. 140).

Portanto, em face da indisponibilidade do direito fundamental à saúde, a menos que se trate de uma exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando isto implicar uma diminuição permanente da integridade física. O transplante de órgãos, como é intuitivo, é permitido pela lei (art. 13, parágrafo único, CC/02).

O clássico dogma da indisponibilidade dos direitos fundamentais também tem sido revisitado pela literatura. Este é o caso, por exemplo, de Letícia de Campos Velho Martel, conforme se vislumbra no estudo “Indisponibilidade dos

Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010”.

## 2.5. Historicidade

Não é difícil perceber que os direitos fundamentais são fruto de uma época, assumindo, então, uma feição histórica. Uma Constituição, sobretudo se dogmática, fotografa os valores de uma sociedade, em um dado momento no curso da História. Assim, o direito fundamental ao patrimônio genético do indivíduo, por exemplo, não surgiria no início do Século XX, pois a sociedade estava aquém das descobertas científicas relacionadas ao biodireito. Do mesmo modo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi inaugurado pela Constituição de 1988, algo inimaginável na Carta de 1824. A depender do momento histórico, os direitos fundamentais podem existir ou não.

## 2.6. Não taxatividade

Como já afirmado alhures, os direitos fundamentais estão previstos em uma lista aberta, havendo outros implícitos ou que derivam do regime democrático, dos princípios e dos tratados internacionais. Um possível exemplo seria o **direito fundamental à busca da felicidade**, que, embora não esteja previsto na Constituição, foi invocado pelo STF para reconhecer a validade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como corolário do princípio da dignidade humana (ADPF 132/RJ – 05/05/2011).

A propósito, a título de curiosidade, o chamado direito à felicidade foi previsto na **Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)**, documento que rompia os grilhões das Treze Colônias, que até então estavam subjugadas pela Grã-Bretanha. Exatamente por ser *anterior ao Direito Positivo*, a referida Declaração fez uso do **Direito Natural**, asseverando que **o direito à busca da felicidade** (“*pursuit of Happiness*”) **seria inalienável e concedido “pelo Criador”**. A rigor, tal direito não está previsto nem mesmo na Constituição dos Estados Unidos, com mais razão descabe cogitar da sua existência na Constituição do Brasil. A bilateralidade atributiva faz com que cada direito possua um correlato dever. Se um indivíduo fosse mesmo titular do *direito* de ser feliz, ao Estado incumbiria o *dever* de fazê-lo feliz. A conclusão é risível. Na realidade, *o que se quer dizer* nesse contexto é que o Estado não pode tolher a liberdade dos seres humanos para que efetuem escolhas existenciais. Com isto, é de se concordar. Porém, isto já tem nome: direito à liberdade. Ou, como alguns preferem, dignidade humana como autonomia. Em suma: o chamado “direito à felicidade” não passa de um rótulo impreciso para designar o direito constitucional à liberdade. Então, se o dever é bem informar, quando a jurisprudência brasileira faz alusão ao “direito à felicidade”, a fonte nunca foi autoritativa. A ideia foi extraída de uma frase política, escrita em um documento político, no século XVIII, em outro país. Salvo melhor juízo, algo muito distante no tempo e no espaço.

## 2.7. Imprescritibilidade

Não há prazo prescricional ou decadencial para o exercício de um direito fundamental. Tais direitos subsistem durante toda a existência do indivíduo. A *pretensão* de fazer valer um direito fundamental em juízo é imune à prescrição, assim como o direito, em si mesmo considerado, é infenso à decadência. Uma **exceção** a esta característica é o **direito de resposta**. Segundo o artigo 3º da Lei n.º 13.188/2015, o direito de resposta deve ser exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contando-se da data de divulgação da matéria ofensiva.

Trata-se de um dispositivo de duvidosa constitucionalidade, na medida em que fulmina um direito constitucional e fundamental apenas porque não exercido em um lapso de tempo absolutamente precoce. Basta lembrar que alguns agentes públicos possuem a chamada licença-prêmio, cuja duração pode ser de 90 (noventa) dias. Outros possuem férias de 60 (sessenta) dias. Neste caso, uma viagem para o exterior pode colocar a pessoa agravada em uma situação alienante, de completo desconhecimento a respeito da ofensa sofrida. Mormente, quando o dano advier de um veículo de comunicação social mais modesto, como é o caso dos jornais regionais ou locais. Não raro, em viagens desta natureza, o turista deliberadamente planeja a sua *desconexão* com o local de origem. Ainda que a lei permita que parentes adotem as providências, nem todos foram brindados com uma família (viva). Quando um direito fundamental expira em dois meses, a sua fundamentalidade não foi acolhida pelo legislador. Entretanto, a fundamentalização de um direito incumbe ao constituinte, a quem a lei deve obediência.

Seja como for, o fato é que a lei não atingiu o direito fundamental de resposta em abstrato, mas apenas em concreto. Se decaiu o direito de resposta, porque não exercido em 60 (sessenta) dias, isso não impede que, no futuro, diante de uma nova ofensa, o direito venha a ser exercido. Portanto, adotando-se este referencial, o direito continua a ser inoxidável, como ensina a doutrina clássica. O direito de resposta a uma dada ofensa decai, mas jamais decairá o direito de responder às ofensas vindouras.

## 2.8. Relatividade

Diz-se que direitos fundamentais não são absolutos. É o que prevalece na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Aliás, não há qualquer novidade nesta concepção. No início do século XX, já se afirmava que direitos não eram absolutos, embora o fundamento apresentado à época fosse diverso daqueles declinados nos dias atuais: na lição de Georges Ripert, “*o direito não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo*” (1943, p. 233). A propósito, alguns avançam para defender até mesmo a caótica ideia de que “A norma da dignidade humana não é um princípio absoluto” (ALEXY, 2011, p. 114).

Este tem sido o mantra do Direito Constitucional Contemporâneo: direitos fundamentais não são absolutos. Por fim, após proclamarem esta regra, Professores se encarregam de indicar exceções supostamente extraordinárias: a) o direito de não ser torturado; b) o direito de não ser escravizado etc. Este é o estado da arte do Direito Constitucional, que, salvo melhor juízo, requer uma *revisão de literatura* para que outros tantos direitos também sejam considerados como absolutos.

Antes de aprofundar o tema, convém delimitar o significado correlato. Mais importante do que saber se está correto dizer que direitos fundamentais não são absolutos é compreender *o que se quer dizer com isto*.

Hoje, não tem sido esse o sentido empregado. O debate sobre a absolutização de direitos é permeado por uma confusão linguística. No Brasil, dificilmente interlocutores se referem à mesma coisa, mesmo quando empregam a mesma palavra. Afinal, o que se pretende exprimir quando se enfatiza que direitos fundamentais não são absolutos? Há pelo menos dois significados:

(i) por *absoluto*, alguns entendem tudo aquilo que o texto constitucional não ressalvou.

(ii) por *absoluto*, outros entendem tudo aquilo que não pode ser objeto de ponderação.

Veremos que, a rigor, **qualquer que seja o sentido adotado, há, sim, muitos direitos fundamentais absolutos.**

Se adotada a acepção (i), é simples encontrar direitos não ressalvados pelo texto constitucional. Afinal, ninguém pode sofrer prisão perpétua (art. 5, XLVII, “b”). Nesse sentido, o direito de não ser preso perpetuamente também seria, então, absoluto. Nesta primeira acepção, também seria “absoluto” o direito de o brasileiro nato não sofrer extradição (art. 5, LI). Isso porque, do mesmo modo, não existe ressalva no texto constitucional. Ou o direito de não ser sancionado com uma pena de caráter forçado (art. 5º, XLVII, “c”). Ou ainda o direito de não ser punido com uma pena cruel (art. 5º, XLVII, “e”). Mencione-se, por fim, o direito de não ser banido (art. 5º, XLVII, “d”). E inúmeros outros exemplos poderiam ser fornecidos, na medida em que existem muitas regras proclamadas pelo constituinte sem que ele tenha excepcionado a si mesmo.

Portanto, se esse é o seu critério para absolutizar direitos – ausência de exceção no texto constitucional –, prepare-se para encontrar muitos deles, ao ponto de a exceção convolar-se em regra.

Prossigamos.

Alguns estão empregando o segundo critério (ii), que é mais sofisticado: o caráter absoluto de um direito significa impossibilidade de ponderação. Porque direitos fundamentais estão usualmente abrigados em normas **princípios**,

categoria que admite **ponderação**, tais direitos seriam relativos. Esta é a justificativa mais técnica, baseada na doutrina de Robert Alexy. Em suma, para esta segunda compreensão, absolutos são os direitos “imponderáveis” e direitos fundamentais invariavelmente poderiam ser ponderados.

O erro consiste na conclusão preconceituosa – porque apriorística – de que todos os direitos fundamentais estão sediados no que Alexy chama de normas princípio. Há pelo menos três modelos possíveis a esse respeito: a) um sistema puro de regras; b) um sistema puro de princípios e c) um modelo híbrido. O constituinte escolhe o que lhe aprouver. Como bem ensina o constitucionalista português Jorge Reis Novaes, **o poder constituinte às vezes prevê direitos fundamentais em normas constitucionais com estrutura de regra**. Nesses casos, a ponderação entre valores conflitantes *já foi realizada* pelo próprio constituinte, que entendeu de tipificar o direito em uma previsão “fechada e absoluta” (NOVAIS, 2003, p. 577). Nas suas palavras, “O legislador constituinte pode considerar mais adequado fazer, ele próprio, desde logo, todas as ponderações [...] e, nessa medida, retirar aos poderes constituídos qualquer possibilidade de alterar a opção que, em função dessas ponderações, ele decidiu tomar” (NOVAIS, 2003, p. 577).

Ao proibir provas ilícitas, por exemplo, o constituinte preferiu experimentar o efeito colateral da impunidade de infratores ao estímulo de que direitos fossem violados para que provas fossem produzidas. Tal já se afigura como uma ponderação. A regra da Constituição portuguesa que reputou inadmissíveis as provas ilícitas (art. 32, n.º 8) é um exemplo disso. Para Jorge Reis Novais, o constituinte ponderou dois valores em conflito: a punição de criminosos – com a consequente repressão ao crime – e a privacidade (como dimensão da dignidade humana). Preferiu esta àquela e, com isto, *o constituinte admitiu tacitamente que criminosos ficassem impunes*. Afinal, assim, alcança-se o bem cujo peso foi considerado maior na ponderação, qual seja, o valor de que pessoas não sejam incriminadas por provas produzidas ilicitamente (NOVAIS, 2003, p. 578). A escolha pode não ser adequada, mas indiscutivelmente foi efetuada e, uma vez realizada essa opção, resta alterá-la no processo de revisão constitucional (NOVAIS, 2003, p. 579). Claro, se isto se afigurar possível.

Em síntese, **se o próprio constituinte já ponderou, descabe ao magistrado ponderar a ponderação**. *O constitucionalmente ponderado é judicialmente imponderável*.

Nota-se que o mantra de que direitos fundamentais não são absolutos dificilmente resiste a uma análise mais atenta do que se passa na Teoria Constitucional. E as “exceções” não devem ser vistas como espécimes raras, exóticas, que destoam do comum e rotineiro. Pelo contrário: **direitos fundamentais podem, sim, ser imponderáveis. Claro, se eventualmente o constituinte assim o estabeleceu**.

Feita essa análise crítica, convém estudar as famosas hipóteses de tortura e escravidão. Vem ganhando força a corrente pela qual o **direito de não se submeter à tortura** seria absoluto, não comportando restrições. Outros mencionam, ainda, o **direito de não ser escravizado**. É possível, inclusive, encontrar julgados nesse sentido, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se pode vislumbrar no trecho da decisão transcrita a seguir (Ap. Cível Nº 70037772159, 5ª Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, 20/04/2011):

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar da República, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão de liberdades individuais consagradas. Constata-se a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que não permite ser atingido por qualquer tipo de interpretação, e o princípio orientador desse núcleo será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, somente será possível limitar um direito fundamental até o ponto de o princípio da dignidade da pessoa humana não for agredido, porquanto existem direitos fundamentais considerados absolutos. A vedação à tortura deve ser considerada um direito fundamental absoluto, pois a mínima prática de sevícias já é capaz de atingir frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o proclamado no art. 2º da declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura, que dispõe que todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

**A dignidade humana é mesmo inegociável. Não há ponderação que permita a tortura de um ser humano.** Em uma tentativa retórica de refutar isto, alguns escritores têm feito alusão ao dilema ético do **Cenário da Bomba-Relógio (*Ticking Bomb Scenario*)**. Trata-se de um contexto *extremo* e *artificialmente* desenvolvido, no âmbito das Escolhas Trágicas (*Tragic Choices*), para *induzir* o interlocutor a concordar com uma prática desumana, ainda que de maneira excepcional, nos termos descritos a seguir: suponhamos que um terrorista seja capturado e que ele revele ter escondido uma bomba capaz de matar milhares de pessoas nas próximas horas. Seria lícito torturá-lo para obter a informação sobre a localização do artefato explosivo e, com isto, poupar milhares de vidas? Este é o dilema proposto no *Ticking Bomb Scenario*. Diante desta situação extrema, um **primeiro grupo** raciocina de maneira *utilitarista* e responde afirmativamente. Trata-se de uma resposta precipitada e perigosa, que ignora alguns detalhes subjacentes que serão logo demonstrados. Um **segundo grupo**, temeroso de que a exceção venha a ser banalizada e se estenda para

outros casos, responde negativamente. Este argumento é bastante frágil, porque desconsidera que, se a situação apresentada é hipotética e artificial, nada impediria que o proponente do desafio a transformasse *arbitrariamente* em uma nova hipótese: “suponhamos que fosse possível termos certeza de que isso *jamais se repetiria no futuro*, você seria favorável à tortura apenas neste caso?”. Um **terceiro grupo** lança a objeção de que jamais seria possível se certificar de que o terrorista, mesmo submetido a um intenso sofrimento, realmente revelaria onde escondeu a bomba, de modo a salvar milhares de vidas. Mais uma vez, repita-se: este argumento é vulnerável, porque não leva em consideração que, se a situação apresentada é hipotética e artificial, o proponente do desafio teria liberdade para dificultar a hipótese apresentada: “suponhamos que fosse possível termos certeza de que a pessoa torturada *realmente colaboraria de maneira exitosa* para salvar vidas, isto lhe faria concordar com a tortura, somente neste caso?”. Um **quarto grupo** de debatedores questiona que inocentes poderiam ser torturados equivocadamente. Ora, *a contrario sensu*, para estes, culpados poderiam ser torturados, o que é bastante perigoso. Mesmo assim, a criatividade do desafiador poderia levar a uma adaptação do dilema ético, forçando uma nova situação artificial: “suponhamos que fosse possível termos certeza de que a pessoa torturada era *culpada*, isto lhe faria concordar com a tortura, nos limites da situação narrada?”. Em geral, essas são as opiniões mais externadas em debates sobre o tema.

Pois bem.

*Nenhuma das respostas apresentadas ao Cenário da Bomba-Relógio, até então, verticalizaram a questão como ela merece.* Em primeiro lugar, perguntas jurídicas devem ser formuladas em condições normais de temperatura e pressão, não em situações extremas e artificialmente desenvolvidas para gerar distorções. Isso porque, conforme a cátedra de Herbert Hart, na Filosofia do Direito, as regras podem acomodar infinitas exceções implícitas (*defeasibility*). Por exemplo, o Direito repudia os atos de antropofagia. Contudo, após 3 (três) semanas à deriva, o canibalismo salvou um grupo de náufragos no Caribe. Após morrerem de fome, alguns náufragos foram devorados para assegurar a sobrevivência dos demais. Esta situação extrema, que destoa absolutamente da usual, não afasta a regra pela qual os atos de canibalismo são usualmente delituosos e repugnam à moral. Quando dirigidos contra pessoa ainda viva, a situação traduz lesão corporal ou homicídio, a depender do resultado. Se praticados contra pessoa morta, restará configurado o delito de vilipêndio de cadáver (art. 212, CP). Um homem pode ser contrário ao canibalismo e, apesar disto, se inserido em um contexto *instintivo de sobrevivência*, abdicar episodicamente da sua tábua de valores. Nem por isso se pode considerá-lo como infiel aos seus valores. Muitos pais e muitas mães, que repudiam a tortura, seriam capazes de torturar sequestradores para que, uma vez revelado o local do cativo, libertassem seus filhos. Todas estas situações extremas e instintivas serão avaliadas por um Juiz, à luz das excludentes de ilicitude e de culpabilidade, mas não há um salvo-conduto