

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS: história, definição e diferenças**

Andréa Rodrigues de Oliveira Munhoz<sup>1</sup>

Karen de Oliveira Munhoz<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Este artigo analisa o tema “direitos fundamentais: história, definição e diferenças” e procura estudar parte da história da evolução dos direitos humanos no direito comparado e no direito nacional. Visa ainda verificar a partir da discussão de autores qual a melhor definição para os direitos fundamentais, bem como visa, de forma singela, traçar a diferença entre direitos e garantias fundamentais. Ainda que não seja possível esgotar o tema ou aprofundar conclusivamente ao tema, esse artigo visa provocar a curiosidade do leitor de forma que embates e discussões acerca de tema venham à pauta do dia.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS FUNDAMENTAIS. HISTÓRIA. DEFINIÇÃO. DIFERENÇAS.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Instituto Vianna Júnior de Juiz de Fora/MG, Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ e Mestre em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Juiz de Fora/MG; Professora Universitária da Faculdade de Ciências Jurídicas Vianna Júnior (FIVJ) de Juiz de Fora/MG nas disciplinas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Prática Trabalhista. Coordenadora do Núcleo de Pós Graduação do Instituto Vianna Junior. Advogada militante na esfera trabalhista.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pelo Instituto Vianna Junior de Juiz de Fora/MG.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo não visa esgotar o tema, porém, remonta a história dos direitos fundamentais através da pesquisa de várias doutrinas clássicas acerca do tema. O remontagem histórica inicia-se desde os tempos em que a sociedade se diviria em proprietários e não-proprietários, evoluindo para as cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais como, por exemplo, a Carta Magna, *Petition of Rights* e outros, até chegar ao período pós 2ª Guerra Mundial.

Num segundo momento, debruça-se sobre a definição dos direitos fundamentais, onde se busca no direito nacional e comparado definir o instituto sob vários aspectos doutrinários e ainda demonstrar a transformação e ampliação dos Direitos Fundamentais do homem ao longo da história.

Como terceiro e último tema traz-se a baila a discussão da doutrina clássica acerca da diferença entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. Investiga-se se tal diferença existe, e para tanto procura-se individualizar os institutos de forma analisá-los independentemente buscando verificar qual a função de direitos fundamentais e qual a função de garantias fundamentais.

### **1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: breve histórico**

Assevera Neri Luiz Cenzi (2012, p. 86) que a entrada em vigor da Constituição de 1988 foi a “consagração do Estado Democrático, cujos princípios básicos são os de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem estar, a igualdade e o desenvolvimento” e que esses valores foram erguidos à supremacia, pois são o auge de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Não se pretende esgotar o tema, porém importante se faz verificar a evolução e o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem os quais, no passado, não se apresentavam em enunciados tão explícitos como ocorre hoje. Nesse sentido José Afonso da Silva (2005, p. 149) ensina que o “reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de

direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades”, já que a cada passo na evolução da humanidade implica na aquisição de novos direitos. E continua dizendo que mais do que conquista, reconhecer esses direitos “caracteriza-se como reconquista de algo que em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários” (SILVA, 2005, p. 149).

Informa, ainda, o mesmo autor que, remontando à história dos direitos fundamentais que, com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, aparece uma forma social de subordinação e de opressão, já que o titular da propriedade “impõe seu domínio e subordina aos que se relacionam com a coisa apropriada” (SILVA, 2005, p. 150), e isso fez surgir uma “forma de poder externo à sociedade, que, por necessitar impor-se e fazer-se valer eficazmente” (SILVA, 2005, p. 149) sua imposição para proteger sua propriedade, o homem se torna político. Nesse período o Estado se configura como aparato necessário para dar sustentação para esse tipo de dominação.

O homem para conquistar e manter a titularidade de sua propriedade começa a exercer o poder de autoridade, que passa ser controlado pelo Estado o qual, desmedidamente, ofende os direitos naturais frente à organização estatal. Paulo Bonavides (2009, p. 168) afirma que desses direitos o mais típico era o “direito de propriedade, que se apresenta no contratualismo *lockiano* por direito anterior e superior a toda criação jurídica do Homem, depois da passagem do Estado de Natureza ao Estado de Sociedade”. Continua dizendo que pensadores do liberalismo se manifestam no sentido de que:

O básico e relevante papel conferido à propriedade, como fundamento do governo e da sociedade, ou como direito que não tolera a mínima lesão, e cuja defesa ele coloca no consentimento de seus titulares, compondo, assim, a medula de concepção, que decisivamente influi no ânimo dos constituintes franceses de 1791 e, por conseguinte, no célebre texto que declarou a propriedade ‘direito inviolável e sagrado’ (art. 17. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contida na Constituição francesa de 3 de setembro de 1791) (BONAVIDES, 2009, p. 168).

O homem, então, afirma José Afonso da Silva (2005, p. 150) “além dos empecilhos da natureza, viu-se diante de opressões sociais e políticas, e sua história



não é senão a história das lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a duras penas” até o dia em que a inteligência humana se eleva e ele domina a propriedade, define as relações do Estado com a propriedade que preservava e as obrigações e limitações de direitos do seu dono. Informa ainda, o mesmo autor, que foi no correr dessa evolução que “alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tributo da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais” contra cidadãos, entre outros (SILVA, 2005, p. 150).

José Afonso da Silva( 2005, p. 151) assevera que foi, então, no bojo da Idade Média que apareceram os precedentes mais diretos das declarações de direitos humanos, para a qual contribuiu a “teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis *fundamentais do Reino* limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou de *humanismo*” Narra ainda que “aí floresceram os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquias*, outorgantes de proteção de direito reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais” (SILVA, 2005, p. 151) entre os quais menciona como sendo o primeiro os espanhóis através de León e Castela de 1188, pelo qual o “Rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juiz etc” (SILVA, 2005, p. 151).

Continuando a trajetória dos direitos fundamentais na história, informa o mesmo autor que em 1215-1225, na Inglaterra, “elaboram-se as cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais como a *Magna Carta*, a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendmente Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688)” (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 151). Informa que tais documentos não eram, entretanto, precisamente declarações de direitos humanos no sentido contemporâneo, eis que estas só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Porém, tais documentos em verdade não se dedicavam especificamente a declarar direitos fundamentais do homem, pois na realidade eram documentos feudais, feitos para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres, que eram poucos (SILVA, 2005).

Destes documentos, o mais relevante foi a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) que emanou da Revolução de 1688, afirma José Afonso da Silva (2005, p. 153), pois nela se afirmara “a supremacia do Parlamento, impondo abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita”.

Para Fábio Konder Comparato (2011, p. 105), a importância histórica da *Bill of Rights* se deve ao fato de que tal documento pôs fim “pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido”. Informa que embora o documento não fosse uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas um século mais tarde nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights*, instituiu, juntamente com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria designar de garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado “cuja função, em última análise é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana” (COMPARATO, 2011, p 106).

Com isso, informa José Afonso da Silva (2005, p. 153) surge, na Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular que teve em “Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX”. Na sequência da história, infere o citado autor, a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido contemporâneo, foi a “*Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, que era uma das treze colônias inglesas na América e datava 12.1.1776, anterior à Declaração de Independência dos EUA” (AFONSO DA SILVA, 2005, P. 153). Inspiradas nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, a Declaração de Virgínia, continua José Afonso da Silva (2005), consubstanciava as bases dos direitos do homem, designadas em treze itens, que essencialmente se preocupava com a composição de um governo democrático e com um sistema que limitasse o poder estatal, movida na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

A Declaração de Virgínia constitui o “registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são

igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmo”, na visão de Fábio Konder Comparato (2011, p. 62).

Da mesma forma, inspirada, segundo José Afonso da Silva (2005), nas teorias de Locke, Rousseau, Montesquieu e de todos os teóricos e filósofos dessa época (afirma o autor que a corrente pela liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal era geral, ou seja, comum a todas as Nações, aos pensadores e de todos os países), e influenciada pela Revolução Americana, especialmente pela Declaração da Virgínia, a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária aprova em 26 de agosto de 1789 a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, cujo texto é de estilo “lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *legalidade* e as garantias individuais e liberais” (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 158) que ainda se encontram nas atuais declarações.

Sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Fábio Konder Comparato (2011, p. 163) comenta que

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

Assim, pela primeira vez são proclamados as liberdades e os direitos fundamentais do homem moderno visando abarcar toda a humanidade. De extrema relevância, seu texto foi reformulado no contexto do processo revolucionário numa segunda versão em 1793, servindo de inspiração para as Constituições Francesas de 1848 e também para a atual (COMPARATO, 2011).

No ato da abertura da Revolução Francesa a ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada com Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, faltando apenas o reconhecimento da fraternidade

que só se alcançou com a Declaração Universal de Direito Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

Na segunda metade do século XIX, conforme Fábio Konder Comparato (2011, p. 67) destaca-se a internacionalização dos direitos humanos que fixam em um contexto internacional os direitos fundamentais, manifestando-se basicamente em três setores: “o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado”. No campo do direito humanitário que compreendia o conjunto das leis e costumes de guerra, visando diminuir o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como a população civil alcançada por um conflito bélico, nasce um documento normativo de caráter internacional que foi a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual surgiu em 1880 a Comissão Internacional da Cruz Vermelha (COMPARATO, 2011).

Também no campo da luta contra a escravatura, a internacionalização dos direitos humanos se manifestou através do Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, estabelecendo “as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos”. Este Ato foi seguido, em 1926, “por uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro da Liga das Nações” (COMPARATO, 2011, p. 69).

No que tange à luta dos direitos dos trabalhadores assalariados, informa o mesmo autor que os direitos humanos se internacionalizam quando da criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, onde “a proteção ao trabalhador assalariado passa também a ser objeto de regulação convencional entre os diferentes Estados” (COMPARATO, 2011, p. 68).

Afirma também que a evolução dos direitos fundamentais do homem a partir de 1945 é assinalada fortemente após o término da 2ª Guerra Mundial, pois “dezenas de convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, foram celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais” (COMPARATO, 2011, p. 69) e mais de uma centena foram aprovadas no domínio da Organização Internacional do Trabalho. Segundo Fábio Konder Comparato (2011, p. 69), não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano



internacional, já que “afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade”.

## 2 DEFINIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iniciando o estudo acerca da definição de direitos fundamentais, importante trazer à discussão a difícil tarefa de encontrar o real significado da expressão direitos fundamentais. José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 359), em sua grande obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, buscando uma definição precisa das terminologias das expressões direitos do homem e direitos fundamentais, colabora dizendo que tais expressões “são frequentemente utilizadas como sinónimas e que segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira”:

Direito dos homens são direitos válidos para todos os povos e em todas os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1998, 359).

Norberto Bobbio (2004, p. 15) em seu ensaio sobre os fundamentos dos direitos do homem na obra *A Era dos Direitos*, encerra uma discussão sobre a possibilidade de se definir um fundamento absoluto dos direitos do homem e o faz sob a perspectiva de um problema de direito racional ou crítico e não um problema de direito positivo. Para tanto, parte do pressuposto de que “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles reconhecidos”.

Parte o autor para sua busca pelo fundamento absoluto dos direitos do homem e discorre que da finalidade dessa busca “nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível”, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão (BOBBIO, 2004, p. 16). E continua

explicando que o fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo de nossas ações. Assim o fundamento último (absoluto) não pode mais ser discutido, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamento, sendo que “quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justas ou boas” (BOBBIO, 2004, p. 16).

Informa o autor que essa ideia é uma ilusão que foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que julgavam ter colocado certos direitos acima da possibilidade de qualquer refutação, pois emanavam da própria natureza do homem, porém, a natureza do homem desvelou-se fragilizado como fundamento absoluto de direito irresistíveis (BOBBIO, 2004), pois muitos “direitos, até mesmo os mais diversos entre si, foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem” (BOBBIO, 2004, p. 16). Cita o exemplo de que, por muito tempo, se discutiu entre os jusnaturalistas a disputa de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens “(o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) era a mais natural e, portanto, devia ser preferida num sistema que aceitava como justo o que se fundava na natureza” (BOBBIO, 2004, p. 16).

Partindo dessa investigação Bobbio (2004) julga ilusória a ideia da busca do fundamento absoluto dos direitos do homem sob o argumento de que toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada, e não é diferente com a busca do fundamento absoluto dos direitos do homem já que essa é para ele uma expressão muito vaga. Entende que a maioria das definições são tautológicas, pois “direitos do homem são aqueles que cabem ao homem enquanto homem. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo” (BOBBIO, 2004, p. 17); e complementa seu raciocínio informando que o direitos do homem são aqueles que incumbem, ou deveriam incumbir, a todos os homens, ou dos quais nenhum pode ser desprovido; ou ainda, acrescentando termos avaliativos, Norberto Bobbio (2004, p. 17) afirma que “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da



pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.". Sendo que, para Bobbio, os termos avaliativos trazem uma nova dificuldade de atingir o fundamento absoluto, já que são interpretados de modo distinto variando conforme a ideologia assumida pelo intérprete. Com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis (BOBBIO, 2004).

Assim, para Bobbio, a questão somente se define quando os polemistas se permitem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta e resolve a contradição: essa fórmula genérica "conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparecem em todas as definições acima apresentadas. Porém, essas contradições afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação" (BOBBIO, 2004, p. 17).

O autor destaca também como dificuldade para se chegar ao fundamento absoluto dos direitos do homem, o fato de que estes direitos constituem uma classe variável, pois para ele o "elenco dos direitos do homem se modificou, e continua se modificando, com a mudança das condições históricas" (BOBBIO, 2004, p. 18), ou seja, os direitos do homem se modifica de acordo com a necessidade e com os interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a efetivação dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Continua explicando que "direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidas a radicais limitações nas declarações contemporâneas" (BOBBIO, 2004, p. 18); pois, da mesma forma, direitos que as declarações do século XVIII sequer citavam, como os direitos sociais, são agora anunciados com grande ostentação nas recentes declarações. Logo, conclui o autor que isso prova que não existem direitos fundamentais por natureza, pois o que parece "fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas" (BOBBIO, 2003, p. 18). Com isso, o autor se refere a impossibilidade de atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos e conclui dizendo que não se pode ter medo do relativismo dos direitos fundamentais, pois é exatamente esse relativismo "o mais forte do argumento em favor de alguns direito do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamentos" (BOBBIO, 2004, p. 19) . Isso porque, se

não estivéssemos convencidos da multiplicidade das concepções sobre liberdade de religião e liberdade de pensamento, “estaríamos diante de teoremas e então os direitos à liberdade religiosa ou à liberdade de pensamento político perderiam sua razão de ser, ou, pelo menos, adquiririam um outro significado”(BOBBIO, 2004, p. 19).

Outro ponto que dificulta a busca pelo fundamento absoluto dos direitos fundamentais, para Norberto Bobbio (2004, p. 20) é fato de que entre os direitos dos homens há direitos com estatutos muito diversos entre si, o que o torna uma classe heterogênea, pois há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: “são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano” e cita como exemplo o direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura, pois esses são direitos que “não são postos em concorrência com outros, ainda que fundamentais”. Porém, afirma que são bem poucos os direitos considerados fundamentais “que não entram em concorrência com outros direitos também considerados como fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção” (BOBBIO, 2004, p. 20). Isso porque, não há como garantir um novo direito a uma categoria de pessoas sem eliminar algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas e exemplifica dizendo que “o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos” (BOBBIO, 2004, p. 20-21); assim como que o reconhecimento do direito de não ser torturado representa a cerceamento do direito de torturar. Logo, conclui Norberto Bobbio (2004, p. 20), que os “direitos que têm eficácia tão diversa não podem ter o mesmo fundamento e, sobretudo, que os direitos do segundo tipo – fundamentais, sim, mas sujeitos a restrições – não podem ter um fundamento absoluto”, que não admitisse dar uma justificação válida para a sua restrição.

Norberto Bobbio (2004, p. 22) crê que não se possa propor uma busca sobre o fundamento absoluto dos Direitos do Homem pelas razões acima expostas, e também pelo fato de que tal busca é capaz de obter o resultado esperado que é o de

se “conseguir do modo mais rápido e eficaz o reconhecimento e a realização dos direitos do homem”. Com isso coloca em cheque o dogma do racionalismo ético do jusnaturalismo (o que chama de segunda ilusão) de que os valores últimos “não só podem ser demonstrados como teoremas, mas de que basta demonstrá-lo (ou seja, torná-los em certo sentido inquestionáveis e irresistíveis) para que seja assegurada sua realização”. Afirma que o racionalismo ético é desmentido pela história, pois “não se pode dizer que os direitos do homem tenham sido mais respeitados na época em que os eruditos estavam de acordo em considerar que haviam encontrado um argumento irrefutável para defendê-los” (BOBBIO, p. 2004, p. 22), ou seja, um fundamento absoluto: o de que tais direitos derivavam da essência ou da natureza do homem. “Em segundo lugar, porque a maior parte dos governos existentes proclamou pela primeira vez, nessas décadas, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem”, logo, depois dessa declaração, Bobbio entende que “o problema dos fundamentos perdeu grande parte do seu interesse”, pois se a maioria dos governantes concordou com uma declaração comum, “isso é sinal de que encontraram boas razões para fazê-lo” (BOBBIO, 2004, p. 23).

Logo, a questão não se firma em buscar razões para os direitos proclamados, mas sim de pôr condições para que esses direitos sejam realizados, diante disso, afirma Bobbio (2004), que para se criar condições de realizações desses direitos, inicialmente, é preciso que se esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável e afirma, ainda, que muitas dessas condições não dependem

[...] da boa vontade nem mesmo dos governantes, e dependem menos ainda das boas razões adotadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos: somente a transformação industrial num país, por exemplo, torna possível a proteção dos direitos ligados às relações de trabalho (BOBBIO, 2004, p. 23).

Finalizando seu ensaio acerca da possibilidade de se buscar um fundamento absoluto dos direitos do homem, Norberto Bobbio (2004), em sua obra, reconhece que é evidente a existência de uma crise dos fundamentos, porém deve-se

reconhecê-la, mas não tentar suplantá-la buscando outro fundamento absoluto para servir de substituto para o que se perdeu. E continua sua conclusão dizendo que:

Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado -, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esse estudo é tarefa das ciências históricas e sociais. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia (BOBBIO, 2004, p. 24).

Definir direitos fundamentais do homem não é tarefa das mais simples conforme verificado, até porque, conforme informa José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 360), a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: “os primeiros pertencem ao direito do homem enquanto tal; os segundos pertencem ao direito do cidadão homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”. Esta classificação, informa o autor, “pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *estatus activus*, entre direito individual e direito político” (CANOTILHO, 1998, p. 360), já que a referida distinção “é uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binómio homem-cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica” (CANOTILHO, 1998, 360).

José Afonso da Silva (2005, p. 175), informa que em razão da ampliação e da transformação dos direitos fundamentais do homem ao longo da história tornou-se difícil definir um conceito sintético e preciso, e que essa dificuldade aumenta em razão de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: “direitos

naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivo, liberdade fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”. Apesar da diversidade de expressões, o autor em questão adere à expressão direitos fundamentais, pois entende ser a mais adequada porque, além de aludir a princípios que sintetizam a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para instituir, no nível do direito positivo, “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (CANOTILHO, 1998, 360).

Corroborando com José Afonso da Silva, Arion Sayão Romita assevera que a expressão direitos fundamentais é a preferida pela doutrina em geral e justifica sua assertiva explicando que

A preferência pela expressão direitos fundamentais justifica-se por diversas razões entre elas pelo fato de que ela abarca o fenômeno dos direitos em sua integralidade e, assim, não sofre a crítica dirigida a expressões que se referem a parcelas ou setores da realidade dos direitos, como é o caso de aludir aos titulares (direitos do cidadão ou direitos individuais) ou ao conteúdo (direitos sociais ou políticos) (ROMITA, 2009, p. 61).

Quanto à definição de direitos fundamentais Arion Sayão Romita (2009, p. 49) explica que todo sistema jurídico confere às pessoas um extenso e variado repertório de direitos, sendo que a questão difícil fica para desvendar “a que direitos – dentro desse repertório – pode ser dado o epíteto de fundamentais”, diz daí ser indispensável à definição do instituto, pois só a partir dela poderão ser identificados os direitos fundamentais. Continua informando que a eleição de direitos como fundamentais, ou não, só pode realizar-se dentro de um sistema jurídico positivo concreto, ou seja, do ponto de vista da eficácia desses direitos são “fundamentais apenas aqueles que, perante dado sistema jurídico, sejam tidos como tais, logo, somente o exame do sistema jurídico singular ensejará a resposta à indagação: Que são direitos fundamentais?” (ROMITA, 2009, p. 49). Várias concepções<sup>3</sup> de direitos

---

<sup>3</sup> Apresenta Romita, com base na lição de *Véronique Champeil-Desplats* (2005, apud ROMITA, 2009, p. 50), quatro tipos essenciais de concepção da fundamentalidade: as concepções axiológica, formal, estrutural e comum. Segundo a concepção, qualificar um direito de fundamental o inclui entre os valores inerentes à humanidade, ao homem como tal. A fundamentalidade conduz, aqui, à universalidade: os direitos são fundamentais porque beneficiam todos, caso contrário, não seriam

fundamentais embaraça a tarefa de determinar o que são tais direitos, porém, segundo o autor, não há outra forma senão “pela observação direta de dado ordenamento jurídico” (ROMITA, 2009, p. 50). Nesse sentido, ultrapassadas as premissas acima, Arion Sayão Romita (2009, p. 51) define direitos fundamentais como:

Os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa<sup>4</sup>.

---

fundamentais. Esta concepção apresenta uma dimensão iunaturalista, em virtude da qual a fundamentalidade dispensa o reconhecimento formal por alguma norma. O direito é fundamental independentemente do reconhecimento pelo direito positivo. *Concepção formal*: os direitos podem ser qualificados como fundamentais levando-se em conta sua posição na hierarquia das normas. Fundamentais são os direitos expressos em normas do mais elevado grau no interior de um sistema jurídico e que constituem objeto de garantias especiais para preservá-los: exigência de maioria qualificada para alterá-las ou suprimi-las e até mesmo vedação absoluta de aboli-las, proibição de reduzir seu nível de garantia ou efetividade. *Concepção estrutural*: direitos fundamentais são aqueles sem os quais um sistema jurídico ou um subsistema perderia sua identidade, sua coerência e seu modo de funcionamento. Eles constituem a base sobre a qual tudo está edificado. Fundam a existência e a validade das normas deles derivadas, o que supõe sejam os enunciados qualificados de fundamentais formulados com certo grau de generalidade e abstração. *Concepção comum*: o caráter fundamental dos direitos deriva de semelhanças de qualificação em diferentes sistemas jurídicos nacionais e internacionais. Esse caráter de fundamentalidade se baseia numa visão construtiva dos sistemas nacionais ou internacionais, para deles extrair um conjunto de valores comuns aptos a constituir um *ius commune*, por exemplo, europeu ou universal.

<sup>4</sup> Analisando especificamente os elementos da definição de direito fundamentais, ROMITA informa que: direitos fundamentais: são direitos. Direito é vocábulo genérico, que abrange os fundamentais e os demais. O termo direitos, empregado em sentido subjetivo, designa qualquer faculdade ou poder atribuído a uma pessoa pela ordem jurídica, que lhe assegura a possibilidade de reivindicá-los quando desrespeitados; em dado momento histórico: o reconhecimento dos direitos fundamentais depende da circunstância histórica, em cada lugar. Está superada a noção de direitos fundamentais centrada em a natureza eterna e imutável do ser humano, considerado in abstracto, tal como preconizada pelo jusnaturalismo racional. Os direitos fundamentais dependem dos valores próprios de cada sociedade, da cultura, do amadurecimento político, das crenças, do ambiente político (se autoritário ou democrático) daí sua historicidade; fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana: os direitos fundamentais repousam sobre o valor básico do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sem este reconhecimento, inviabiliza-se a própria noção de direitos fundamentais; asseguram a cada homem: o termo “homem” é utilizado em sentido genérico designa todo ser humano, sem distinção alguma (notadamente de sexo). Neste sentido, mulher também é “homem”; as garantias: a eficácia do reconhecimento dos direitos fundamentais resulta em proporcionar a todo homem garantias contra atos (do Estado ou dos particulares) opressivos e arbitrários, apto a agredir o valor básico da dignidade da pessoa humana; liberdade: sob a rubrica “liberdade” relaciona-se, na realidade, um feixe de liberdades e direitos, cuja enumeração fala por si só: direito à liberdade e à

Assim, para Arion Sayão Romita, direitos fundamentais são um conjunto de elementos que asseguram a cada homem garantias essenciais, além de assegurar também o respeito pelo Estado e de terceiros a tais garantias e da possibilidade de o homem reivindicar do Estado a efetivação dessas garantias em caso de ofensa.

Na expressão “fundamentais”, informa José Afonso da Silva (2005, p. 178), “acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” Para esse autor, são situações jurídicas fundamentais ao homem “no sentido de que a todos, igualmente, devem ser formalmente reconhecidos e concreta e materialmente efetivados” (SILVA, 2005, p.178). Tal expressão denota absoluta igualdade entre todos os homens, em todos os sentidos. A expressão do homem informa o autor, não se refere ao macho da espécie, mas sim ao gênero humano, à pessoa humana, pois que “direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.” (SILVA, 2005, p. 178). Conclui dizendo que é com esse conteúdo que a expressão acima encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana.

---

segurança; respeito à vida privada e familiar; proteção dos dados de caráter pessoal; direito de se casar e de fundar uma família; liberdade de pensamento, de consciência e de religião; liberdade de expressão e de informação; liberdade de reunião e de associação; liberdade das artes e das ciências; direito à educação; liberdade profissional e direito de trabalhar; liberdade de exercício da atividade econômica; direito de propriedade; direito de asilo; proteção em caso de expulsão e extradição; igualdade: sobre a rubrica “igualdade” abrigam-se os seguintes direitos: igualdade perante a lei; não discriminação; respeito a diversidade cultural, religioso e linguística; igualdade entre homens e mulheres; direitos da criança; direito dos idosos; integração dos deficientes; solidariedade: a rubrica “solidariedade” abrange os seguintes direitos: direito à informação e consulta dos trabalhadores na empresa; direitos de negociação coletiva de greve; direito de acesso às agências de colocação; direito à condição de trabalho justa e equitativas; proibição do trabalho das crianças e proteção dos adolescentes no trabalho; proteção da vida familiar e profissional; seguridade e assistência social; proteção da saúde; acesso aos serviços de interesse econômico geral; proteção do meio ambiente; proteção dos consumidores; cidadania: a rubrica “cidadania” compreende: direito de votar ser votado; direito a uma boa administração; direito de acesso a documentos; direito a mediação; direito de petição; direito de circulação e permanência; proteção diplomática e consular; justiça: a rubrica “justiça” compreende os seguintes direitos: acesso a um juiz imparcial; presunção de inocência e direito de defesa; princípios de legalidade e de proporcionalidade entre os crimes e as pessoas; direito de não ser julgado e punido duas vezes pela mesma infração penal (ROMITA, 2009, p. 51).

### 3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: diferenças

O artigo I da Declaração feita pelos representantes do bom povo da Virgínia em 1776 que constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história é, segundo Fábio Konder Comparato (2011, p. 62), “o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmo e devem caminhar em busca da felicidade”. Proclamava o item I da Declaração que

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar obter a felicidade e a segurança<sup>5</sup>.

Norberto Bobbio (2004, p. 204) assevera que naquele momento nasceu uma nova forma de regime político, que não é mais apenas o governo das leis contraposto aos homens, já louvado por Aristóteles, “mas o governo que é ao mesmo tempo dos homens e das leis, dos homens que fazem as leis, e das leis que encontram um limite em direitos preexistentes dos indivíduos que as próprias leis não podem ultrapassar”.

Mais tarde, com a Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada, isso porque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 1º, conforme Fábio Konder Comparato (2011, p. 62), dispôs que: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Assevera o autor que, apesar de a Declaração ainda não trazer o reconhecimento da fraternidade que só ocorreu mais tarde, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “a consequência imediata da proclamação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos” (COMPARATO, 2011, p. 63) foi uma transformação radical nos fundamentos da legitimidade política, e também que a abertura decorrente da

---

<sup>5</sup> Tradução de Fábio Konder Comparato (2011, p. 130)



Declaração de Direitos da Virgínia, a qual proclamou que “todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes” (COMPARATO, 2011, P. 127) deu o tom para as outras grandes declarações de direito do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948.

A Declaração de 1948 restou diferente das demais, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 161), por sua função universalizante, ou seja, trazia à Declaração uma função universal dos direitos do homem, já que “constitui uma de suas características marcantes o mundialismo”. O sentido universalizante das declarações de direito, de caráter estatal, para o autor, “passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal” (SILVA, 2005, p. 162).

O Documento contém trinta artigos que reconhecem os direitos fundamentais do homem, sendo que do art. 1º ao 21 encontram-se o anúncio dos tradicionalmente chamados de direitos e garantias individuais, já com uma conotação mais modernas, tais como: “igualdade, dignidade, não-discriminação, direito à vida, à liberdade (de locomoção, de pensamento, de consciência, de religião, de opinião, de expressão, de reunião e de associação)” (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 163) entre outros. Do artigo 22 até o artigo 28, o documento proclama os direitos sociais do homem, assim: “direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana; direito ao trabalho; à escolha do trabalho” (SILVA, 2005, p. 164), além das condições satisfatórias do trabalho e proteção contra o desemprego, entre outros direitos proclamados visando à efetividade da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, desde a época do Império, as Constituições sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem, conforme assevera José Afonso da Silva (2005, p. 170), pois “a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica, foi a do Império do Brasil, de 1824”. Não se pretende aqui percorrer a linha temporal de todas as constituições brasileiras, porém, a título de desenvolvimento da linha de raciocínio traz-se aqui algumas considerações a respeito.

Nesse sentido, informa José Afonso da Silva (2005, p. 170) que a Constituição de 1891 já rubricava a Declaração de Direitos na Seção II do Título IV, “onde assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade”. Da mesma forma a Constituição de 1934 “que abriu um título especial para a Declaração de Direitos, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos” (SILVA, 2005, p. 170). Na sucessão a Constituição de 1937 que veio “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes à relações políticas” (SILVA, 2005, p. 171). A constituição de 1946 “trouxo o Título IV sobre a Declaração dos Direitos”, com dois capítulos: “um sobre a Nacionalidade e a Cidadania e outro sobre os Direitos e Garantias Individuais” (SILVA, 2005, p. 171), sendo que a Constituição de 1967 assegurou “os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (SILVA, 2005, p. 171) e a de 1969 os direitos econômicos e sociais de forma mais bem estruturada em dois títulos: “um sobre a ordem econômica e outro sobre a família, a educação e a cultura” (SILVA, 2005, p. 171). Nessa mesma linha a Constituição de 1988 inscreveu a declaração dos direitos do homem brasileiro, porém, agora, adotando, segundo o José Afonso da Silva (2005, p. 171), “técnica mais moderna”, pois:

Abre-se com um título sobre os princípios fundamentais, e logo introduz o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, nele incluindo os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos no (Cap. I), os Direitos Sociais no (Cap. II), os Direitos da Nacionalidade no (Cap. III), os Direitos Políticos no (Cap. IV) e os Partidos Políticos no (Cap. V).

Incluindo ainda no Título VII Da Ordem Econômica Financeira e no Título VIII Da Ordem Social. Porém, apesar de utilizar de técnica mais moderna, a Constituição Federal de 1988 não separou rigorosamente os direitos de suas garantias, ou seja, a Constituição atual não se organizou de forma sistematizada e não separou direitos das garantias dos direitos em capítulos próprios. Daí a dificuldade de se analisar, um e outro, individualmente.

Direito e garantias do direito não se confundem, pois uma coisa é ter o direito e outra é garantir que esse direito não será violado. O direito é insculpido no texto da Constituição de 1988 através das disposições declaratórias de direito e as garantias se apresentam no mesmo texto a partir de disposições assecuratórias, que têm a função de limitar o poder. Nesse sentido afirma José Afonso da Silva (2005, p. 186) que “a Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias”. Afirma ainda que Ruy Barbosa já dizia que deve-se separar no texto Constitucional as disposições meramente declaratórias que reconhecem o direito, das disposições assecuratórias que são as que limitam o poder em defesa do direito (SILVA, 2005). Não obstante a declaração de Ruy Barbosa, José Afonso da Silva (2005, p. 186) entende que não é decisivo, em face da Constituição, “afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”.

O Capítulo I do Título II da Constituição Federal que traz a rubrica dos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo autor, “não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias” SILVA, 2005, p. 186). Apesar desse capítulo só ter um artigo (o 5º) que se compõe de 77 incisos, sendo que a maioria destes refere-se a garantias, informa o autor que a Constituição se vale “de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias” (SILVA, 2005. p. 186), e cita alguns exemplos: o inciso V do artigo 5º o qual dispõe que “é assegurado o direito de resposta”, o inciso VII, “é assegurada (...) a prestação de assistência religiosa”, o inciso XXII, “é garantido o direito de propriedade”, o inciso XXX, “é garantido o direito de herança” etc. (SILVA, 2005). Diz ainda que a doutrina não auxilia muito no sentido de definir o que as expressões direitos e garantias do direito de fato significam e, partindo de conceito mais amplo, José Afonso da Silva (2005, p. 188) as distingue em dois grupos, que são: garantias gerais e garantias constitucionais.

(1) *garantias gerais*, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais, o conjunto dessas garantias

gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais, trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º (...).

(2) *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais.

As garantias constitucionais, na visão do doutrinador em tela, são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais. José Afonso da Silva (2005, p. 413) exemplifica citando como garantia constitucional, por exemplo, a existência de constituição rígida que declare os direitos fundamentais e suas garantias e estructure órgãos jurisdicionais dotados de “independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestam entre o indivíduo e o Estado”. Consubstanciam-se salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda sua dimensão.

Corroborando com a investigação acerca da dicotomia entre direitos e garantias de direitos, José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 365), exemplifica de forma clara a existência das duas instituições na Constituição de Portugal dizendo que:

Mesmo que a dimensão garantística aponte para a inexistência de agressão ou coação político-estatal, isso não significa que eles não se confundem, igualmente, como direitos a exigir o cumprimento do dever de proteção a cargo do Estado (*schutzpflicht*) das condições de exercício de liberdade (exs.: direito à vida, consagrado no art. 24º/1, significa não apenas o direito a não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de condições de subsistência mínima e o direito a exigir das entidades estatais a adoção de medidas impeditivas da agressão deste direito por parte de terceiros.

Logo, as garantias constitucionais são prescrições do Direito Constitucional positivo, quer dizer das Constituições rígidas que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares protegem a eficácia, a aplicabilidade e a

inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. José Afonso da Silva (2005, p. 189), nesse sentido, afirma que “o conjunto das garantias dos direitos fundamentais forma o sistema de proteção deles: proteção social, proteção política e proteção jurídica”.

Com intuito de sanar qualquer dúvida acerca da dicotomia entre direitos e garantias dos direitos, reproduz-se abaixo parte de um quadro demonstrativo apresentado na obra de José Afonso da Silva (2005, p. 413) onde o autor expõe com clareza a diferença entre direitos e garantias.

Direitos	Garantias
Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.	XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.  XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
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.
VI – é inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (liberdade de religião)	Garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e sua liturgias.
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (direito à privacidade)	Assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo (direito à intimidade, ao recesso do lar)	XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

Não pretende aqui esgotar o tema, mas tão somente traçar em linhas claras a diferença entre os direitos e garantias dos direitos e esses exemplos acima são suficiente para ilustrar a distinção entre ambos. Por fim, ressalta José Afonso da Silva (2005, p. 417) que não se pode esquecer “que as garantias constitucionais são direitos, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas direitos-instrumentais, porque destinados a tutelar um direito principal”.

José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 362) encerrando, aqui, a diferenciação percorrida, assevera por seu turno que “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”; as garantias traduziam-se “quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, que no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade” (CANOTILHO, 1998, p. 362) e, exemplificando, diz do “direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *nom bis in idem*” (CANOTILHO, 1998, p. 362).

## CONCLUSÃO

Em sede de conclusão o presente artigo remontou, sem pretensão de esgotar o tema, a história dos direitos fundamentais desde seu surgimento até os dias de hoje e verificou que tão antigo como a humanidade é a preocupação com o ser humano, guardada as proporções de cada época.

Quanto à definição do que vem a ser direitos humanos o trabalho trouxe profunda revisão bibliográfica se debruçando sobre obras clássicas de autores nacionais e internacionais e verificou que definir o instituo não é tarefa fácil nem mesmo para os maiores doutrinadores. José Joaquim Gomes Canotilho define que os direitos fundamentais são os direitos dos homens, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Já Norberto Bobbio afirma que não existem direitos fundamentais por natureza, pois o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização pode não parecer fundamental em outras épocas e culturas, logo, não se pode dizer que os direitos fundamentais são



absolutos. Apesar das divergências doutrinárias, todos os autores pesquisados neste trabalho convergem no sentido de que direitos fundamentais visam assegurar a dignidade da pessoa humana através das garantias de direitos fundamentais.

Por último verifica-se a diferença entre direitos fundamentais e garantias fundamentais e chega-se a conclusão de que o primeiro é insculpido no texto da Constituição Federal através das disposições declaratórias de direitos e as garantias se apresentam no mesmo texto, porém, com característica de assegurar os direitos fundamentais.

### **FUNDAMENTAL RIGHTS: history, definition and differences**

#### **ABSTRACT**

This article examines the theme "fundamental rights: History, definition and differences" and seeks to study of the history of the evolution of human rights in comparative law and national law. It also aims to verify from the discussion of authors which the best setting for the fundamental rights and aims of simple form, tracing the difference between fundamental rights and guarantees. Although it is not possible to exhaust the topic or deepen conclusively to the topic, this article aims to provoke the curiosity of the way to bed that clashes and discussions on the subject come to the day staff.

**KEYWORDS:** FUNDAMENTAL RIGHTS. HISTORY. DEFINITION. DIFFERENCES.

#### **REFERÊNCIAS**

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.



BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CENZI, Nerii Luiz. **Cooperativismo brasileiro: desde as origens ao Projeto de Lei de Reforma do sistema cooperativo brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.