

## Direitos fundamentais atípicos: existência e eficácia no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Bruna de Souza Garcia<sup>1\*</sup>, Adenilson Ferreira de Souza<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. Email: garciabruna570@gmail.com

<sup>2</sup>Docente do Curso de Direito da Faculdade São Lucas/Afya, Ji-Paraná. Especialista em Direito Processual Civil aplicado pelo Centro Una. São Paulo, setembro de 2021. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná-UFPR, Curitiba, junho de 2023. Email: Souza.adv.76@gmail.com.

\*Autor Correspondente: Bruna de Souza Garcia, Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná (UniS), Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: garciabruna570@gmail.com

Recebido: 31/10/2023 Aceito: 21/11/2023.

### RESUMO

As sociedades primitivas eram regidas pela lei do mais forte, com base no uso da força e a união em tribos para prover suas necessidades mútuas garantindo-lhes segurança até a formação de estado dos dias atuais. Diante do surgimento do Estado acabou-se havendo uma exploração da classe trabalhadora e com as lutas destas classes instituíram-se limitações ao poder absoluto do governante e deveres de prestações em relação a sociedade. Alguns destes direitos não foram positivados, mas podem ser identificados nos tratados ratificados princípios constitucionais implícitos. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é identificar as fontes do direito fundamentais atípicos e medidas que possam vincula-lo e responsabiliza-lo por violações diante da importância no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências de possíveis violações e o procedimento adequado para garantir tais direitos. O presente estudo busca demonstrar a partir da revisão bibliográfica qualitativa, a diferenciação de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos fundamentais atípicos e os danos ou prejuízos ao cidadão pela não positividade destes direitos. A metodologia utilizada foi o estudo lógico dedutivo com base na legislação, artigos e livros sobre o tema, de uma forma humanista, identificando os tais direitos e evidenciando sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se que o Brasil ao ratificar tratados internacionais e em decorrências dos princípios e do próprio sistema constitucional cria esta modalidade de direitos que devido a sua importância recebem a nomenclatura de direitos fundamentais atípicos e a positividade de alguns destes direitos trariam benefícios na garantia e na sua eficácia.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Direitos Fundamentais Atípicos. Eficácia.

### ABSTRACT

Primitive societies were governed by the law of the strongest, based on the use of force and union in tribes to provide for their mutual needs, guaranteeing them security until the formation of modern-day states. Faced with the emergence of the State, there ended up being an exploitation of the working class and with the struggles of these classes, limitations were established on the absolute power of the ruler and obligations to provide benefits in relation to society. Some of these rights were not made positive, but can be identified in the treaties ratified implicit constitutional principles. In this sense, the objective of this article is to identify the sources of atypical fundamental rights and measures that can bind them and make them responsible for violations given their importance in the Brazilian legal system and the consequences of possible violations and the appropriate procedure to guarantee such rights. The present study seeks to demonstrate, based on a qualitative bibliographic review, the differentiation of human rights, fundamental rights and atypical fundamental rights and the damage or harm to citizens due to the non-positivity of these rights. The methodology used was a logical deductive study based on legislation, articles and books on the subject, in a humanistic way, identifying these rights and highlighting their applicability in the Brazilian legal system. It is concluded that Brazil, when ratifying international treaties and as a result of the principles and the constitutional system itself, creates this type of rights that, due to their importance, receive the nomenclature of atypical fundamental rights and the positiveization of some of these rights would bring benefits in guaranteeing and its effectiveness

**Keywords:** Human Rights. Atypical Fundamental Rights. Efficiency.

### 1. Introdução

As sociedades primitivas não tinham a estrutura estatal intervindo em suas relações, sendo regidas pela lei do mais forte,

prevalecendo o uso da força e a união em tribos para prover suas necessidades mútuas. Esta união de indivíduos em tribos garantia-lhes a segurança diante dos ataques de outros

povos e foi evoluindo até a ideia de estado que perdura nos dias atuais.

Diante do surgimento do Estado, representado na figura do réu, cria-se obrigações aos súditos em prover seus exércitos com alimentos, fornecer homens além das despesas do chefe de Estado.

Diante disto e com o crescimento da máquina pública agravado de interesses pessoais do rei, bem como uma minoria que por seu interesse pessoal acabavam explorando a classe trabalhadora, ocorrem rebeliões e muitas guerras insurgindo contra o poder absoluto do monarca.

Neste momento inicia-se a positivação reconhecimento alguns direitos humanos considerados fundamentais, instituindo verdadeiras limitações ao absolutismo do governante.

Com a evolução da sociedade outras responsabilidades são destinadas ao Estado tornando-o mais complexo e equipado, além de mais oneroso à sua população que por sua vez, exige que sejam cumpridas as metas positivadas em sua constituição.

Identifica-se que embora prolixa a Constituição Brasileira, alguns direitos fundamentais à existência e a felicidade humana não foram positivados, podendo ser identificados nos tratados ratificados pelo Brasil ou mesmo nos princípios constitucionais implícitos nela contidos.

O Estado Brasileiro adotou o *sistema civil law* e a não positivação destes direitos fundamentais ocasiona uma menor proteção ou mesmo uma menor importância por parte do Estado ao estabelecer políticas públicas que visem alcança-los.

O arcabouço científicos desse artigo fundamenta-se nos resultados obtidos por meio da pesquisa bibliográfica com análise qualitativa de diversas fontes, onde buscou-se a análise da legislação, artigos científicos,

jurisprudência, tratados internacionais e revistas eletrônicas disponível nas plataformas eletrônicas de pesquisas, tais como Google Scholar, site do governo, jurisprudências entre outros que trata sobre a temática.

Após a análise destes materiais por meio de uma pesquisa de revisão bibliográfica buscou-se sem a pretensão de esgotar o tema devido sua extensão – através do método qualitativo demonstrar a existência e importância desses direitos fundamentais atípicos no ordenamento jurídico para que o Estado possa garanti-los.

Dentro dessa perspectiva, estruturou-se o trabalho em 06 tópicos, sendo disposto respectivamente sobre: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, A diferença entre Direitos Fundamentais e Direitos Fundamentais Atípicos, A importância dos Direitos Fundamentais Atípicos, As Fontes dos Direitos Fundamentais Atípicos, Os Danos ou prejuízos pela inaplicabilidade dos Direitos Fundamentais Atípicos e Medidas de vinculação do Estado na materialização dos Direitos Fundamentais Atípicos.

A pesquisa tem por objetivo diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais e identificar a importância e as fontes dos direitos fundamentais atípicos, no intuito de mensurar a importância destes direitos bem como as medidas capazes de vincular o Estado na prestação positiva em garanti-los.

## 2. Metodologia

Este estudo foi desenvolvido através de uma revisão bibliográfica, que teve como função diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais e identificar a importância e as fontes dos direitos fundamentais atípicos, no intuito de mensurar

a importância destes direitos bem como as medidas capazes de vincular o Estado na prestação positiva em garanti-los.

A pesquisa bibliográfica delimita a abrangência da pesquisa e utiliza-se das teorias, os conceitos e os métodos de acordo com os posicionamentos dos autores pesquisados como: BARROSO; BOBIO; SILVA; SARLET; SANTOS; PIOVESAN; GOMES; FACHINI; FRANCO. Para tanto, a pesquisa foi realizada nas seguintes Bases de dados: SciELO, Consultor Jurídico, Google Acadêmico e Site dos Tribunais superiores.

A seleção dos artigos para embasamento teórico da pesquisa foi realizada de forma independente pelo pesquisador, sendo que os critérios de inclusão foram obras em português e de cunho científico, que respondam a questão norteadora e aos objetivos descritos.

Acerca dos critérios de exclusão, foram utilizados o critério de artigos científicos que não abordavam os objetivos postulados ou não correspondessem a questão norteadora de pesquisa. Não foi necessário solicitar aprovação do Comitê de Ética para realização do estudo por se tratar de uma revisão bibliográfica. É declarado que não há conflito de interesses.

### **3. Desenvolvimento**

#### **Direitos fundamentais e direitos humanos**

Os direitos relativos à existência humana não surgiram em determinado momento. Há muito tempo se discute sobre a origem destes direitos e a sua evolução em direitos fundamentais.

Tais direitos do homem sempre existiram. Entretanto o seu reconhecimento por parte do Estado deriva da construção histórica de muitas lutas sociais exigindo tais direitos que seriam universais e básicos da

existência de qualquer pessoa independente de sua nacionalidade ou credo.

Desta construção teleológica, surge a denominação direitos humanos, entendida como os direitos inerentes ao simples fato de ter nascido como uma pessoa humana, sem portanto a necessidade de haver qualquer positividade deste direito em uma legislação.

Para Norberto Bobbio (1995) não se pode fundamentar os direitos humanos apenas como os valores supremos da convivência humana, porque tais valores não se justificam, estes valores são assumidos pelo próprio homem. A justificativa dos valores supremos encontra-se no ser que a constitui, em si mesmo, tal fundamento se dá na fonte de todos os valores: o próprio homem.

Outra denominação importante em relação aos direitos do homem é o termo direitos fundamentais, sendo que esta terminologia pode ser definida como todos aqueles direitos humanos positivados no ordenamento jurídico através da carta magna, a constituição federal de 1988.

O grande jurista José Gomes Canotilho, assim distingue tais direitos:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (CANOTILHO, 1998, p. 369).

Para Luiz Flavio Gomes, os direitos humanos são aqueles limitadores da intervenção estatal na relação privada.

Direitos humanos são aqueles ligados a liberdade e a igualdade que estão positivados no plano internacional. Já os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na Constituição Federal. Assim, o conteúdo dos dois é essencialmente o mesmo, o que difere é

o plano em que estão consagrados. (GOMES, 2009, p.1).

José Afonso da Silva assim define

No qualificativo fundamentais 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; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (Apud COLONTONIO, 2020, p.3).

Diante destes conceitos, discute-se a existência de direitos fundamentais atípicos em relação a princípios constitucionais de direitos humanos implícitos na constituição e tratados internacionais desta natureza.

Portanto, identificar e conceituar direitos fundamentais atípicos, torna-se importante para averiguar a sua efetividade e garanti-los no ordenamento jurídico brasileiro, pois ao ser classificado como direito fundamental, ainda que não positivado, vincula uma prestação estatal e a obrigação pactuada nos tratados de direitos humanos.

### **A diferença entre direitos fundamentais e direitos fundamentais atípicos**

Destaca-se que tal classificação de direitos fundamentais atípicos é pouco debatida na doutrina e com pouca repercussão acadêmica, tendo como principal teórico, o doutrinador e escritor Eduardo Rodrigues dos Santos que aborda o tema em seu livro: “Direitos Fundamentais Atípicos: Uma análise da Cláusula de Abertura, Art.5º, § 2º, da CF/88”.

O artigo 5º, §2º da Constituição Federal traz: “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”. (BRASIL, 1988, p.4).

Embora a nomenclatura seja algo novo, a importância de direitos humanos e direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a sua efetividade é um tema já com uma ampla abordagem.

É mister diferenciar os conceitos de direitos fundamentais atípicos dos direitos humanos básicos, além de diferenciar dos direitos fundamentais, pois embora apresentam semelhanças e muitas vezes divergências doutrinárias em relação aos respectivos conceitos, entende-se e optou-se por entendimentos doutrinários de que são direitos diferentes com eficácia e eficiência distinta.

Observa-se que direitos humanos refere-se à própria existência humana e as suas conseqüentes violações implicariam em sanções internacionais dos órgãos jurisdicionais competentes na apuração de violações a direitos desta natureza.

O Conselho dos Direitos do Homem é o principal órgão intergovernamental do sistema das Nações Unidas responsável pela resolução de situações de violação dos direitos humanos. O Conselho também recebe relatórios temáticos e específicos por país de uma série de mecanismos de peritos independentes, incluindo procedimentos especiais, bem como do Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos com o objetivo de promover e proteger os direitos humanos em todo o mundo, responder melhor às necessidades das vítimas de violações de direitos, responsabilizar seus membros por suas ações e avançar no cumprimento de seu objetivo de enfrentar "situações de violação de direitos humanos, incluindo violações grosseiras e sistemáticas" em todo o mundo. (Franco, 2016, p.2).

Por outro lado, os direitos fundamentais, referem-se as basilares do sistema legal brasileiro e possíveis violações a estes direitos, ainda que não positivados, como no caso dos direitos fundamentais atípicos iriam de encontro à Carta Maior do Estado Brasileiro, a Constituição Federal de 1988.

Para o professor José Afonso da Silva (2005, p.92)

Os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

A importância de diferenciá-los e defini-los reflete na sua aplicação e na possibilidade de se exigir o cumprimento de tais direitos, bem como a garantia de proteção à possíveis violações, bem como imputar ao Estado o dever de reparar quaisquer danos que o cidadão venha sofrer em decorrência destas omissões.

A importância dos direitos fundamentais em relação aos demais direitos positivados ou ainda princípios implícitos e a sua coercibilidade, justifica a necessidade de identificar tais direitos no ordenamento jurídico de maneira que possa exigí-los e possibilite a sua garantia, sendo imprescindível para propositura de ações públicas e sociais com suas atividades prestacionais do Estado.

Tais direitos fundamentais atípicos são facilmente confundidos com os direitos humanos ou mesmo com direitos

fundamentais, sendo que os direitos humanos são aqueles direitos básicos inerentes à condição humana, adquiridos desde a concepção até à sua morte, não necessitando estar tipificado em razão da sua natureza básica e proteção por institutos internacionais de maneira ampla.

Para o professor Ingo Sarlet (2015, p.3.),

Já é do conhecimento comum que tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas outras expressões que não a de direitos fundamentais, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, isso apenas para referir algumas das mais importantes, o que apenas revela o quanto, pelo menos do ponto de vista terminológico, não se registra um consenso, inclusive quanto ao significado e conteúdo de cada termo utilizado, muito embora em diversos casos apenas se trate de uma eleição de rótulo distinto para o mesmo conteúdo.

Por sua vez, os direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição Federal e no entendimento do legislador, possuem uma maior vinculação de prestação e observância por parte do Estado, pois constituem-se em diretrizes de ação do ente estatal.

Assim, conclui-se que os direitos fundamentais atípicos podem ser identificados por meio da importância que alguns princípios gerais de direito possuem, e que embora não estejam positivados na Constituição Federal encontram-se intrínsecos nos preceitos constitucionais e a sua violação contrariaria todo o ordenamento jurídico.

Identifica-se ainda como direitos fundamentais atípicos aqueles decorrentes dos tratados internacionais que versam sobre

direitos humanos e o Brasil tenha aderido e o ratificado.

### **A importância dos direitos fundamentais atípicos**

Ao identificar tais direitos, resta mensurar o grau de responsabilidade civil do Estado em garantir e proteger estes direitos fundamentais atípicos no âmbito interno e identificar a responsabilidade em apurar possíveis violações destes princípios constitucionais implícitos, além daqueles decorrentes do descumprimento de tratados internacionais sobre direitos humanos.

A tese predominante entre os cultores do constitucionalismo é de que há um rol exemplificativo dos direitos fundamentais. Esta linha de discurso ganha pujança quando são verificadas várias mutações constitucionais aditivas, modificações estas que têm sido implementadas para albergar, sob o manto da fundamentalidade formal (escrita), novas conquistas da coletividade, ganhos estes decorrentes de mudanças sociais, culturais, políticas ou econômicas. (Gonçalves, 2010, p.74).

Para garantia desses direitos ao não tê-los reconhecidos pelo Estado surge a necessidade do fenômeno chamado de mutação constitucional por meio do ativismo judicial, pois resta ao Poder Judiciário por meio de interpretação da Constituição Federal apreciar violações em caso concreto e a aplicação do direito.

Sobre a importância deste fenômeno o Ministro Luiz Barroso (2011, p.89) explica:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Pois bem, a definição dos direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal não seria capaz de exaurir a temática e de acordo com as premissas trazidas pela carta magna seria possível encontrarmos direitos fundamentais que não estejam explícitos na constituição, mas por todo o seu conteúdo observa-se implicitamente no texto.

A importância destes direitos está diretamente relacionada ao cotidiano do cidadão brasileiro que ao necessitar de determinada prestação do Estado que não encontra-se positivada ou ainda, ao ser afetado de alguma forma pela intervenção Estatal necessita buscar no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, a prestação ou omissão necessário por meio de uma ação judicial.

### **As fontes dos direitos fundamentais atípicos**

Os direitos fundamentais atípicos decorrentes de tratados assinados pelo Brasil decorrem daqueles que embora não tenham sido submetidos ao procedimento de emenda à constituição, ao se tratar de direitos humanos ganha-se tal classificação conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Para o mestre Eduardo Rodrigues dos Santos existem três fontes de direitos fundamentais atípicos e assim explica:

(...) à luz do disposto no § 2º, do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, há três fontes das quais os direitos fundamentais atípicos podem advir em nosso ordenamento jurídico vigente: a) o regime constitucional, que pode ser entendido *lato sensu* (sistema constitucional) e *stricto sensu* (sistema de direitos e garantias fundamentais); b) os princípios constitucionais, que são os

princípios fundamentais do Título I, da Constituição, com especial relevância para a dignidade da pessoa humana; e c) os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte (todos eles, que, como demonstrado, possuem hierarquia constitucional, independentemente de terem passado pelo procedimento especial do § 3º, do art. 5º). (Santos, 2015, p.177).

O ordenamento jurídico deve ser harmônico e erradia suas premissas por toda a estrutura estatal, dessa forma, justifica-se a adoção do regime constitucional como a primeira fonte de direito fundamental atípico, pois qualquer ação ou omissão que contrarie esta estrutura.

Para Santos (2015), qualquer ação Estatal que contrarie a Constituição Federal, seja por meio dos princípios implícitos ou o sistema de governo, a forma de Estado ou ainda o Estado Democrático de Direito constitui o direito violado em direito fundamental atípico, devido a previsão implícita e o dever de se preservar estes direitos.

Portanto, os princípios constitucionais enquanto basilar do ordenamento jurídico, ao deparar-se com alguns direitos que embora ainda que não foram positivados, mas que venham a colidir com estes princípios violam a essência resultam em fonte para esses direitos.

Desta forma, os princípios constitucionais explícitos, aqueles já positivados no ordenamento jurídico constituem a segunda fonte destes direitos.

Por fim, os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro no cenário internacional ao ratificar tais tratados internacionais que tenham por objeto direitos referente a proteção destes direitos essenciais,

assim, constituem a terceira fonte de direito atípicos.

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação destes tratados internacionais, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante à matéria. Por fim, é de se acrescentar o elevado grau de universalidade destes instrumentos que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional. (Piovesan, 1996, p.4).

Observa-se que esta adequação teleológica do ordenamento jurídico ao regime constitucional resulta também na obrigação de que o Estado Democrático de direito adquira ao optar por ratificar e assinar, de modo a aderir as obrigações em relação a tratados internacionais, constituindo assim, em fonte desta nova classificação de direito fundamental: O direito fundamental atípico.

### **Os danos ou prejuízos pela inaplicabilidade dos direitos fundamentais atípicos**

Considerando a hierarquia das normas constitucionais e os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, numa primeira visão não haveria prejuízos na aplicabilidade dos direitos fundamentais atípicos.

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos podem ser hierarquicamente constitucionais ou supralegais, devendo ser realizado o controle de convencionalidade para adequação vertical de todas as normas infraconvencionais com eles incompatíveis. (Melo, 2022, p.1).

Entretanto, a identificação destes direitos podem ser um desafio e ao surgir a necessidade de se exigir a garantia deste direitos encontra-se óbices à sua materialização, seja pelo seu não reconhecimento ou ainda pela necessidade de judicialização.

A importância destes direitos em nosso ordenamento se dá na exigência de sua garantia e no compromisso na carta magna como fundamento da República, sendo imprescindível identificá-los para que possam ser exigidos.

É certo que alguns direitos fundamentais atípicos relacionados a fonte do regime constitucional não seria possível de elenca-lo em um rol taxativo, entretanto, um rol exemplificativo já traria a analogia facilitando a identificação destes direitos.

Qualquer violação de direitos são passíveis de discussão judicial, entretanto ao se tratar de direitos fundamentais a sua exigência ganham contornos de relevância, pois referem-se de situações graves e que a República pactuou defender.

Os direitos fundamentais atípicos ganham maior destaque em detrimento daqueles direitos comuns, e a exigência de sua efetivação sobressai ao princípio da reserva do possível, ganhando prioridade estatal por se tratado de direitos referente a existência humana.

Em relação aos tratados internacionais que o Brasil tenha ratificado, as denúncias de descumprimento das obrigações assumidas e as possíveis violações que venha cometer, terão como procedimento, o dever das

denúncias serem feitas no âmbito interno e não havendo a solução em tempo hábil, autoriza-se a representação junto aos organismos internacionais de direitos humanos.

A importância destes organismos internacionais decorrem de sua imparcialidade em relação ao Estado e as consequências que o Estado descumpridor é submetido em caso de não tomar as providências determinadas.

Nesse sentido, o Brasil já coleciona algumas condenações em relação ao descumprimento de direitos fundamentais em casos célebres como por exemplo o caso “Maria da Penha”, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília), povo indígena Xucuru etc. (Abreu, 2023).

Entretanto, muitos direitos fundamentais atípicos são violados sem que o Brasil tenha sido denunciado nestas cortes, demonstrando a importância de se identificar estes direitos a fim de resguardá-los.

Portanto, é imprescindível sua identificação e positividade para facilitar a garantia destes direitos.

### **Medidas de vinculação do estado na materialização dos direitos fundamentais atípicos**

Os direitos fundamentais atípicos não estão devidamente positivos na Constituição Federal e a sua importância no ordenamento jurídico, o meio adequado de questionar possíveis violações seria pelo controle difuso de constitucionalidade.

No controle concentrado de constitucionalidade, a previsibilidade de uma ação de controle não é tão pacífica, pois poderia haver o devido controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade nos casos em a ação ou omissão do Estado se

fundamente em violação a uma norma constitucional explícita.

Entretanto, nos casos de violação de direitos fundamentais atípicos não há previsão positivada, dependendo de uma interpretação, desta forma, a medida para o controle mais plausível seria utilizar-se da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental devido a violação e contrariedade do regime de governo ou os princípios.

No âmbito internacional, entretanto, além da possibilidade de questionar-se no âmbito do ordenamento jurídico interno por arguição de descumprimento de preceito fundamental pode haver a denúncia aos órgãos internacionais do descumprimento e como medida o país poderia sofrer sanções. Destaca-se que por meio desta medida o Brasil coleciona alguns condenações por violações de direitos humanos que poderiam ser facilmente identificados como direitos fundamentais atípicos.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 que tramita no Supremo Tribunal Federal pode ser citada como um exemplo de ativismo judicial que por meio desta medida busca vincular o Estado a cumprir suas obrigações de garantia da legislação pátria em relação aos direitos fundamentais atípicos materializado no princípio da dignidade da pessoa humana.

#### **4. Considerações Finais**

O presente artigo mensurou a responsabilidade do Estado em garantir e proteger os direitos fundamentais atípicos no âmbito interno, pois trata-se de proteger a essência do próprio Estado materializado em sua Constituição e a violação de princípios constitucionais implícitos trazem uma insegurança jurídica a todo ordenamento jurídico e o enfraquecimento dos Poderes constituídos.

No cenário internacional, o descumprimento de tratados internacionais sobre direitos humanos trazem além de condenações ao Brasil com diversas sanções e deveres de indenizações à vítimas, a desconfiança perante os demais países, sendo prejudicial em todos os cenários inclusive nas transações comerciais.

Identificou-se que os direitos fundamentais atípicos são uma denominação moderna e que suas fontes decorrem do regime constitucional, princípios constitucionais e de acordos ratificados pelo Brasil em tratados internacionais relacionados a direitos humanos.

O estudo dos direitos fundamentais atípicos demonstrou a importância no ordenamento jurídico brasileiro destes direitos, sendo necessário a identificação de suas fontes e até mesmo a sua positivação facilitando ao cidadão exigi-los e reduzindo os danos as pessoas que sofrem ao não tê-los reconhecidos.

Diante desta violação e a recusa estatal em resguarda-los urge a necessidade de se judicializar, sendo que tal necessidade acaba trazendo ônus as vítimas e o abarroamento aos tribunais brasileiros.

#### **5. Declaração de conflitos de interesses**

Nada a declarar.

#### **6. Referências**

ABREU, Daniel Albuquerque de. Direito Internacional dos Direitos Humanos: Conheça alguns casos em que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Revista Eletrônica IDP.edu. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. 7ª edição. Editora Universidade de Brasília, Brasília, DF, 1995.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Casa Civil, Brasília-DF, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 347. In: Revista Eletrônica Redir.stf.jus. 2015. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Data do julgamento 09/09/2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Imprensa: Coimbra, Almedina, 1998.
- COLONTONIO, Carlos Ogawa. O ACESSO À INTERNET É UM DIREITO FUNDAMENTAL?. In: Revista Eletrônica: Revista do Curso de Direito Centro Universitário Brazcubas. V4N1: Junho de 2020.
- FRANCO, Elaine Cristine. A crescente violação dos Direitos Humanos no cenário mundial. In: Revista Eletrônica JusBrasil, 2015.
- FACHINI, Tiago. Ativismo judicial: o que é, características e como funciona?. In: Revista Projuris. 2023.
- GOMES, Luiz Flavio. A diferença entre Direitos do Homem e Direitos Fundamentais. In: Revista Eletrônica JusBrasil, 2009.
- GONÇALVES, Rodrigo Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. *Prim Facie*, [S. l.], v. 3, n. 5, p. 73–100, 2010.
- MELLO, Caio Sergio Siqueira. A posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio e o controle de convencionalidade. In: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6771, 14 jan. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Direitos fundamentais atípicos: uma análise do § 2º, do art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre direitos humanos e fundamentais. In: Revista Eletrônica Conjur, 2015.
- SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 25ª Edição, Revista e Atualizada, 2005. Editora Malheiros. São Paulo-SP.