

UMA INTRODUÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

AN INTRODUCTION TO RIGHTS

Eugênio Rosa de Araújo²

Juiz Federal da 17ª Vara Federal

RESUMO

As declarações de direitos são um dos traços mais característicos do constitucionalismo. Nelas se reconheciam direitos a todos os homens, pelo simples fato de serem homens, com dois grupos de direitos bem nítidos: o das liberdades/limites e o das liberdades de oposição. A causa mais profunda do reconhecimento dos direitos naturais é de ordem filosófico-religiosa, mas nas constituições do século XX surge outro vetor: conceder aos indivíduos direitos em de cunho econômico. As gerações de direitos fundamentais revelam o caminho histórico da evolução dos direitos fundamentais, que podem ser objeto de limitação, não sendo absolutos. No Brasil, a constitucionalização de tais direitos evidenciando a sua impositividade máxima, vinculando os poderes públicos e podendo ser inseridos em três grupos: direitos de defesa, de prestação e de participação. Distinguem-se das garantias e podem ser decorrentes de tratados. São titularizados por todos os seres humanos, mas quando há colisão entre direitos fundamentais pode haver a sua limitação ou restrição, buscando a solução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, limites, colidência, concorrência.

ABSTRACT

Statements of rights are one of the characteristic features of constitutionalism. They were recognized rights to all men, simply because they are men, with two rights groups and clear: the freedoms/limits and opposition liberties. The deeper cause of the recognition of natural rights is a matter of philosophical-religious, but in the constitutions of the twentieth century comes another vector: granting individuals rights in a firmer economic. Generations of rights reveal the historical path of development of fundamental rights, which may be subject to limitation is not absolute. In Brazil, the constitutionalization of such rights which demonstrates the maximum bindingness, linking the public and falling into three groups: rights of defense, the provision and participation. They differ from the securities and may be derived from treaties. They are backed by all human beings, but when there is a clash between fundamental rights may be its limitation or restriction, seeking the solution of conflicts.

KEYWORDS: Rights, limits, legal opinions, competition.

¹ Enviado em 6/7, aprovado em 6/7 e aceito em 30/7/2009.

² E-mail: erosa@uninet.com.br

SUMÁRIO

1 Introdução 2 As primeiras declarações de direitos 3 O Estado absolutista e as declarações de direitos 4 As influências filosófico-religiosas 5 A base econômica das declarações de direitos 6 As Gerações de Direitos Fundamentais 7 A “fundamentalidade” dos direitos fundamentais 8 Os Direitos Fundamentais e suas características 8.1 Direitos universais e absolutos 8.2 Historicidade 8.3 Inalienabilidade e indisponibilidade 8.4 Constitucionalização 9 Vinculação dos Poderes Públicos 9.1 Vinculação do Poder Legislativo 9.2 Vinculação do Poder Executivo 9.3 Vinculação do Poder Judiciário 10 A questão da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF) 11 Os direitos fundamentais e suas funções 11.1 Direitos de defesa 11.2 Os direitos à prestação 11.3 Direitos à prestação jurídica 11.4 Direitos a prestações materiais 11.4 Direitos fundamentais de participação 12 As dimensões subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais 13 Distinção entre direitos e garantias 13.1 As garantias institucionais 14 Direitos decorrentes de tratados na CF 15 Titularidade dos Direitos Fundamentais 15.1 Capacidade de fato e de direito diante dos direitos fundamentais 15.2 Os sujeitos passivos dos direitos fundamentais 16 Colisão entre direitos fundamentais 17 As relações especiais de sujeição e as limitações aos direitos fundamentais 17.1 As limitações aos direitos fundamentais 17.2 Determinação do âmbito de proteção 18 Conformação e restrições aos direitos fundamentais 18.1 Os direitos fundamentais de âmbito de proteção estritamente normativo 18.2 Os direitos fundamentais e suas restrições 18.3 A tipologia das restrições aos direitos fundamentais 19 Os limites dos limites: princípio da proteção ao núcleo essencial 19.1 Os limites dos limites 19.2 Do princípio da proteção do núcleo essencial 20 Colisão de direitos fundamentais e solução de conflitos 20.1 Tipos de colisão 20.2 Solução de conflitos 21 Concorrência de direitos fundamentais 22 Bibliografia

1 Introdução

Desde a Revolução Francesa de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Já no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, condicionou-se à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição. “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Tal fato tinha uma profunda significação. O governo se conduziria por uma Constituição escrita, na qual ficava estabelecido em favor do indivíduo uma esfera, uma zona de autonomia de ação, delimitando o campo de intervenção legítima do Estado na vida de qualquer um.

O tempo passou e um novo modo de encarar a relação entre o indivíduo e o Estado se estabeleceu, com o reconhecimento de novos direitos, de cunho positivo, que o Estado estava obrigado a prestar.

Por outro lado, com a relativização do individualismo, foram também reconhecidos direitos fundamentais com caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

O reconhecimento de tais direitos permaneceu intocado como uma das metas do constitucionalismo, e inspirou a formulação de constituições, declarações de direitos e das garantias.

2 As primeiras declarações de direitos

As declarações de direitos são um dos traços mais característicos do constitucionalismo. A ideia de se estabelecer por escrito uma lista de direitos em favor dos indivíduos - direitos estes que se imporiam ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu - não é nova.

Os forais, as cartas de franquia continham, já na Idade Média, uma enumeração com esse caráter; entre as declarações, de um lado, e os forais e as cartas de franquia, de outro a distinção fundamental se assentava no fato de que, nas declarações, o objeto de preocupação era o homem, o cidadão, em abstrato, enquanto que nos forais e nas cartas o documento voltava-se para determinadas categorias ou grupos de homens.

Em síntese, nas declarações reconheciam-se direitos a todos os homens, pelo simples fato de serem homens, em razão de sua natureza, ao passo que nos forais e cartas de franquia, os direitos eram reconhecidos a alguns homens por fazerem parte de certa corporação ou pertencerem a determinada cidade.

Por outro lado, as declarações dos séculos XVIII e XIX apresentam nítida hostilidade ao poder, considerado o inimigo, por excelência, da liberdade.

Em todas elas, ressalta-se a mesma preocupação de armar os indivíduos de meios e modos de resistência contra o Estado. Por vezes, esta preocupação revelava-se com o estabelecimento de uma zona imune à intervenção do Estado (liberdades/limites); por outras, armando o indivíduo contra o poder dentro do próprio domínio estatal (liberdades/oposição).

Dois grupos de direitos, portanto, aparecem bem nítidos: a) o das liberdades/limites, como a liberdade pessoal, o direito de propriedade, a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, de religião etc., que impedem a intromissão do Estado numa esfera íntima da vida humana; e b) o das liberdades/oposição, com a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de manifestação, etc., que servem de meios de oposição política.

3 O Estado absolutista e as declarações de direitos

Atribui-se à opressão do Estado absolutista a causa próxima do surgimento das declarações. Destas, a primeira foi a do estado de Virgínia de 1776, a qual serviu de modelo para as demais colônias da América do Norte, muito embora a mais famosa delas - a declaração dos "Direitos do Homem e do Cidadão" - tenha sido editada pela Revolução Francesa em 1789.

Em todas estas declarações existe, de forma pontuada, resposta para cada abuso do absolutismo. O que se buscava, enfim, era enumerar os direitos imemoriais que, como no caso dos cidadãos ingleses, julgavam gozar os que haviam sido vilipendiados pelo monarca.

Também os franceses procuraram impedir os abusos mais frequentes. Fizeram-no de forma mais racional, tornando seu produto mais universal e perene.

4 As influências filosófico-religiosas

A causa mais profunda do reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em prol dos indivíduos, direitos que derivam, de forma imediata, da natureza humana, é de ordem filosófico-religiosa.

O cristianismo pregou a igualdade fundamental de todos os homens, criados à imagem e semelhança de Deus. Consolida-se a ideia sobre o direito natural como aquela participação na lei eterna que o homem concretiza pela sua essência: a vontade de Deus, o criador de tudo, revelada pela razão da criatura.

Essa base religiosa do Direito Natural foi substituída pela obra dos racionalistas do século XVII sob o fundamento de que o Direito Material não seria a vontade de Deus, mas a razão - medida última do certo e do errado, do bem e do mau, do verdadeiro e do falso. Foi a versão racionalista do Direito Material, inserida no Iluminismo, que inspirou as primeiras declarações de direitos.

5 A base econômica das declarações de direitos

A absorvente preocupação econômica da época do surgimento das declarações impulsionou a afirmação do indivíduo, posto que a revolução individualista era a mola mestra do capitalismo emergente, ávido pelo progresso econômico.

O individualismo é o traço fundamental das declarações dos Séculos XVIII e XIX e daquelas editadas até a 1ª Guerra Mundial, com a marca da preocupação em defesa do indivíduo contra o Estado, considerado um mal, embora necessário.

Tal viés individualista grava essa preocupação dos direitos individuais contra o Estado e perdura na maioria das constituições do século XX. Nestas, porém, surge outro vetor: conceder aos indivíduos determinados direitos a serem positivamente assegurados pelo Estado, direitos em geral de cunho econômico.

Pontuamos algumas ideias-síntese:

- a) o Direito Constitucional é veículo de afirmação dos direitos fundamentais, constituindo-se no local para a proteção do núcleo de tais direitos por via da dignidade da pessoa humana;
- b) a Constituição, como norma suprema do ordenamento jurídico, acolhe valores relevantes que merecem garantia estampada em tal documento, dotado de força normativa máxima;
- c) o preâmbulo de nossa Constituição aponta para a importância da proclamação dos direitos fundamentais - pilar ético/jurídico/político da compreensão de todo o texto constitucional.

6 As gerações de direitos fundamentais

Embora a classificação de Gerações dos Direitos Fundamentais seja criticada por alguns autores, posto que indicariam uma falsa superação de fases (gerações), e não a concomitância e convivência entre elas, impõe-se listá-las para a compreensão histórica do tema.

Os direitos de primeira geração são os referidos nas revoluções americana e francesa, os quais fixaram a esfera de autonomia pessoal imune à intervenção do Estado ou a qualquer expansão de seu poder. Traduzem postulados de abstenção dos governos, de viés universalista e podem ser traduzidos nas liberdades individuais de consciência, de culto, da inviolabilidade de domicílio e de reunião.

Não aparece ainda a preocupação com as desigualdades sociais, visto que o paradigma de proteção é o homem individualmente considerado.

Com o tempo, o Estado passou a ser convocado a realizar a denominada Justiça Social em decorrência, basicamente, das tensões sociais causadas pela industrialização, do rápido crescimento demográfico e dos consequentes reclames de sua intervenção, com vistas a realizar um papel mais ativo na sociedade.

Os direitos de segunda geração são os que obrigam o Estado a entregar prestações positivas, estabelecendo uma liberdade real e igualitária para todos por meio da ação corretiva dos poderes públicos, como a prestação de assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, o lazer, o direito de greve, a sindicalização, etc.

Sob os direitos de segunda geração o princípio da igualdade toma contornos de igualdade substancial, gerando direitos a prestações positivas. Por isso são chamados “sociais”, por se ligarem a reivindicações de justiça social, tendo como titulares indivíduos.

Os direitos de terceira geração são os de titularidade difusa ou coletiva. Aqui, concebe-se a proteção de coletividades ou de grupos: não se volta para o indivíduo. Como exemplos, temos o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural, etc.

Os direitos de quarta geração surgem como os relativos à manipulação do patrimônio genético, como a clonagem, os alimentos transgênicos, a fertilização *in vitro* com a escolha do sexo do bebê, ou ainda, como ressalta parte da doutrina, são aqueles ligados à globalização econômica.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações revela o caminho histórico da evolução destes direitos, sendo que cada geração interage e se complementa, permitindo a completa compreensão do tema.

Quanto à justificação dos direitos fundamentais, diversas correntes filosóficas disputam vertentes filosófico-jurídicas sobre a razão de ser dos direitos humanos. Os *jusnaturalistas* afirmam que os direitos do homem são decorrentes do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Para os *positivistas*, os direitos do homem são faculdades concedidas pela lei e por ela reguladas. Já os *idealistas* ponderam que

os Direitos Humanos são ideias, princípios abstratos que a vida de relação acolhe e sedimenta ao longo do tempo, os quais para os *realistas* seriam o resultado do direito das lutas sociais e políticas.

Parte da doutrina considera que os direitos humanos seriam fruto de vários momentos históricos diferentes, e a busca de uma base absoluta seria incompatível com sua própria diversidade.

Melhor será colher, em cada caso, as razões basilares para elevar um direito à categoria de fundamental, em face das condições, meios e situações nas quais esta ou aquela pretensão haverá de atuar. Dessa forma, além de motivos filosóficos devem ser agregadas condições sociais e históricas para que um Direito se incorpore aos estatutos vinculantes.

7 A fundamentalidade dos direitos fundamentais

Trataremos aqui da noção material ou substancial dos direitos fundamentais, sua fundamentalidade material, assinalando a dificuldade de revelá-los, bem como encontrar um conceito que alcance todo seu conteúdo.

A doutrina muito se esforçou nesse campo. Parte dela entende que os Direitos Fundamentais teriam como nota primordial a intenção de explicitar a dignidade da pessoa humana, e nisso residiria a sua fundamentalidade.

Para outros, em sentido oposto, a ideia de dignidade da pessoa humana não seria um vetor único e suficiente para definir os direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre com a proteção ao meio ambiente e às coletividades.

Embora existam direitos que não apresentam uma ligação direta com a dignidade da pessoa humana, o fato é que sua fundamentalidade inspira e norteia os direitos fundamentais típicos, como a vida, a liberdade, a integridade, a igualdade, etc.

É o princípio da dignidade humana que exige fórmulas de limitação do poder, ao prevenir o arbítrio e a injustiça, deixando-se entrever a conclusão segundo a qual os Direitos fundamentais podem ser considerados cristalizações ou materializações do princípio da dignidade humana.

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, constituem-se em pretensões que, em cada momento histórico, se revelam a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

Torna-se difícil, por vezes, identificar quais pretensões podem ser consideradas como ligadas à dignidade humana. Em certos casos, a subjetividade do intérprete é decisiva, mesmo que informada e influenciada pelas circunstâncias sociais e culturais do momento considerado.

Os direitos fundamentais, assim, designam no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

No qualificativo “fundamentais”, encontra-se a indicação de que se tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, por vezes, sequer sobrevive.

Nosso Supremo Tribunal Federal é sensível a identificar de normas de direito fundamental fora do catálogo específico (art. 5º, § 2º, CF) a partir do exame da existência de um especial vínculo - que pode ser evidenciado por elementos de ordem histórica - do bem jurídico protegido com alguns dos valores essenciais do resguardo da dignidade humana, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Destaca-se, na doutrina, Robert Alexy, ao sugerir o critério de verificação para apurar a fundamentalidade de um direito posto na Constituição.

Liga-se o critério aos interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito. Nesse sentido, uma carência ou interesse é fundamental, quando sua violação ou não satisfação significa morte, sofrimento grave ou frustração do núcleo central da autonomia individual.

8 Os direitos fundamentais e suas características

Conceituar os direitos fundamentais, isto é, descrever seus contornos, não é tarefa simples, muito menos fixar as características que sejam sempre válidas. A validade universal dos direitos fundamentais não pressupõe uma uniformidade. O conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades da cultura, da sociedade e da história de cada.

8.1 Direitos universais e absolutos

A universalidade deve ser compreendida em termos. Não é inadequado afirmar que todas as pessoas sejam titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitua condição suficiente para titularizá-los, embora, como no direito ao trabalho, não se liguem a todas as pessoas.

Disso conclui-se que a fundamentalização de certos bens que venham a satisfazer certas necessidades implica reconhecer que determinados objetivos vitais de algumas pessoas ostentam tanta importância que podem ser generalizados para todos os indivíduos.

Também não é exato falar sempre em universalidade no que concerne ao polo passivo das relações jurídicas desenvolvidas no entorno de um direito fundamental, pois há casos em que se debate o problema de saber se os Direitos fundamentais têm como obrigados os poderes públicos e também os particulares.

Como posto, os direitos fundamentais podem ser objeto de limitação - não são, portanto, absolutos. Podem sofrer limitações quando atritam com outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

8.2 Historicidade

Por não serem absolutos, os direitos fundamentais não podem pretender validade unívoca de conteúdo a todo tempo e em todos os lugares. Por isso, formam um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido dentro de um contexto histórico e cultural.

Tal historicidade explica que os direitos podem ser proclamados em determinada época, desaparecendo em outras, ou mesmo que se modificam no tempo, deixando à mostra uma índole evolutiva dos direitos fundamentais.

Em doutrina costuma-se afirmar que os direitos nascem quando devem ou podem nascer. Nasce o direito quando o poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para suas carências: ameaças enfrentadas por meio de demandas de limitação de poder; remédios providenciados por meio da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

8.3 Inalienabilidade e indisponibilidade

Um direito ou uma coisa será inalienável quando estiverem numa posição de exclusão de quaisquer atos de disposição, sejam de natureza jurídica (renúncia, compra e venda, doação etc) ou de natureza material (destruição do próprio bem). Essa inalienabilidade impede que o titular do direito o torne impossível de ser exercitado para si próprio, física ou juridicamente. Veja-se o exemplo do direito à integridade física, de cunho inalienável, posto que o indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou mesmo uma função vital tampouco mutilar-se.

A inalienabilidade traz uma consequência prática importante: a pretensão de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir - o direito não pode permitir que o homem se prive de sua dignidade.

Nem todos os direitos fundamentais, porém, ostentam esta característica; a indisponibilidade funda-se na dignidade, e esta na potencialidade de o homem autodeterminar-se e ser livre.

Apenas os direitos que visam a resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis.

A nota de indisponibilidade resguardaria apenas os direitos que tocam à potencialidade de o homem autodeterminar-se, como a vida biológica - sem a qual não há base física para a dignidade -, ou os que busquem preservar as condições adequadas de saúde física e mental, e, ainda, a liberdade de tomar decisões sem coação externa.

Nesse passo, seria inalienável o direito à vida - característica que tornaria inadmissíveis atos de disponibilidade material do ser humano que o reduzissem à miséria absoluta - e, no mesmo sentido, a saúde, as liberdades pessoais (liberdade ideológica, religiosa, de expressão, de reunião, etc.) e a já mencionada integridade física. A disponibilidade de tais direitos levaria à nulidade, por ilicitude do objeto, de qualquer negócio jurídico que veiculasse a alienação desses direitos.

Embora exista a inviabilidade de renúncia à titularidade de certos direitos, nada impede que apenas o seu exercício seja restringido em proveito de uma finalidade protegida ou tolerada pelo ordenamento constitucional - por exemplo, a liberdade de expressão (sigilo profissional), a liberdade de fé (no seio de uma ordem religiosa específica) ou a existência de regime especial de sujeição - militares, servidores públicos, etc.).

8.4 Constitucionalização

Outra característica de suma importância ligada aos direitos fundamentais é o fato de estarem consagrados em preceitos de ordem pública. Tal característica serve, inclusive, de linha divisória entre direitos fundamentais e direitos humanos.

A expressão “direitos humanos” (ou “direitos do homem”), é reservada às reivindicações sobre determinadas posições essenciais do homem. São direitos pretendidos em bases jusnaturalistas, envolvidos em uma índole filosófica, e não possuem como característica básica a positivação uma ordem jurídica particular.

Tal expressão, por sua vocação universalista, supranacional, é usualmente empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Por outro lado, a expressão “direitos fundamentais” é reservada aos direitos relacionados com posições jurídicas básicas das pessoas inseridas em diplomas normativos, como direito positivado em determinado Estado. São, assim, direitos vigentes em uma ordem jurídica concreta e particular - sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Há, como se vê, uma interação recíproca no tocante à distinção conceitual entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Tais direitos, porém, não coincidem no modo de proteção ou no grau de efetividade. As ordens internas apresentam mecanismos de adoção mais céleres e eficazes do que a ordem internacional.

No Brasil, a constitucionalização dos Direitos Fundamentais revela a sua impositividade máxima em face de todos os poderes constituídos, com destaque para o poder de reforma que nela encontra limite intransponível de alteração (art. 60, § 4º, CF) nas cláusulas pétreas.

9 Vinculação dos poderes públicos

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os paradigmas de organização e de limitação dos poderes constituídos, cuja inobservância ou desconformidade redundará em invalidade dos atos produzidos.

9.1 Vinculação do Poder Legislativo

Não somente a atividade legiferante deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais, mas também assumir um conteúdo positivador, tornando, assim, necessário editar normas que regulamentem os direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.

Um direito fundamental pode necessitar de normas infraconstitucionais que disciplinem o processo para a sua efetivação ou, ainda, que definam a própria organização de que depende a sua efetividade. Exemplo: regras processuais para o mandado de injunção e regras administrativas de funcionamento da assistência judiciária gratuita.

O vínculo do legislador aos direitos fundamentais implica, ainda, que na tarefa de restringir certos direitos - como livre exercício profissional - seja respeitado o núcleo essencial do direito, e não se criem condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto na Constituição.

Disso decorre a proibição de retrocesso, posto que, no que pertine aos direitos fundamentais que dependem de interposição legislativa para sua concreção, uma vez obtido certo grau ou nível de realização, o legislador não poderá reverter o estágio das conquistas já obtidas e consolidadas - exemplo: nova lei de imprensa que restringisse, ainda mais, o exercício da liberdade de imprensa e de opinião.

O princípio da proibição de retrocesso social implica que o núcleo essencial do direito já realizado e efetivado considera-se garantido, salvo se a lei criar algum sistema alternativo ou compensatório - como lei que aumente, desproporcionalmente, o tempo para a aposentadoria.

Ressalta-se que os direitos fundamentais têm sido aplicados também aos atos externos do Poder Legislativo, como no caso das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, CF).

9.2 Vinculação do Poder Executivo

Também a Administração vincula-se aos direitos fundamentais. A expressão “Administração” compreende as pessoas jurídicas de direito público e privado que dispõem de poderes públicos, de faculdades do *jus imperium* (impositivo) ao tratar com os particulares.

Aqui, algumas posturas devem ser observadas pelo administrador:

- a) os direitos fundamentais devem ser observados na interpretação e aplicação de cláusulas gerais (ex.: boa-fé) e de conceitos jurídicos indeterminados (ex.: interesse público, necessidade do serviço, etc);
- b) o chefe do Poder Executivo não pode negar cumprimento a preceito que considere inconstitucional (para tanto existe o controle judicial de constitucionalidade);
- c) mesmo o prefeito, o qual não possa arguir diretamente a inconstitucionalidade de uma lei em abstrato, não pode recusar sua aplicação por inconstitucionalidade, podendo valer-se de outros meios processuais (*habeas corpus*, ação declaratória pedindo declaração de correção das relações decorrentes de seus atos “contrários” à lei) que lhe garantam uma administração proba.

É até mesmo intuitivo que, em casos limites, o agente pode deixar de cumprir a lei, por entendê-la inconstitucional, como no caso em que o direito fundamental agredido surja de forma aberta e clara (*prima facie*) e ponha em grave risco a vida ou integridade física de alguém, resultando da lei inválida o cometimento de fato definido como crime - exemplo: deixar de comprar remédio essencial por ausência de dotação orçamentária específica.

9.3 Vinculação do Poder Judiciário

Conforme previsto no art. 5º, XXXV, a defesa dos direitos fundamentais constitui a essência da função jurisdicional. As cortes têm o dever de conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Sob uma perspectiva negativa, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar a aplicação de preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.

10 A questão da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF)

Os sistemas jurídicos democráticos devem evitar que as posições tidas como essenciais da pessoa resultem em letra morta ou só adquiram a necessária eficácia a partir da atuação do legislador.

Com isso, supera-se a concepção do Estado de Direito formal, no qual os direitos fundamentais somente conquistam expressividade quando regulados em lei. O significado essencial dessa cláusula é reafirmar que os preceitos que definem ou denotam direitos fundamentais geram normas de cunho preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se que os direitos fundamentais se assentam na Constituição Federal, e não na lei. Não são meras normas matrizes de outras normas, mas também possuem capacidade de regulação direta de relações jurídicas. Podem e devem os juízes, então, aplicar diretamente os preceitos constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação.

O dispositivo em foco (art. 5º, § 1º, CF) autoriza que os operadores do Direito, mesmo à míngua de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa.

Do mesmo modo, e com mais razão, podem os juízes aplicar os direitos fundamentais mesmo contra a lei, caso esta não esteja conforme o sentido constitucional daqueles.

Tal característica não implica que os direitos fundamentais constituam sempre direitos subjetivos, concretos e definitivos. Há normas relativas a Direitos Fundamentais que evidentemente não são autoaplicáveis, carecem de interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos - exemplos: educação, lazer, habitação, propriedade, etc.).

A plenitude dos efeitos destes preceitos depende de ação normativa do legislador em vista da baixa densidade normativa que veiculam. Ademais, a inteligência do § 1º do art. 5º da CF/88 não deve ser feita em detrimento da natureza das coisas.

Como foi assinalado, o § 1º do art. 5º da CF constitui norma-princípio, estabelecendo um mandado de otimização, uma determinação para conferir maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional - deve-se presumir a sua perfeição, quando possível.

11 Os direitos fundamentais e suas funções

A multiplicidade de funções dos direitos fundamentais leva a que a sua própria estrutura não seja unívoca e propicie algumas classificações úteis para se compreender o conteúdo e a eficácia de cada um deles.

Uma sistematização clássica é a dos quatro *status* (Jellinek), bem como a que classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos à prestação. Sob outro ângulo, no estudo das funções dos direitos fundamentais devem ser analisadas suas dimensões subjetiva e objetiva.

Na teoria dos quatro *status*, há uma pressuposição de que o indivíduo pode encontrar-se de quatro modos diante do Estado, disso derivando direitos e deveres diferenciados.

O *status subjectionis* ou *status passivo*, revela a posição de subordinação, na qual o indivíduo se obriga em face do Estado, tendo este competência para vincular comportamentos por meio de mandamentos e proibições.

Ocorre o *status negativo* quando a personalidade exige desfrutar um espaço de liberdade em relação às ingerências do poder público. O homem deve gozar de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado, posto que a autoridade é exercida sobre homens livres.

Verifica-se o *status civitatis* no direito de exigir do Estado uma atuação positiva, preordenada à realização de uma prestação. Aqui o indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado atue em seu favor.

Por fim, no *status ativo*, o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado (ex.: voto), como nos direitos políticos.

Tomando como base a teoria dos quatro *status*, depuram-se os três grupos de direitos fundamentais mais destacados: os direitos de defesa (direitos de liberdade), os direitos a prestações (direitos cívicos) e os direitos de participação (observe que o *status subjectionis* identifica deveres do indivíduo).

11.1 Direitos de defesa

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Tais direitos objetivam limitar a ação do Estado, evitam sua ingerência sobre os bens protegidos (ex.: liberdade, propriedade, etc.) e fundamentam eventual pretensão de reparo pelas agressões consumadas.

Em nosso ordenamento constitucional, os direitos de defesa estão em grande parte contidos no art. 5º da Constituição: inciso I (legalidade); inciso II (proibição de tortura); inciso III (liberdade de manifestação do pensamento); inciso IV (liberdade de culto); inciso VI (liberdade de expressão artística); inciso IX (proteção da intimidade); inciso X (proteção ao sigilo das comunicações); inciso XII (liberdade de profissão); inciso XIII (liberdade de locomoção); inciso XV (liberdade de associação); e inciso XVII (proibição de penas de caráter perpétuo). Ressalte-se haver quem entenda o direito à igualdade - vedação de discriminações impróprias - entre os direitos de defesa.

Entre os desdobramentos da função de defesa dos direitos fundamentais, podemos citar:

- a) vedação de interferência do Estado no âmbito de liberdades dos indivíduos - normas de competência negativa para o Estado;
- b) Estado não pode embaraçar o exercício de liberdade do indivíduo, material ou juridicamente;
- c) é vedada ao Estado censura prévia a manifestações artísticas;
- d) de igual forma, é vedado impedir a formação de religiões e a manifestação de culto;
- e) há proibição de se instituir requisitos exagerados para o exercício de uma profissão.

Os *direitos de defesa* também protegem os bens jurídicos contra ações do Estado. Em vista do direito à vida, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano. Em face do direito de privacidade, o Estado não pode divulgar certos dados pessoais dos seus cidadãos. O direito de defesa, nesse passo, ganha forma de direito à não afetação dos bens protegidos.

O aspecto de defesa dos direitos fundamentais pode ainda expressar-se pela pretensão de que não sejam suprimidas certas posições jurídicas.

Neste ponto, o direito fundamental assume conteúdo preordenado a que o Estado não derogue determinados preceitos. O direito fundamental produz um efeito inibidor a que o Estado elimine posições jurídicas concretas, como, por exemplo, no caso em que se extinga o direito de propriedade de quem adquiriu certo bem segundo o ordenamento em vigor.

O direito de defesa também poderá atuar como proibição a que o Estado suprima posições jurídicas em abstrato, como a possibilidade de transmitir a propriedade de determinados bens.

Nas liberdades consagradas ou consolidadas, inclui-se a faculdade simétrica da não fruição da posição prevista no preceito considerado. O direito de reunião, por exemplo, implica o direito de não se reunir -o art. 5º, XX, deixa expresso que ninguém é obrigado a se associar ou a manter-se associado.

No contexto dos direitos de defesa, a liberdade contém uma nota específica: o traço típico da liberdade é a disponibilidade de alternativa de comportamento, a possibilidade de escolher uma conduta. O direito à vida não é uma liberdade: seu titular não tem o direito de viver ou morrer. Ele tem natureza defensiva contra o Estado. No caso da liberdade de profissão, a própria escolha da carreira ou ofício fica assegurada.

Por fim, no que se refere à estrutura dos direitos de defesa, seus preceitos são, de regra, autoexecutáveis, mesmo que redigidos em termos vagos ou com várias acepções e sentidos (polissêmicos).

11.2 Os direitos à prestação

Como acabamos de ver, os direitos de abstenção visam a assegurar o *status quo* do indivíduo. Os direitos à prestação exigem que o Estado atue para corrigir desigualdades, moldando o futuro da sociedade.

Tais direitos à prestação partem da premissa de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades básicas, e figuram entre os direitos de promoção. São direitos que se realizam por intermédio do Estado e surgem da necessidade de se estabelecer uma igualdade efetiva, solidária e fraterna entre os membros da comunidade.

Se os direitos de defesa asseguram liberdades, os direitos à prestação asseguram desfrutar as condições materiais para o exercício dessas liberdades (obrigações de fazer ou de dar).

Neste caso, a ação do Estado imposta pelo direito à prestação pode referir-se tanto a uma prestação material quanto a uma prestação jurídica.

11.3 Direitos à prestação jurídica

Existem direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação, pelo Estado, de uma prestação de natureza jurídica. O objeto do direito será a normação (regulamentação) pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental.

Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento.

A Constituição, por vezes, estabelece diretamente ao Estado a obrigação de legislar para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, LXXLI), ao racismo (art. 5º, XLII) ou à tortura e ao terrorismo (art. 5º, XLIII).

Para além disso, há direitos fundamentais que dependem, essencialmente, de normas infraconstitucionais para ganhar pleno sentido. Há direitos que se condicionam a outras normas que definirão o modo do seu exercício e até mesmo o alcance do seu significado.

Existem, portanto, direitos fundamentais que necessitam de criação por via de lei de estruturas organizacionais (ex.: defensoria pública) para que se tornem efetivos. Tais direitos podem reivindicar a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos o desfrute efetivo da organização e a participação nos procedimentos estabelecidos.

O direito à organização e ao procedimento redonda não só na edição de normas que realizem os direitos fundamentais, mas que também elas sejam interpretadas de acordo com os direitos que as justificam.

Nesse contexto, é reconhecida ao Estado alguma discricionariedade na conformação desses direitos de índole normativa, já que no conteúdo das normas a serem editadas será observado o postulado da razoabilidade, entregue ao juízo político do Poder Legislativo.

11.4 Direitos a prestações materiais

Também denominados de “direitos à prestação em sentido estrito”, resultam da concepção social do Estado e são tidos como direitos sociais. Visam a atenuar desigualdades de fato, no seio da sociedade, ensejando satisfazer necessidades aptas a tornar possível o gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. Seu objeto consiste numa utilidade concreta que poderá ser um bem ou um serviço.

São exemplos de tais direitos os enumerados no art. 6º da Constituição Federal (direitos sociais) e que são devidos pelo Estado - embora, nesse caso, os particulares também estejam vinculados, como ocorre com os descritos no art. 7º (direitos do trabalhador).

No que pertine à estrutura dos preceitos que veiculam normas que consagram os direitos à prestação, podemos destacar algumas peculiaridades:

- a) apresentam alta densidade normativa;
- b) não carecem de interposição do legislador para serem aplicados sobre as relações jurídicas (direitos originais à prestação);
- c) exigem, no entanto, legislação para produzir efeitos plenos, em sua maior parte.

Como já ressaltado, os direitos à prestação material visam a atenuar desigualdades fáticas de oportunidades, distribuindo riqueza no âmbito da sociedade. Não é menos certo, porém, que tais direitos têm sua efetivação sujeita às condições em cada momento da riqueza nacional, sendo satisfeitos segundo as conjunturas econômicas e orçamentárias. Diz-se que estão submetidos à reserva do possível.

Nosso texto constitucional não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, salvo em casos excepcionais (ex.: arts. 198 e 212); tais decisões devem ficar a cargo de decisão política, com a legitimação da representação popular competente para delinear as balizas da política financeira, social e monetária.

Essa legitimação popular é importante, porque a realização de direitos sociais importa privilegiar um bem jurídico em prejuízo de outro. A efetivação de tais direitos favorece segmentos da população e necessitam da legitimação democrática do Parlamento - como sede natural dessas deliberações - e, em segundo lugar, do Poder Executivo.

Não cabe, assim, ao Judiciário, salvo em casos excepcionalíssimos, extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que tratam de direitos não originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já tenham sido suficientemente delineadas. É tarefa do órgão legislativo e não do Poder Judiciário. Um exemplo bastante esclarecedor é o direito ao trabalho (arts. 6º e 170, VIII), em que o desempregado não tem o direito subjetivo a que o Estado lhe proporcione um posto de trabalho.

Assim, os direitos sociais fundamentais (identificados com os de prestação material) não justificam pretensões invocáveis de forma direta. Em princípio, não podem ensejar direitos subjetivos individuais, já que se denominam direitos na medida da lei.

Esses direitos não podem ser determinados pelos juízes quanto aos seus pressupostos, bem como à extensão do seu conteúdo. Para se determinar seu conteúdo, é necessária a atuação legislativa que o defina concretamente, fazendo uma opção dentro de um quadro de possibilidades e prioridades a que obrigam a escassez de recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida em sociedade e, em geral, o próprio princípio democrático.

Com isso, os direitos à prestação material aproximam-se dos direitos à prestação normativa. Em se tratando de direito à prestação, o dever imediato que toca o Estado é, em primeiro lugar, o de legislar, por ser tarefa devida (no caso dos direitos a prestações jurídicas) como condição organizativa (no caso dos direitos a prestações materiais) - caso do art. 215 (cultura).

Nesse diapasão, os direitos à prestação material e à prestação jurídica recaem na esfera de liberdade de conformação do legislador, tanto a soluções normativas quanto ao modelo de organização e ritmo de concretização.

A eficácia constitucional dessas normas é servir de parâmetro de controle da constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos e revogar normas anteriores incompatíveis com os programas de ação que entronizam. Utilizam-se, ainda, como modelo interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico, sob pena de quebrar a harmonia do sistema e invalidar a norma.

Adverte-se para o perigo que corre a força normativa da Constituição quando é tencionada com promessas demagógicas e excessivas que frustram expectativas. A teoria do grau mínimo de efetividade dos direitos à prestação material procura uma garantia, um mínimo social dos direitos à prestação, sem o qual fica configurada indesejável omissão legislativa.

Em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal adotou a referida teoria, ao garantir um grau mínimo social do direito à saúde (art. 201, § 5º) no caso de fornecimento de medicamentos para portadores de Aids e o acesso à pré-escola (art. 208, IV).

Encontra-se na doutrina ensinamento segundo o qual quando o direito a prestação material vem a ser concretizado pelo legislador, fala-se do direito derivado a prestação. Aqui teremos direito subjetivo concedido por lei, e não simplesmente direito fundamental.

Extrai-se, pois, dos direitos fundamentais concretizados pretensões de igual acesso a instituições criadas (ex.: ensino e saúde) e de igual participação nos benefícios fornecidos por estes serviços. Conceituam-se tais direitos derivados a prestação como direitos a igual distribuição das prestações disponíveis.

11.5 Direitos fundamentais de participação

Conforme já suscitado em sede doutrinária, os direitos de participação constituiriam uma categoria mista, reunindo elementos dos direitos de defesa e dos direitos a prestações; garantiriam a participação dos cidadãos na formação da vontade do país, por via dos direitos políticos.

12 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está mais ligada a suas origens históricas e a suas finalidades mais elementares. Tal dimensão corresponde a uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou ao poder de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (ex.: liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem. Do mesmo modo, correspondem à competência, isto é, ao poder de modificar determinadas posições jurídicas.

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado democrático de direito, operando como limite do poder, bem como diretriz para sua ação. As constituições de feição democrática assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Tal fenômeno faz com que eles influam sobre todo ordenamento jurídico.

Tal dimensão faz com que os direitos fundamentais transcendam à perspectiva da garantia de posições individuais para atingir a estatura de normas que traduzam os valores básicos da sociedade política, fazendo sua expansão para todo o direito positivo.

Constituindo, dessa forma, a base do ordenamento jurídico do Estado democrático, é possível afirmar que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais transporta-os para além da perspectiva individualista - como um valor em si, a ser preservado e fomentado.

A perspectiva objetiva legitima inclusive restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em benefício de seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos.

Mais uma consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em atrair um dever de proteção pelo Estado contra agressões dos próprios poderes públicos, de particulares ou de outros Estados (dever de proteção), cobrando providências materiais ou jurídicas de resguardo dos bens protegidos. Corrobora-se a assertiva segundo a qual a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva, atribuindo-lhe reforço de efetividade.

O propósito de reforço de posições jurídicas fundamentais pode exigir a elaboração de regulamentações restritivas de liberdades. Respeita-se a liberdade de conformação do legislador, a quem se reconhece certo grau de discricionariedade na opção normativa tida como mais oportuna para proteger os direitos fundamentais.

Caberá, então, aos órgãos políticos, indicar a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva cria um direito à prestação associado ao direito de defesa, e esse direito à prestação há de se sujeitar à liberdade de conformação dos órgãos políticos e aos limites da reserva do possível.

Parte da doutrina alude à necessidade de o Estado agir em defesa dos direitos fundamentais com um mínimo de eficácia: não se pode exigir afastamento absoluto da ameaça que se procura prevenir.

Se é possível visualizar um dever de agir do Estado, não é razoável impor-lhe o como agir. Uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nos casos em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero.

Assim, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais comunica-lhes uma eficácia irradiante, o que os converte em uma diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos diversos ramos do direito. A dimensão objetiva enseja, ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eficácia destes direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.

13 Distinção entre direitos e garantias

Na classificação dos direitos fundamentais, intenta-se distinguir os direitos das garantias. Aqueles teriam como objeto imediato um bem específico da pessoa (ex.: vida, honra, liberdade, integridade física, etc.); estes seriam as normas que protegeriam os direitos fundamentais indiretamente, assegurando ao indivíduo a possibilidade de exigir

dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam (ex.: *habeas corpus* e mandado de segurança).

Nem sempre, porém, a fronteira entre uma categoria e outra mostra-se evidente: nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

13.1 As garantias institucionais

As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (de direito público) ou institutos (de direito privado) desempenham papel relevante na ordem jurídica e devem ser preservados em seu núcleo essencial (suas características elementares) da erosão do legislador.

Seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas de ordem pública (ex.: família, art. 226 da CF) e privada (ex.: universidade, art. 207 da CF).

A família, por exemplo, é preservada por intermédio da proteção das normas essenciais que lhe dão configuração jurídica. Sua essência é resultante de um feixe de normas infraconstitucionais (direito civil) que, em seu conjunto, devem ser preservadas - podem ser desenvolvidas ou adaptadas, jamais esvaziadas.

Como regra, as garantias institucionais não outorgam direitos subjetivos aos indivíduos, diferenciando-se das garantias fundamentais. Por vezes, um mesmo preceito apresenta aspectos de garantia institucional e de direito subjetivo, como no direito de propriedade, que além de estabelecer a imputação subjetiva de um bem a um sujeito também enlaça as pretensões de adquirir, fruir e transmitir o domínio sobre a coisa.

Tais garantias existem para que possam preservar os direitos subjetivos que lhes dão sentido. Têm por objetivo reforçar o aspecto de defesa dos direitos fundamentais.

Assim, as garantias institucionais visam a assegurar a permanência da instituição ou instituto, preservando o mínimo de substancialidade ou essencialidade - aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto pereceria o ente instituto protegido. Ao legislador reconhece-se, porém, certa liberdade de conformação.

14 Direitos decorrentes de tratados na CF

O Brasil adotou um sistema aberto de direitos fundamentais; não se pode considerar taxativo (*numerus clausus*) o rol constante do art. 5º da Constituição Federal.

Existem direitos materialmente fundamentais previstos na Constituição Federal fora daquele elenco. A fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana e, em vista da sua importância, não podem ser deixadas à disposição discricionária do legislador ordinário.

É possível, a partir do próprio catálogo dos direitos fundamentais e de seus princípios elementares constantes do texto constitucional, deduzir a existência de outros, a exemplo do que ocorreu com a redação do § 36 do art. 153 da Carta de 1969.

A técnica da cláusula aberta em relação aos direitos fundamentais deriva da IX emenda da Carta Norte-Americana, a qual diz que a enumeração de alguns direitos na Constituição brasileira não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que o povo tenha. Parte da doutrina inclusive argumenta que o § 2º do art. 5º da Carta de 1988 confere status constitucional aos tratados sobre direitos humanos.

Em relação ao § 1º do art. 5º - que estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são autoaplicáveis -, diz-se, obviamente, que elas são aplicáveis até o limite em que as instituições e os institutos propiciem condições para o seu atendimento. O Judiciário, sendo chamado para resolver pretensão concreta nelas garantida, não pode deixar simplesmente de aplicá-las ou de considerá-las em sua fundamentação e argumentação, mas segundo o direito posto existente.

Veja-se, por exemplo, a garantia do mandado de injunção que, por ter sido considerado instituto processual de aplicação imediata, independente de interposição legislativa, tornou-se um instituto de mera retórica no controle jurisdicional da omissão legislativa.

Recentemente, consciente da falta de eficácia do instituto, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o entendimento de propiciar ao demandante buscar seu direito subjetivo a partir da legislação ordinária já existente (Ex.: MI nº 721, rel.: min. Marco Aurélio).

Ainda com respeito ao preceito em epígrafe, vale a consulta ao recente julgado do Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 986 (rel.: min. Eros Grau), em que nossa corte reafirmou a eficácia imediata dos direitos fundamentais com a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos, devendo o Estado guardar-lhes estrita observância.

Outra cláusula de suma importância no art. 5º é a visível no preceito do § 2º, segundo o qual os direitos e garantias expressos na 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.

Tal preceito revela a conhecida “norma de encerramento”, que institui as liberdades residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes - as quais, a despeito de não enunciadas ou específicas na Carta, resultam do regime e dos princípios que esta adota. O rol é apenas exemplificativo, não se admite no plano dos direitos fundamentais qualquer exegese que suprima, restrinja ou neutralize outros direitos e garantias que, embora não especificados, são titularizados pelo ser humano. O objetivo da cláusula constitucional é inibir ações, atentados ou abusos do Estado contra as liberdades públicas.

Nossa corte constitucional tem admitido que embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não possua dignidade de preceito constitucional, sua incorporação ao nosso ordenamento teve o condão de modificar legislação ordinária anterior (HC nº 888.420, rel.: Ricardo Lewandowski).

Por outro lado, o STF decotou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos consumidores em geral, em face da Convenção de Varsóvia, que trata de limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional, fazendo prevalecer o art. 178 da Constituição Federal em confronto com o § 2º do art. 5º (RE nº 297.901, rel.: Ellen Gracie).

Uma importante novidade foi a inserção, pela Emenda Constitucional nº 45/04, do § 3º no artigo 5º, segundo o qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.

A emenda é resposta ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no HC nº 72.131 (rel.: Moreira Alves), decidiu que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento tão somente com força de lei ordinária. Não se lhes aplica, quando eles tiverem integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.

Recentemente, porém (HC nº 90.172, rel.: Gilmar Mendes), o Supremo, já após a EC nº 45/04, está pendendo para a exegese de adotar o Pacto de São José da Costa Rica como paradigma absorvido pelo nosso ordenamento constitucional, para controle de constitucionalidade das leis.

Por derradeiro, o § 4º do art. 5º, com a redação dada pela referida emenda, afirmou que o Brasil se submete à jurisdição de tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional das Nações Unidas foi assinado na Itália em 17/7/1998, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112/2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002, entrando em vigor em nosso ordenamento interno em 1º/7/2002. Nele são tratados crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, conforme o art. 5º. Submete-se o Brasil à jurisdição deste tribunal, sendo, no entanto, essa jurisdição “complementar” à jurisdição nacional (art. 1º).

15 Titularidade dos direitos fundamentais

Todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais.

Mesmo estrangeiros não residentes (ex.: turistas) não estão à margem dos direitos fundamentais, posto que tais direitos estão radicados na dignidade da pessoa humana, e a nacionalidade seria fator apenas acidental, que não vulneraria a proteção ao indivíduo. Dessa forma, no âmbito dos direitos individuais, que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significação, posto que a ele não se garantem os direitos políticos ou direitos sociais, como o trabalho.

Pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais. O princípio da igualdade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o direito ao sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito de associação, todos fazem parte do elenco posto à disposição das pessoas jurídicas pelo nosso ordenamento constitucional. Evidentemente, certos direitos fundamentais relacionados a prisão, direitos políticos e direitos sociais têm como destinatárias apenas as pessoas físicas.

Mesmo as pessoas jurídicas de direito público titularizam direitos fundamentais. Não se pode esquecer o caráter objetivo dos direitos fundamentais, pondo-se às entidades federadas, pelo menos, as garantias de cunho eminentemente processual.

Nota-se que os direitos fundamentais nascem da intenção de garantir uma esfera ou zona de liberdade justamente em face dos poderes públicos.

15.1 Capacidade de fato e de direito diante dos direitos fundamentais

Em decorrência da tendência à especificação dos direitos fundamentais, alguns deles podem ser referidos, com exclusividade, a certas categorias de pessoas, suscitando a questão de se saber quando começa a titularidade deles.

Muitas vezes, tende-se a resolver o problema com base na conhecida referência no direito privado à capacidade de direito (aptidão concreta para o seu exercício).

Uma criança pode ser titular do direito de propriedade, mas pode não ter capacidade para exercer as faculdades inerentes a esse direito, como a alienação do bem, por exemplo.

Tais critérios de cunho civilista, se exacerbados, podem restringir os direitos fundamentais. Em certos casos, porém, não faria sentido, pela natureza das coisas, reconhecer direitos fundamentais a pessoas que não os pudessem exercer na ordem prática, como, por exemplo, o direito de reunião para recém-nascidos.

Não se desconhece, no entanto, a necessidade de se estabelecerem lineamentos gerais para identificar casos de limitação da capacidade de fato.

Quanto aos direitos fundamentais que não implicam em exigência de conhecimento ou tomada de decisão, não seria possível cogitar da distinção entre capacidade de fato e de direito, pois tais direitos não podem ser vistos como dependentes de limitação de idade, posto que sua fruição não dependeria da capacidade intelectual do titular, como, por exemplo, o direito à vida ou à integridade pessoal.

Outros direitos que não prescindem de um certo grau de maturidade para serem exercidos teriam a sua titularidade vinculada às exigências de idade mínima, fixadas na lei civil. Deve-se reconhecer que o Direito Constitucional não tem condições de fornecer uma fundamentação global da capacidade de exercício de direitos, relativamente ao problema da idade mínima.

Parte da doutrina, no entanto, não acata a diferenciação entre capacidade de fato e capacidade de direito quanto aos direitos fundamentais. Advoga-se a tese segundo a qual a atribuição de direitos fundamentais envolve a correspondente atribuição de capacidade para o seu exercício.

É preciso analisar o caso por meio do sopesamento de valores, mantendo-se a perspectiva de que toda limitação de ordem etária a um direito fundamental a ser compreendida à luz da proteção do menor, visando à fruição ótima por ele próprio do bem juridicamente tutelado.

15.2 Os sujeitos passivos dos direitos fundamentais

A partir de uma perspectiva histórica, é o poder público o destinatário natural das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A ideia inicial era criar um espaço mínimo de imunidade de intervenção estatal na vida do ser humano.

Com os desdobramentos das crises sociais, políticas e econômicas do século XX, ficou evidente que ao Estado incumbia preservar a sociedade das turbulências que o próprio trato social faz eclodir, atuando para garantir a liberdade para todos.

Verificou-se que diversas forças sociais, políticas e econômicas poderiam constranger os indivíduos, competindo ao Estado prevenir tal estado de coisas. Por evolução, os direitos fundamentais passaram também a ser opostos em face de particulares, em razão de sua eficácia imediata e objetiva.

A feição objetiva dos direitos fundamentais acarreta não só a obrigação do Estado em respeitá-los, mas também a aceitação desses direitos pelos próprios particulares, nas suas relações recíprocas.

Tal fenômeno ficou conhecido como efeito externo ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No âmbito das relações entre particulares que se encontrem em relativa igualdade de condições, será necessário proceder a uma ponderação de valores com vistas a atingir uma harmonização entre eles, uma concordância prática para o caso, e não se pode sacrificar completamente um direito fundamental, tampouco o núcleo da autonomia da vontade.

Na ponderação de valores, será necessário sopesar o fato segundo o qual a liberdade é conatural à possibilidade de se vincular, o que importa em aceitar limitações no âmbito protetor dos direitos fundamentais.

Evidentemente, tal possibilidade de limitação pressupõe efetiva liberdade contratual, bem como igualdade fática de armas na construção consentida dos direitos fundamentais.

Não é simples, e é necessário ponderar no caso, buscar definir em que hipótese um direito fundamental incide sobre uma relação entre particulares, dosando o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade.

Existe uma disputa entre duas teorias no tocante à incidência dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares, nas quais sempre se encontrará um certo grau de subjetividade.

Trata-se dos que propugnam pela eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e dos que defendem o dever de os direitos fundamentais atuarem indiretamente, na denominada “teoria da eficácia mediata ou indireta”.

No que concerne à teoria da eficácia direta ou imediata, defende-se que os direitos fundamentais devem ter aplicação incondicionada e plena sobre as decisões das entidades privadas que desfrutam de poder social, ou diante de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito, a exemplo do que deflui do § 1º do art. 5º.

Por outro lado, a teoria da eficácia indireta ou mediata pretende conferir maior densidade ao princípio da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento da personalidade, recusando a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada, sugerindo a indevida intromissão do Estado na vida privada do indivíduo sob o argumento de se observar desvios decorrentes da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Em nosso ordenamento, os direitos fundamentais são protegidos nas relações entre particulares e comumente são postos em prática na interpretação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

De uma infinidade de exemplos que poderiam ser oferecidos, pinçamos o da jurisprudência sedimentada em torno dos contratos de adesão, na qual o STF admitiu a incidência direta dos direitos fundamentais para solucionar um caso em que conclui pela incidência direta da garantia da ampla defesa em sede de punição de integrante de entidade privada.

16 Colisão entre direitos fundamentais

O conflito entre direitos fundamentais, ou entre estes e valores constitucionais, tem despertado a atenção dos estudiosos do direito.

Para resolver a questão, é necessário buscar o enquadramento do seu conteúdo, bem como dos limites dos direitos em antagonismo.

Diante de tal quadro, como agir quando duas situações protegidas por direitos fundamentais diversas entram em choque em determinada circunstância?

Para iniciar a solução do conflito, é necessário esclarecer a classificação, já consagrada em sede doutrinária, entre princípios e regras, os dois grandes grupos de normas jurídicas.

Regras são normas que, diante da descrição contida no suporte de fato do preceito legal, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Caso haja conflito de regras, os critérios de solução do conflito serão a hierarquia, a anterioridade e a especialidade dos comandos.

Princípios, por outro lado, são demandas para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido da melhor forma possível que a situação permita, explicitando valores e estabelecendo comportamentos. Daí diz-se que são mandados de otimização, já que impõem a realização, na máxima extensão possível, veiculando situações em que os princípios sejam aplicados em graus diferenciados, conforme o caso.

Diferentemente do que ocorre com o conflito de regras, o conflito de princípios propõe a busca da conciliação, a aplicação com extensão variada segundo as peculiaridades do caso concreto, sem sacrificar um dos princípios por contradição intransponível com o outro - nada obstante não se descartar a ponderação entre regras em casos específicos.

Consideradas as circunstâncias do caso concreto, soluciona-se a colisão sopesando-se os interesses em tensão, procurando o princípio a prevalecer nas condições dadas.

O conhecimento da abrangência de um princípio e de seu campo de significação não decorre imediatamente da leitura do preceito que o acolhe, mas deve ser complementado pela consideração de diversos fatores. Por isso, a normatividade dos princípios, ao se adaptar à situação de fato, é provisória e potencial, visto que se volta a uma solução tida como ótima ao caso.

O juízo de ponderação a ser realizado vincula-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja apto para solucionar o problema, que não exista outro meio menos gravoso para atingir o resultado visado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não seja de maior monta que o benefício que se pretende obter com a solução alcançada.

Acolhe o juízo de ponderação o princípio da concordância prática, o qual permite que se comprimam, no menor nível possível, os direitos em causa, preservando em todo caso, seu núcleo essencial. Aqui o princípio da unidade da constituição sobressai: todas as normas constitucionais têm a mesma força vinculativa, podendo, porém, em certos casos, denotar maior grau de densidade eficaz.

Circunstância interessante ocorrerá quando em uma dada situação houver aparente conflito entre direitos fundamentais, na qual abre-se a possibilidade de negar-lhe a real ocorrência, dada a não abrangência da norma constitucional no caso.

É possível chegar à conclusão que a pretensão do indivíduo envolvido no conflito aparente simplesmente não se encontra no âmbito de proteção do direito que evoca.

Há situações que não acham proteção na norma fundamental invocada. O direito simplesmente não existe. Temos como exemplo o curandeirismo como liberdade de culto, o discurso do ódio racial como liberdade de expressão, a prostituição como liberdade de ir e vir, etc.

17 As relações especiais de sujeição e as limitações aos direitos fundamentais

Em certos casos, em decorrência de posição jurídica singular de titular de direito fundamental em face do Estado, existe a possibilidade de restrição do referido direito, como modalidade de sujeição mais intensa. Exemplos bem marcantes são os dos militares, magistrados, presos, estudantes em escolas públicas, nos quais o conjunto de circunstâncias particulares permitem um tratamento diferenciado em respeito ao gozo dos direitos fundamentais. A condição subjetiva de tais sujeitos é a principal fonte justificadora de suas posições jurídicas.

Tais limitações devem ser proporcionais, e não abrangem todos os aspectos da vida do sujeito, por exemplo, a liberdade de expressão do militar deve ser contida na medida da preservação da hierarquia e da disciplina.

17.1 As limitações aos direitos fundamentais

São pressupostos elementares de quaisquer direitos fundamentais sua definição e seu âmbito de proteção. Em razão dos conflitos entre os direitos fundamentais, é necessário apontar uma definição do âmbito ou núcleo de proteção e, conforme o caso, a precisa fixação das restrições ou limitações a esses direitos.

Assim, o âmbito de proteção de um direito fundamental abarca os diferentes pressupostos de fato e de direito contemplados na norma jurídica como, por exemplo, reunir-se sob determinadas condições. Devem ser descritos os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelo direito fundamental.

Nos casos de direitos fundamentais de proteção ou de defesa, podem ser identificadas normas sobre os elementos básicos de determinadas condutas de forma clara, com referência, por exemplo, à propriedade, à liberdade de imprensa, à inviolabilidade de domicílio, entre outros.

O âmbito de proteção é a parcela da realidade definida pelo constituinte como objeto de especial proteção, ou ainda a fração da vida colhida por uma garantia fundamental.

Alguns direitos fundamentais, no entanto, são dotados de um âmbito de proteção estritamente normativo, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária.

Aqui, não se limita o Legislativo a restringir o direito, mas também a necessária definição da amplitude e conformação desses direitos individuais. Note-se, porém, que o poder de conformar não se equipara a uma faculdade ilimitada de disposição.

Indo além, é necessário identificar não só o objeto de proteção - o que é efetivamente protegido -, como também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção.

Assim, quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a possibilidade de o Estado estipular restrições a este direito. Em sentido oposto, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor será a possibilidade de conflito entre o Estado e o indivíduo.

17.2 Determinação do âmbito de proteção

O exame das restrições aos direitos individuais exige a identificação do seu âmbito de proteção. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais: exige, para cada direito, determinado procedimento.

Muitas vezes a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e preceitos postos na Constituição. Disso decorre que, por vezes, a delimitação do âmbito de proteção só é obtida em contraste com eventual restrição ao direito em foco.

Logo, para se definir o âmbito de proteção, exige-se, na análise da norma garantidora de direitos, a identificação dos bens protegidos (âmbito de proteção da norma) e das restrições no próprio texto constitucional (expressa restrição constitucional), com a conseqüente identificação das reservas legais de índole restritiva.

O debate sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui o ponto central da dogmática dos direitos fundamentais - exige-se um renovado e constante esforço hermenêutico.

18 Conformação e restrições aos direitos fundamentais

A ideia de restrição aos direitos fundamentais é de conhecimento corriqueiro. O próprio princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF) refere-se à possibilidade de se estabelecerem restrições legais, que podem ser visualizadas mais claramente no sigilo postal, no telegráfico, no telefônico e no de dados (art. 5º, XII); na liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII); e até na liberdade de locomoção (art. 5º, XV).

Tais restrições também podem ser vazadas em expressões como “nos termos da lei” ou em um conceito jurídico indeterminado como a “função social” de um instituto.

Os preceitos mencionados permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Dessa forma, o preceito que contenha uma reserva de lei restritiva, veiculará, do mesmo modo, o reconhecimento e a garantia de determinado âmbito de proteção, bem como uma norma de autorização de restrições que permita ao legislador estabelecer os limites do âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

Nem todos os preceitos referentes a direitos individuais têm o propósito de restringir ou limitar poderes ou faculdades. Por diversas vezes, os preceitos se destinam a completar, densificar ou concretizar os direitos fundamentais. Por exemplo, a disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, o direito de sucessões (art. 5º, XXII e XXXI), a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII) e o direito à proteção judiciária (art. 5º, XXXV, LXVII e LXXII).

Sem se pressupor as normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, não se poderia cogitar uma efetiva garantia constitucional deste direito fundamental.

Desse modo, a interposição legislativa não só se apresenta inevitável, como também necessária, ficando, no entanto, vedada a intervenção do legislador que venha a aniquilar a sua efetiva proteção.

Logo, a simples supressão de normas da legislação ordinária sobre esses institutos pode lesar não apenas a garantia institucional objetiva, mas também um direito subjetivo constitucionalmente tutelado, posto que a conformação dos direitos individuais sobressai nos direitos com âmbito de proteção estrita ou de cunho marcadamente normativo.

18.1 Os direitos fundamentais de âmbito de proteção estritamente normativo

Merecem enfoque os direitos individuais cujos âmbitos de proteção estejam instituídos pelo próprio ordenamento legal.

A vida, o ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica.

No entanto, é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade, que institui o direito de herança e que transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento. Tais direitos não teriam sentido sem as normas legais referentes ao direito de propriedade, ao direito de sucessão e ao de família.

Com a categoria dos direitos fundamentais de âmbito de proteção normativa, atribui-se ao legislador o papel de definir a essência, o próprio conteúdo do direito regulado. Daí fala-se em regular ou conformar, e não restringir.

Tais preceitos não se destinam a estabelecer restrições aos institutos. Eles se voltam para a função de normas de concretização ou de conformação desses direitos.

Por isso, a constituição confere amplo poder de conformação, permitindo que a lei concretize ou densifique determinada faculdade fundamental - por exemplo, a pequena propriedade rural (art. 5º, XXVI), os direitos do autor (art. 5º, XXVII), entre outros.

Os direitos com âmbito de proteção normativo ao mesmo tempo dependem de concretização e conformação por parte do legislador, e não pode este dispor livremente sobre o tema, disciplinando de forma desatrelada da tradição, ultrapassando os limites da conformação.

Nesse caso, a supressão de um instituto viola tais garantias e afronta o instituto como direito constitucional objetivo, bem como as posições jurídicas tuteladas; não se pode, à guisa de concretizar determinado instituto, esvaziar a existência que lhe foi conferida constitucionalmente.

Ao dever de preservar, imposto ao legislador, correlaciona-se o dever de legislar - isto é, conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo.

18.2 Os direitos fundamentais e suas restrições

Em primeiro lugar, nossa Constituição consignou a técnica da restrição legal a diferentes direitos fundamentais.

Muitos exemplos podem ser trazidos. No caso do sigilo das comunicações telefônicas, este somente pode ser suspenso mediante ordem judicial (art. 5º, XII), na forma que a lei estabelecer; do mesmo modo que o “livre exercício do trabalho” deve observar as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII) - e assim vai o texto limitando, em face da lei, a livre locomoção no território nacional (art. 5º, XV), a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII), entre outros.

Cumpramos ressaltar que, por vezes, o texto constitucional, ao definir a garantia, limita com clareza o exercício do direito assegurado. Não se assegura, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI).

Do mesmo modo, o direito de reunião, em locais públicos, é assegurado, desde que realizado de forma pacífica e sem armas (art. 5º, XVI).

Perquire-se da possibilidade lógica da restrição de direitos individuais. Alega-se que não haveria restrição ao direito em si, mas apenas ao conceito de restrição. Eventual dúvida sobre o limite não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas - o problema diz respeito ao próprio conteúdo do direito.

Para solucionar o problema, tem-se considerado que o modo de conciliar tais perplexidades é conceber os direitos fundamentais primordialmente como princípios.

18.3 A tipologia das restrições aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, como direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por dispositivo expresso (restrição imediata), embora a lei ordinária possa limitá-los com fundamento na própria Constituição (restrição mediata).

Sobressai na doutrina a controvérsia sobre a presença de restrições aos direitos fundamentais na constituição. a teoria interna afirma que as restrições diretamente estabelecidas pelo texto constitucional nada mais seriam do que a própria definição do direito assegurado, ao passo que a teoria externa acusa a presença de limitações, distinguindo o direito assegurado e sua eventual restrição.

Dessa forma, se considerarmos como restritiva qualquer cláusula (interna ou externa) que dificulte ou impeça a concretização de um Direito fundamental, constitucional ou infraconstitucional, estaremos diante da restrição de direitos - o resultado prático ontológico imanente de ambas as teorias será a constrição do direito.

Ao se confirmar essa realidade, algumas restrições derivam diretamente do texto constitucional, como por exemplo, o estado de defesa (art. 136) e o estado de sítio (art. 137), bem como é possível que restrições legais imponham a determinados direitos individuais algumas restrições, como, por exemplo, a liberdade de culto (art. 5º, VI) e a liberdade de profissão (art. 5º, XIII).

O fato é que todos os sistemas constitucionais preveem limitações ou restrições de direitos individuais, considerando-se a experiência histórica, sociológica e cultural de cada ordem jurídica estatal.

Cumpramos, ainda, ressaltar que a formulação sem definição precisa de garantia, ou a delegação ao legislador para sua concretização, não pode esvaziar completamente o significado e a eficácia dos direitos fundamentais em determinada ordem constitucional. Exemplo bem claro é o do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), embora não tenha atingido a eficiência desejada.

No que pertine à reserva legal, esta envolve aspectos formais relacionados à competência para estabelecer restrições, o processo e a forma de sua realização, bem como aspectos materiais, referentes ao exercício dessa competência, principalmente quanto às reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pela proteção do núcleo essencial, à aplicação do princípio da proporcionalidade e ao princípio de ponderação.

Note-se que uma vinculação inflexível do legislador aos direitos fundamentais poderia diminuir sua tarefa a uma simples confirmação do juízo de ponderação sobre os princípios relevantes, gerando uma confusão entre as restrições constitucionais imediatas e as reservas legais, atribuindo-se a estas um caráter meramente declaratório.

Com isso, podemos compreender que todas as restrições aos direitos individuais seriam limitações imanentes (permanentes e inseparáveis de um ser), e, por isso, o legislador não teria propriamente competência para fixar restrições, mas para interpretar os limites.

A teoria da interpretação aloja-se no fato de que o legislador decide (em muitos casos) sobre o estabelecimento (ou não) de restrições, de modo que a competência para restringir direitos pode assumir caráter nitidamente constitutivo.

Segue-se que a restrição a direito não se limita à constatação pelo legislador do que efetivamente se encontra em vigência, mas também autoriza a estabelecer limitações ao direito de liberdade.

Nesse passo, impõe-se a notícia da sistematização das restrições a direitos, chamadas constitucionalmente indiretas, como a restrição legal simples e a restrição legal qualificada.

Na *reserva simples*, o constituinte limita-se a autorizar o legislador sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou finalidade da lei; ao passo que na *reserva qualificada*, eventual restrição deve ser feita tendo-se em vista alcançar determinado objetivo ou atender requisito constitucional.

Como exemplos de *reserva legal simples*, em que a Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção de direitos individuais, deve-se consultar o art. 5º, incisos VI, VII, XV, XXIV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXIII, XLV, XLVI e LVIII.

Diante de normas densas de significado fundamental, a Constituição defere ao legislador atribuições de cunho instrumental, procedimental, conformador ou criador do direito. Como exemplo marcante de caso com significado instrumental ou procedimental temos a desapropriação (art. 5º, XXIV), ou o direito de receber informações dos órgãos públicos, a serem prestados no prazo que a lei fixar (art. 5º, XXXIII).

Em outros casos, a lei assume caráter substancializador ou definidor do próprio direito fundamental, como por exemplo, na impenhorabilidade da pequena propriedade (art. 5º, XXVI) e a propriedade intelectual (art. 5º, XXVII, XXVIII, XXIX).

Há de se considerar, ainda, que outras vezes a Constituição se vale de formas menos precisas, submetendo o direito fundamental à aplicação de conceito ou instituto jurídico que exige posterior densificação, como, por exemplo, nos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), no tratamento da prisão e da liberdade provisória (art. 5º, LXVI) ou da prisão por dívida (art. 5º, LXVII).

No caso dos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ordinário amplo espectro de atuação, o que permite quase a conversão da reserva legal em caso de interpretação da Constituição segundo a lei, o mesmo ocorrendo com o conceito de depósito para fins de prisão por dívida.

Tem-se uma *reserva legal qualificada* quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

No art. 5º, XIII, por exemplo, a Constituição diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Aqui, as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a cabo no tocante às qualificações profissionais.

Nos casos de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal, a Constituição não prevê a intervenção legislativa (*interpositio legislatoris*), ainda que neles não se exclua a possibilidade de conflitos em razão de abusos ou de situações peculiares. Nesses casos, não pode o legislador ultrapassar os limites definidos no próprio âmbito de proteção.

Nem tudo, porém, que se encontra amparado, em tese, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa colhe efetiva proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade religiosa, a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade de correspondência escrita.

Em nosso ordenamento, uma eventual limitação de direito fundamental sem reserva legal expressa deve estar assentada em norma constitucional, como por exemplo, a fiscalização de correspondência de preso (Lei de Execução Penal, nº 7.210/84, art. 41, XV), que deve ser ponderada com a segurança pública, a disciplina prisional e a preservação da ordem pública - isso porque a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir-se em instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

19 Os limites dos limites: princípio da proteção ao núcleo essencial

19.1 Os limites dos limites

Da análise dos direitos fundamentais é possível concluir que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição.

Cogita-se aqui dos limites imanentes (permanentes, inseparáveis de um ser) ou “limites dos limites” que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição e referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, à determinação, à generalidade e à proporcionalidade das restrições impostas.

19.2 Do princípio da proteção do núcleo essencial

Tal princípio destina-se a obstar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Duas correntes de pensamento debruçam-se sobre o tema. A *teoria absoluta*, que adota a premissa segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal, insuscetível de limitação. Para os que adotam a *teoria relativa*, o núcleo essencial deve ser definido casuisticamente diante de cada situação, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo.

O núcleo essencial seria aferido ou identificado mediante um processo de ponderação entre meios e fins com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo tal concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Não parece possível caracterizar-se - em abstrato - a existência ou o contorno de um mínimo intangível, essencial e imanente, posto que esta premissa aponta para a presença de elementos não essenciais e, portanto, acidentais.

A fórmula de conciliação reconhece no princípio da proporcionalidade uma linha contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas, mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

20 Colisão de direitos fundamentais e solução de conflitos

Fala-se de colisão entre direitos fundamentais quando ocorre o exercício de direitos individuais por diferentes titulares. O conflito pode resultar, ainda, de colisão entre o direito individual e bens jurídicos da comunidade. Nem tudo, porém, que se pratica na premissa de exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção, pois tais conflitos podem ser apenas aparentes. Por exemplo, o assassinato de uma pessoa no palco teatral em nome de uma suposta liberdade artística.

A colisão ocorre apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. Do contrário, não há propriamente colisão: a conduta se encontrará fora do âmbito de proteção do direito fundamental.

20.1 Tipos de colisão

Na classificação doutrinária, são encontradas referências às *colisões em sentido estrito*, que se reportam apenas aos conflitos entre direitos fundamentais, e as *colisões em sentido amplo*, as quais envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo proteger os interesses da comunidade.

As colisões de *direitos fundamentais em sentido estrito* podem trazer à colação direitos fundamentais *idênticos* ou *diversos*.

No primeiro caso, a doutrina identificou quatro tipos básicos de colisão, a saber:

- a) colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa. Exemplo: a deliberação de grupos distintos e adversários de realizar o direito de reunião no mesmo local público, no mesmo horário;
- b) colisão entre direito de defesa de caráter liberal e direito de proteção. Exemplo: atirar no sequestrador em defesa da vida da vítima. Em tal caso, a colisão entre a vida do sequestrador e a do refém é parte de um problema mais complexo (colisão complexa). A colisão poderia ser resolvida com a aceitação das condições impostas pelo sequestrador. Deve ser considerado, ainda, o dever de proteção em face da comunidade, disso decorrendo o dever de atuação para obstar novos atos de violência;
- c) colisão do caráter negativo de um direito com o cunho positivo do mesmo direito. Exemplo: a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião ou culto, como o direito fundamental de não se envolver ou participar de qualquer prática religiosa;
- d) colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático. No caso de assistência jurídica a hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática (a existência, no caso, da pobreza) para que exsurja a dimensão jurídica da igualdade.

Nas colisões de *direitos fundamentais diversos* relevantes, por exemplo, sempre é possível visualizar fricção entre a liberdade de opinião, de imprensa e artística, de um lado; e o direito à honra, à privacidade e à intimidade de outro.

Em se tratando de colisões em sentido amplo de direitos fundamentais que se esbarram em outros valores constitucionais relevantes, comum é a pugna entre o direito de propriedade e os interesses coletivos, associados, por exemplo, à utilização da água em prol da defesa de um meio ambiente equilibrado.

20.2 Solução de conflitos

Nesse passo, perquire-se sobre qual bem jurídico ou direito fundamental há de prevalecer no caso de uma autêntica colisão.

Alguns critérios podem ser utilizados como guia mínimo de raciocínio e ponderação.

Valores relativos às pessoas, por exemplo, têm precedência sobre valores de índole material.

No juízo de ponderação entre valores em conflito há de se utilizar o critério da concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe em realidade prática.

Com o objetivo de sistematizar para a ponderação de bens, em face do caso concreto, isto é, de um sopesamento que leve em conta todas as circunstâncias do problema, a doutrina pugna três etapas: a) definir a intensidade da intervenção; b) identificar o fundamento justificador da intervenção; c) promover uma ponderação em sentido estrito.

Aqui, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser compreendido e formulado como uma lei de ponderação, segundo a qual quanto mais intensa se revelar a intervenção em determinado direito fundamental, mais relevantes serão os fundamentos justificadores dessa intervenção.

21 Concorrência de direitos fundamentais

Ocorre a disputa de direitos fundamentais quando determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais.

Nesse caso, cumpre saber qual das normas fundamentais seria aplicável e, por consequência, a que tipo de restrição estaria o cidadão submetido, revelando uma coincidência ou divergência de limitações ou restrições.

Em muitos casos em que concorrem, por exemplo, direito fundamental geral (direito amplo de liberdade) e direitos fundamentais especiais (inviolabilidade de domicílio), tem-se como regra o critério de proteção ao direito fundamental especial.

Nesse sentido, as medidas restritivas em relação à liberdade de reunião ou à inviolabilidade de domicílio aplicam-se tendo como base constitucional o art. 5º, incisos XVI e XI, respectivamente, e não com lastro no princípio geral da liberdade insculpido no art. 5º, II.

Poderá ocorrer, no entanto, que determinada conduta seja abrangida pelo âmbito de proteção de dois direitos fundamentais especiais. Nesse caso, pode-se optar por aplicar aquele direito que compreenda notas específicas e adicionais da conduta, revelando uma especialidade intrínseca entre eles, por exemplo, a liberdade de comunicação (art. 5º, IX, da CF) e a liberdade de exercício profissional de um redator de jornal.

Em tais casos de disputa de direitos fundamentais especiais, o legislador fica submetido a uma dupla vinculação, e deve observar o preceito que fornece maior densidade normativa, isto é, aquela menos suscetível de restrição.

Ainda que se verifique que determinada conduta se adapta ao âmbito de proteção de direitos individuais diversos, sem que haja relação de especialidade entre eles (concorrência apenas ideal), a solução se dará operando a proteção com base nas duas garantias.

Se se tratar de direitos fundamentais diversos, uma restrição só será legítima se compatível com o direito que confere proteção mais abrangente. Por exemplo, uma procissão a céu aberto está protegida pela liberdade de culto (art. 5º, VI), pela liberdade de reunião (art. 5º, XVI) e até mesmo pela liberdade de locomoção (art. 5º, XV).

De arremate, a referência a uma disciplina geral do trabalho não justifica a intervenção em outros direitos fundamentais concorrentes. Como exemplo, é possível citar a proibição de trabalho aos domingos, a qual não pode atingir os empregados de igreja, com base no princípio da liberdade religiosa.

Por fim, no âmbito dos direitos fundamentais de caráter processual, verifica-se, não raras vezes, a invocação e a aplicação da garantia do devido processo legal, como garantia geral, em lugar das garantias especiais do direito ao contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do uso da prova ilícita.

22 Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Celso Bastos, 2002.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 103-196.

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra, 1991.

COLLIARD, Claude Albert. *Libertés Publicces*. Paris: Dalloz. 1975.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 4. ed., 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 7. ed, 2005.

GALDINO, Flavio. *O custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-250.

HESSE, Conrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 6. Madrid: Tecnos, 1999.

MARTINS COSTA, Judith (Org). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.

MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I, Coimbra: Coimbra, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, Tomo IV.

_____. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PINA, Antonio Lopez. *Da Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas, 1991.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SAMPAIO, Jose Adercio Leite. *Direitos fundamentais*. Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição: direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: _____ (Org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.243-342.

VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

WATERHOUSE, Price. *A Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo, 1989.