

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

**PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: DIÁLOGO CONSTITUCIONAL  
ENTRE O BRASIL E A ALEMANHA**

GEORGE MARMELSTEIN LIMA

FORTALEZA – CEARÁ  
NITERÓI – RIO DE JANEIRO  
2007

**GEORGE MARMELSTEIN LIMA**

**PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: DIÁLOGO CONSTITUCIONAL  
ENTRE O BRASIL E A ALEMANHA**

Monografia de Especialização apresentada ao Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito.

Dr. Marcelo Lima Guerra – Prof Orientador

FORTALEZA – CEARÁ  
NITERÓI – RIO DE JANEIRO  
2007

Aos meus filhos Vinícius e Diego

## RESUMO

Esta monografia analisa a proteção judicial dos direitos fundamentais em uma perspectiva comparada entre o Brasil e a Alemanha. Serão estudados diversos institutos de proteção aos direitos fundamentais, que foram originariamente desenvolvidos na Alemanha, que influenciaram a aplicação dos direitos fundamentais em diversos outros países, inclusive o Brasil. Assim, serão analisados a dupla dimensão dos direitos fundamentais, o dever de proteção, a chamada eficácia horizontal, a técnica da ponderação, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, entre outros princípios. Ao longo da monografia, será possível verificar que existe uma grande afinidade entre o pensamento alemão e a nova hermenêutica dos direitos fundamentais que começou a ser desenvolvida no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais – Proteção Judicial – Acesso à Justiça – Proporcionalidade – Exigibilidade – Eficácia Horizontal – Direitos a Prestações – Liberdade de Conformação do Legislador – Colisão de Direitos

## **ABSTRACT**

This essay studies the judicial protection of the fundamental rights, in a comparative perspective between Brazil and Germany. A lot of institutes developed by the Germany Constitutional Court will be studied. These institutes, like the double dimension of fundamental rights, protection duty, balancing, horizontal efficacy, and others, are influencing the protection of the fundamental rights in many countries, including Brazil. There is a special affinity between the German thought and the new constitutionalism developed in Brazil, since the promulgation of the Federal Constitution (1988).

**KEY-WORDS:** Fundamental Rights – Judicial Branch – Access to Justice – Due Process – Judicial Review – State Action – Horizontal Efficacy

## SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	8
2	O QUE SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS? .....	13
2.1	Conceito de direitos fundamentais .....	13
2.2	Identificando os direitos fundamentais no Brasil e na Alemanha .....	17
2.3	Os direitos fundamentais como alicerce do ordenamento constitucional alemão e brasileiro.....	25
3	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO-CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	29
3.1	Normatividade potencializada e supremacia dos direitos fundamentais .....	29
3.2	Aplicação imediata (vinculação direta) .....	33
3.3	Exigibilidade (justiciabilidade).....	36
3.4	Máxima efetividade e dever de proteção.....	42
3.5	Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a filtragem constitucional.....	50
3.6	Eficácia irradiante dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais nas relações entre particulares .....	63
4	COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	71
4.1	Técnica da ponderação .....	76
4.2	Concordância prática.....	77
4.3	Sopesamento de valores.....	82
4.4	Reserva de consistência e dever de fundamentação .....	86
5	LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	99
5.1	Princípio da proporcionalidade .....	99
5.1.1	Adequação .....	101
5.1.2	Necessidade (vedação de excesso).....	102
5.1.3	Proporcionalidade em sentido estrito .....	104
5.2	Proteção do núcleo essencial.....	106
5.3	Relações especiais de sujeição ou de poder .....	110
6	DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES .....	114
6.1	Princípio da subsidiariedade .....	124
6.2	Liberdade de conformação do legislador.....	125

6.3 Reserva do possível .....	130
7 CONCLUSÕES .....	136
REFERÊNCIAS.....	141
SÍTIOS CONSULTADOS .....	149

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A **teoria dos direitos fundamentais** está em seu auge junto à comunidade jurídica brasileira. Pela quantidade de textos produzidos sobre o assunto, é fácil perceber que os direitos fundamentais estão na moda. Como consequência disso, pode-se dizer que a hermenêutica dos direitos fundamentais já ocupa um papel de vanguarda da interpretação jurídica e quem não estiver preparado para acompanhar e compreender esse fenômeno pode ficar para trás. O trem da história passa depressa e não espera.

Certamente, esse interesse geral pelos direitos fundamentais não é apenas um modismo passageiro. Basta ver a postura do próprio Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos dez anos para compreender que essa nova concepção veio para ficar. Todos os casos mais polêmicos submetidos ao julgamento da mais alta Corte do país estão sendo solucionados com base nas premissas dessa nova teoria. Colisão de direitos, ponderação, sopesamento, proporcionalidade, reserva do possível, etc., são termos que aparecem com cada vez mais frequência nos votos dos ministros do STF. Não há dúvida de que a teoria dos direitos fundamentais já saiu das páginas acadêmicas dos livros jurídicos para entrar, de vez, no **showroom** do discurso forense adotado pelos juízes.

Qual será a razão desse interesse todo em torno dos direitos fundamentais? Por que será que essa teoria está seduzindo e deslumbrando tantos operadores do direito?

Há várias razões para isso, mas uma, a meu ver, é a mais forte: a teoria dos direitos fundamentais facilita bastante a solução prática de casos em que está em jogo a aplicação de um determinado direito fundamental, além de possibilitar uma maior transparência, racionalidade e objetividade no processo decisório.

O papel principal da teoria dos direitos fundamentais é justamente ajudar a fornecer respostas racionalmente fundamentadas nas complexas questões envolvendo direitos fundamentais<sup>1</sup>. Como as discussões envolvendo direitos fundamentais são extremamente polêmicas, até por seu forte conteúdo ideológico e

---

<sup>1</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 24.



político, torna-se necessário criar mecanismos, critérios, parâmetros ou diretrizes capazes de auxiliar o jurista na busca de uma solução compatível com o espírito constitucional. E aí que entra em cena a grande vantagem da teoria dos direitos fundamentais, pois ela se propõe a fornecer esses mecanismos, mesmo sabendo que ainda assim não será fácil solucionar a questão. Em outras palavras: embora a teoria dos direitos fundamentais não seja uma varinha de condão para solucionar todos os problemas jurídicos como um passe de mágica, ela ajuda a encontrar uma resposta ao mesmo tempo justa e constitucionalmente adequada.

E por que somente agora essa teoria está ganhando tanto prestígio aqui no Brasil?

Muito simples: foi somente após a Constituição de 1988 (CF/88) que se inaugurou esse novo ciclo centrado nos direitos fundamentais. A partir da CF/88, todos os institutos jurídicos estão sendo objeto de uma releitura tendo como base os valores constitucionais. Como explica Daniel Sarmento, “todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira ‘filtragem’ constitucional, para que se conformem à tábua axiológica dos direitos fundamentais”<sup>2</sup>. Daí se falar em uma verdadeira constitucionalização do direito.

É natural que a base teórica desse movimento seja buscada no direito germânico. A Alemanha, após ter sofrido todas as agruras provocadas pelo regime nazista, soube, com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a conseqüente queda do Nacional-Socialismo, construir uma ordem jurídica extremamente centrada na dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal (TCF), na Alemanha, integrado desde a sua origem por magistrados sem qualquer vínculo de colaboração com o nazismo, foi um dos principais responsáveis pela construção desse sistema jurídico favorável aos valores humanitários. Ao longo de mais de cinqüenta anos de sua história, o TCF tem, com suas consistentes e bem fundamentadas decisões, simbolizado a luta pelo rompimento com o passado e a esperança de construção de uma ordem constitucional mais solidária e justa, obtendo, com isso, o respeito da sociedade alemã.

---

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 114.

Esse respeito alcançado pelo Tribunal Constitucional Federal está se espalhando para além das fronteiras germânicas. Vários outros países, como Portugal, Espanha e o próprio Brasil, têm buscado inspiração no direito constitucional germânico para elaborar suas normas constitucionais, bem como para pautar suas decisões jurídico-constitucionais mais importantes. Como explica o jurista alemão Dieter Grimm, que foi por mais de dez anos membro do Tribunal Constitucional Federal, a jurisdição constitucional em prol dos direitos fundamentais exercida pelo TCF fez com que os olhares se dirijam hoje para a Alemanha quando surge a questão da efetivação das liberdades constitucionais. Com isso, o Tribunal Constitucional Federal se tornou exemplo institucional para numerosas constituições mais jovens, em especial aquelas que marcaram a ruptura com ditaduras<sup>3</sup>.

No caso específico do Brasil, vários juristas brasileiros estão se encantando com as maravilhas da doutrina germânica, especialmente em matéria de direitos fundamentais<sup>4</sup>. Com isso, diversas ferramentas interpretativas desenvolvidas na Alemanha estão se incorporando à prática constitucional brasileira. O Supremo Tribunal Federal, em particular, pelo menos nos últimos dez anos, tem adotado expressamente várias técnicas desenvolvidas na Alemanha para solucionar casos difíceis de matriz constitucional, conforme se verá ao longo desta monografia.

No presente estudo, escrito como requisito para obtenção do título de especialização em direito processual público, ministrado pela Universidade Federal Fluminense, em parceria com o Conselho da Justiça Federal, será realizado um diálogo constitucional entre as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e as decisões dos tribunais brasileiros em matéria de proteção judicial dos direitos fundamentais.

Esse diálogo constitucional, tão estimulado ao longo do curso de especialização, exige uma visão crítica e atenta, já que a teoria dos direitos fundamentais está impregnada de valores, e os valores não são uniformes em todas as sociedades, por mais que os textos constitucionais sejam semelhantes.

---

<sup>3</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 86.

<sup>4</sup> Vale destacar, aqui, o pioneirismo do Professor Paulo Bonavides que, desde meados da década de 50 do século passado, já participava de intercâmbio jurídico-cultural em terras tedescas, trazendo para o Brasil, em primeira mão, as principais discussões constitucionais travadas naquele país.

O estudo da jurisprudência alemã, apesar de ser bastante importante para compreender a teoria dos direitos fundamentais, já que foi lá que ela adquiriu a sua feição atual, requer cuidados especiais e uma constante análise crítica, como assim requer qualquer estudo de direito comparado, sob pena de, ao se importar idéias estrangeiras, criar-se uma fajuta “teoria *made in Brazil*”, totalmente desconectada com a realidade brasileira.

A esse respeito, Andreas Krell, jurista alemão que ensina no Brasil há vários anos, assinalou que não é aceitável a postura dos constitucionalistas brasileiros que costumam simplesmente importar os posicionamentos da doutrina germânica e da Corte Constitucional alemã sem a necessária ponderação e análise das diferenças fundamentais entre o ordenamento jurídico e o ambiente socioeconômico de cada país<sup>5</sup>.

Neste trabalho, houve uma preocupação constante em tentar captar as diferenças – que são substanciais – de cada país.

A fim de facilitar a compreensão do estudo, ele foi dividido em sete partes, além desta parte introdutória.

No capítulo 2, será fornecido um conceito de direitos fundamentais, tentando identificar as semelhanças e diferenças entre o rol de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição brasileira e na alemã.

No capítulo 3, serão apresentadas algumas características jurídicas dos direitos fundamentais, analisando como essas características influenciam a forma de interpretar e concretizar as normas de direitos fundamentais.

Em seguida, no capítulo 4, será discutida a problemática em torno da chamada colisão de direitos fundamentais, onde serão abordadas algumas técnicas para solucionar essa complicada questão.

O capítulo seguinte é dedicado ao princípio da proporcionalidade como critério para aferir a legitimidade das limitações a direitos fundamentais, uma das principais contribuições do direito constitucional germânico.

---

<sup>5</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

No capítulo 6, será analisada a possibilidade de efetivação de direitos fundamentais a prestações pelo Poder Judiciário. Trata-se de um tema complexo, especialmente em razão das diferenças substanciais entre o sistema constitucional germânico e o brasileiro nessa matéria.

Por fim, no último capítulo, serão apresentadas as conclusões.

Ao longo de todo o estudo, tentou-se fazer uma espécie de “ping pong jurisprudencial”, comparando as decisões do Tribunal Constitucional alemão e dos tribunais brasileiros. O livro “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão”, de Jürgen Schwab<sup>6</sup>, publicado em língua portuguesa em 2006 pela Fundação Konrad Adenauer (Uruguai), foi fundamental para conseguir realizar essa comparação, já que possibilitou a superação das dificuldades lingüísticas. Foram pesquisados também diversos portais eletrônicos, em língua portuguesa, espanhola, italiana e inglesa, que facilitaram enormemente a pesquisa. Os respectivos endereços eletrônicos foram disponibilizados na parte final do trabalho.

---

<sup>6</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. A tradução do referido livro para o português foi feita por Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira.

## 2 O QUE SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

O primeiro passo para compreender a teoria dos direitos fundamentais é, naturalmente, saber o que são os direitos fundamentais.

É preciso destacar que o interesse em caracterizar um determinado direito como fundamental não é meramente teórico. Há, pelo contrário, grande relevância prática nessa tarefa, pois as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais são dotadas de algumas características que facilitam extremamente a proteção e efetivação judicial desses direitos.

Basta dizer que, no Brasil, os direitos fundamentais:

a) possuem aplicação imediata, por força do artigo 5º, §1º, da CF/88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes;

b) são cláusulas pétreas, por força do artigo 60, §4º, inc. V, da CF/88, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional, o que os coloca a salvo de disputas políticas;

c) são direitos plenamente exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ser implementados através do Poder Judiciário, mesmo diante da inércia dos demais poderes;

d) possuem **status** de norma constitucional, de modo que, se uma determinada norma infra-constitucional dificultar ou impedir a efetivação do direito fundamental, essa norma poderá ou deverá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

Portanto, caso se considere que um determinado direito é um direito fundamental, as conseqüências jurídicas daí decorrentes são extremamente relevantes.

Confira-se, pois, o conceito de direitos fundamentais para, em seguida, saber quais direitos podem ser considerados como fundamentais tanto aqui no Brasil quanto na Alemanha.

### 2.1 Conceito de direitos fundamentais

Os ***direitos fundamentais*** são pautas ético-políticas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana, positivadas no plano constitucional de um determinado país, que, por sua importância axiológica, compõem um “sistema de valores”, que fundamenta e a legitima toda a ordem jurídica.

Há três palavras-chave neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana e Constituição. Essas três palavras conjugadas fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se uma determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e for reconhecida pela Constituição como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.

Os direitos fundamentais possuem várias funções, mas duas se destacam:

a) em primeiro lugar, os direitos fundamentais servem como instrumento de limitação da atuação estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade. Ou seja, os direitos fundamentais funcionam, nesse sentido, como uma barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado e contra o abuso de poder;

b) além disso, os direitos fundamentais impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para ter uma vida digna.

Além dessas duas funções básicas, existem direitos fundamentais com a função específica de proteger os demais direitos fundamentais. Podem ser citados, nesse sentido, os princípios constitucionais do processo (acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc.) e as garantias processuais (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança). Também existem direitos fundamentais cuja missão é possibilitar a participação do indivíduo na vida política, como os direitos ligados à democracia (direito ao voto, à filiação partidária, à cidadania etc.).

Em todos os casos, os direitos fundamentais estão sempre a serviço da dignidade da pessoa humana, que é a razão de ser desses direitos.

Os direitos fundamentais são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão importantes para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político. Daí porque essa concepção de direitos fundamentais pressupõe um constitucionalismo rígido, no qual a Constituição goza de uma supremacia formal sobre as demais normas jurídicas e, por isso, os mecanismos de mudança do texto constitucional impõem um processo legislativo mais complicado em relação às demais leis. Se os direitos fundamentais não estivessem protegidos do legislador ordinário, então não seriam direitos diferentes dos outros. O que destaca os direitos fundamentais dos demais direitos é justamente a sua supremacia formal e material. Os direitos fundamentais estão acima da lei.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais decorre, em grande medida, da constatação de que quem tem o poder tende a abusá-lo, e de que o Estado também pratica ilícitos (e como pratica!). Dessa forma, um dos pressupostos para a proteção dos direitos fundamentais é a possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos estatais por um órgão imparcial e independente. Sem um mecanismo de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais ficariam, de fato, à mercê da vontade do Estado. Seria a raposa vigiando o galinheiro.

Por isso, os direitos fundamentais representam, de certo modo, uma desconfiança em relação ao Poder Público. No livro XII, da *Odisséia*, o famoso livro do poeta grego Homero, há uma passagem que, metaforicamente, ilustra bem esse aspecto. Ulisses, o personagem principal, sabia que, ao passar perto da ilha das sereias, seria atraído por seu canto irresistível e conseqüentemente seu navio naufragaria. Em razão disso, o engenhoso herói mitológico determinou aos seus marinheiros que tapassem seus ouvidos com cera, e que o amarrassem ao mastro, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse. De acordo com Daniel Sarmiento, inspirado por Jon Elster, o pré-comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma Constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima de suas paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco seu destino coletivo<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 7.

Os direitos fundamentais, nesse contexto, seriam como aqueles frascos de remédios que são colocados nas prateleiras mais altas para ficar longe do alcance das crianças. A analogia só não é tão perfeita porque os membros do parlamento e do governo não são crianças ingênuas, mas homens crescidos e perspicazes, lutando com unhas e dentes por seus interesses nem sempre legítimos.

Por serem instrumentos de limitação do poder, os direitos fundamentais caminham lado a lado com a técnica da separação de poderes: o sistema de freios e contra-pesos é essencial para evitar o abuso do poder e, conseqüentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal.

Daí a atualidade do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dizia que o Estado que não reconhece os direitos fundamentais, nem a separação de poderes, não possui Constituição. O que se deve extrair desse artigo é que um país verdadeiramente democrático deve possuir um mecanismo de controle do poder estatal para proteger o cidadão contra o abuso e a opressão.

Desse modo, pode-se afirmar que todos os institutos até agora citados, ou seja, constitucionalismo rígido, controle de constitucionalidade, separação de poderes, democracia e direitos fundamentais, tudo isso faz parte de uma mesma lógica indissociável. Eles compõem o alicerce do Estado Democrático de Direito, que, apesar de todos os seus defeitos, é o modelo político adotado pela maioria dos países mais avançados. Portanto, é um modelo a ser seguido.

Se por um lado os direitos fundamentais representam uma desconfiança em relação ao Poder Público, por outro lado eles pressupõem uma crença no Poder Judiciário (ou do órgão responsável pela jurisdição constitucional<sup>8</sup>). Talvez a palavra “crença” não seja tão adequada para exprimir o sentimento em questão. Melhor seria dizer “esperança no Poder Judiciário”, como órgão capaz de proteger e efetivar as normas constitucionais. Os direitos fundamentais nutrem, por assim dizer, uma declarada paixão pelo Poder Judiciário, embora, infelizmente, essa paixão nem sempre seja correspondida, pelo menos aqui no Brasil.

---

<sup>8</sup> A jurisdição constitucional é a forma pela qual um órgão independente (geralmente, o Poder Judiciário) exerce a função de fiscalizar o cumprimento da Constituição, sobretudo por meio do chamado controle de constitucionalidade das leis.



Essa esperança depositada nos juízes está normatizada no próprio rol de direitos fundamentais, através da consagração expressa de vários princípios constitucionais voltados à proteção judicial, tais como o acesso ao Judiciário, a inafastabilidade da tutela judicial, o direito de petição e de ação, o direito à tutela efetiva, rápida e adequada etc. No Brasil, todos esses princípios podem ser sintetizados em um único dispositivo constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXX, da CF/88).

O que se conclui é que, sem instrumentos jurídico-processuais que permitam que os cidadãos exijam do Estado, através de um órgão independente, o cumprimento das normas constitucionais, não há como proteger os direitos fundamentais. Assim, toda vez que houver uma lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais o Poder Judiciário está autorizado a interferir para proteger o cidadão, mesmo contra a vontade dos governantes e dos legisladores.

Por isso, um dos principais atributos dos direitos fundamentais é a sua capacidade de gerar direitos subjetivos para os seus titulares, na forma de obrigações negativas (de não-fazer, de omitir, de tolerar) e positivas (de fazer, de realizar uma ação), quase sempre dirigidas ao Estado, que tem o dever constitucional de respeitar, proteger e promover esses direitos, inclusive contra ameaças de outros indivíduos<sup>9</sup>.

Confira-se, agora, como identificar se um determinado direito é ou não fundamental, em face da Constituição brasileira e alemã.

## **2.2 Identificando os direitos fundamentais no Brasil e na Alemanha**

Em regra, o rol de direitos fundamentais é expressamente indicado pela Constituição de cada Estado, seja expressa, seja implicitamente. Mas não basta estar na Constituição para que um direito seja considerado fundamental. É preciso também que ele esteja intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>9</sup> Vale ressaltar que, atualmente, existe um forte movimento no sentido de que também a sociedade como um todo, inclusive as empresas privadas, sejam agentes de concretização dos direitos fundamentais, em função da chamada eficácia irradiante (dimensão objetiva) desses direitos.

humana, ainda que apenas sirva como instrumento de concretização indireta deste princípio. Além disso, é necessário que a própria Constituição o reconheça como tal.

Portanto, para saber se um determinado direito é fundamental, deve-se, primeiro, perguntar se esse direito tem alguma vinculação, ainda que de forma indireta e instrumental, com o princípio da dignidade humana. Depois, deve-se perguntar se a Constituição considera esse direito como fundamental, conferindo alguma proteção especial a ele.

Tendo como base o conceito de direito fundamental acima formulado, podem ser considerados direitos fundamentais, no Brasil, todos aqueles direitos compreendidos no **Título II da Constituição Federal de 1988** (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que abrange os **artigos 5º a 17**. Nesse extenso rol de direitos, incluem-se diversos direitos civis e garantias processuais (art. 5º), direitos sociais (art. 6º), direitos trabalhistas (art. 7º e 8º), direitos de nacionalidade (art. 12 e 13) e direitos políticos (art. 14 a 17). Nesse caso, há uma presunção de que os direitos compreendidos no Título II são ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois foi o próprio constituinte quem os considerou, de forma expressa, como direitos fundamentais.

Além disso, tendo em vista a regra de abertura prevista no art. 5º, §2º<sup>10</sup>, da CF/88, também seriam direitos fundamentais, no Brasil, os direitos decorrentes **do regime e dos princípios adotados pela Constituição**. O Supremo Tribunal Federal, com base na referida cláusula de abertura, reconheceu, na ADIn 939-7/DF, que o princípio da anterioridade tributária – que está fora do Título II, pois está previsto no art. 150, da CF/88<sup>11</sup> – consubstanciaria um direito fundamental que não pode ser abolido nem mesmo por emenda constitucional, por força do art. 60, §4º, inc. IV, que estabelece que os “direitos e garantias individuais” são cláusulas pétreas. Estava sendo discutida, no caso, a possibilidade de uma emenda

---

<sup>10</sup> “art. 5º. (...) §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>11</sup> **Art. 150** - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) **III** - cobrar tributos: **a)** em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; **b)** no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; **c)** antes que decorridos de noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea **b**”.

constitucional excepcionar o princípio da anterioridade tributária. O STF entendeu que até mesmo os tributos criados por meio de emenda constitucional deveriam respeitar o princípio da anterioridade tributária, já que o referido princípio seria uma cláusula pétrea.

À primeira vista, pode parecer estranho configurar o princípio da anterioridade tributária como um direito fundamental. Afinal, qual a relação desse princípio com a dignidade da pessoa humana?

Na verdade, essa perplexidade pode ser mitigada ao se pensar nas funções dos direitos fundamentais já mencionadas: os direitos fundamentais servem para limitar o poder e para promover a dignidade da pessoa humana.

No caso do princípio da anterioridade tributária – e de diversas outras garantias do contribuinte -, a norma constitucional positiva precisamente uma limitação ao poder de tributar. Ela representa, portanto, uma proteção do cidadão-contribuinte contra o desejo sempre crescente de arrecadação do Fisco. Não observar a anterioridade tributária – em outras palavras: cobrar um tributo de surpresa, sem tempo para que o contribuinte possa se planejar economicamente – viola sim a dignidade dos cidadãos, na medida em que não leva em conta a sua tranqüilidade e segurança jurídica. Assim, o princípio da anterioridade tributária simboliza a necessidade de o Estado respeitar e ter consideração pelo contribuinte na hora de pretender instituir um novo tributo ou aumentar os já existentes. Daí porque o Supremo Tribunal Federal entendeu, a meu ver acertadamente, que a anterioridade tributária, mesmo não estando no Título II da CF/88, é um direito fundamental e, conseqüentemente, consubstancia uma cláusula pétrea que não pode ser abolida nem mesmo através de emenda constitucional.

Do mesmo modo, pode-se dizer que o direito ao meio-ambiente equilibrado também é um direito fundamental, embora esteja fora do título II da Constituição. O referido direito encontra-se no art. 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Além disso, podem ser citados alguns direitos fundamentais implícitos, decorrentes dos princípios adotados pelo constituinte. Pode-se citar, por exemplo, o

direito à alimentação como um típico direito fundamental implícito, uma vez que não está expressamente previsto em nenhum artigo da Constituição, mas pode ser “descoberto” através de uma análise sistemática dos princípios constitucionais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Existem, portanto, direitos fundamentais fora do Título II da Constituição Federal, que são justamente aqueles direitos constitucionais, expressos ou implícitos, que possuem forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>. Cabe ao Judiciário, com apoio da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>13</sup>, “descobrir” quais são esses direitos.

Por fim, também podem existir direitos fundamentais em tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, em razão do já citado art. 5º, §2º, da CF/88, reforçado pelo §3º do mesmo artigo, que diz o seguinte: “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 às emendas constitucionais”.

O §3º, do art. 5º, foi incluído no texto constitucional através da Emenda Constitucional 45/2004. Sempre houve uma calorosa discussão – mesmo antes da EC 45/2004 – a respeito do **status** normativo dos tratados internacionais de direitos humanos.

De um lado, havia aqueles que defendiam o **status** de norma constitucional desses tratados. Para os defensores desse ponto de vista, os direitos previstos em tratados internacionais seriam verdadeiros direitos fundamentais, de modo que, havendo conflito entre uma norma constitucional e um tratado internacional de direitos humanos, deveria prevalecer a norma que melhor protegesse o princípio da

---

<sup>12</sup> Pode-se citar, por exemplo, o direito à alimentação como um típico direito fundamental implícito, uma vez que não está expressamente previsto em nenhuma norma da Constituição, mas pode ser “descoberto” através de uma análise sistemática dos princípios constitucionais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>13</sup> A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – noção desenvolvida por Peter Häberle – representa todos os indivíduos e grupos sociais que são afetados pela hermenêutica constitucional e, portanto, em nome da democracia pluralista, são chamados a dividir com os juízes a tarefa de contribuir para a interpretação da norma constitucional. A esse respeito, confira-se: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

dignidade da pessoa humana<sup>14</sup>. Encabeçando essa tese estava a professora Flávia Piovesan, que defendeu sua tese de doutorado, na prestigiosa faculdade de Harvard, argumentando que os tratados internacionais de direitos humanos seriam verdadeiras normas constitucionais, por força do art. 5º, 2º, da Constituição Federal de 1988.

Do outro lado, havia aqueles que consideravam que os tratados internacionais teriam força de lei ordinária. Para os adeptos desse entendimento, os tratados internacionais não poderiam ter a mesma hierarquia das normas constitucionais, pois seria uma afronta ao princípio da supremacia da Constituição. Assim, se houvesse um conflito entre um tratado internacional e uma norma constitucional, a norma constitucional deveria prevalecer.

O Supremo Tribunal Federal teve que decidir quem tinha razão quando analisou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Havia, no caso, um conflito entre a Constituição Federal de 1988 (que permite a prisão civil em dois casos: pensão alimentícia e depositário infiel<sup>15</sup>) e o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1966, incorporado ao direito brasileiro em 1992 (que permite a prisão civil em apenas um caso: pensão alimentícia<sup>16</sup>). Perceba que o Pacto é mais favorável aos direitos fundamentais do que a Constituição, pois restringe mais as hipóteses de prisão civil, prestigiando o direito de liberdade.

Desse modo, se a tese da Professora Flávia fosse aceita, então o STF teria que reconhecer a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, pois o Pacto de San Jose da Costa Rica proíbe essa modalidade de prisão civil.

O STF, porém, acolheu a tese oposta, entendendo que os tratados internacionais tinham força de lei ordinária; logo, no choque entre o tratado internacional e a Constituição, o tratado internacional não poderia ser aplicado, por ser inconstitucional. Assim, foi reconhecida a possibilidade da prisão civil do

---

<sup>14</sup> Sobre o assunto, vale conferir: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

<sup>15</sup> Veja o texto constitucional a respeito: “art. 5º. (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

<sup>16</sup> É o que se extrai do art. 7º do Pacto: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

depositário infiel, não sendo aplicável a proibição prevista no Pacto de San Jose da Costa Rica.

Com a aprovação do §3º, do artigo 5º, a discussão foi retomada, especialmente em relação aos tratados já aprovados antes da EC 45/2004. Com relação aos tratados que ainda não foram incorporados ao direito interno brasileiro, não há muita discussão: se eles forem aprovados com o quorum qualificado (três quintos dos membros do Congresso Nacional, em dois turnos), eles terão naturalmente a força de norma constitucional (emenda constitucional); por outro lado, se forem aprovados sem o quorum qualificado, eles terão a força de lei ordinária.

O problema é somente em relação aos tratados internacionais de direitos humanos já aprovados. Será que a EC 45/2004 pretendeu dar-lhes força constitucional? Será que eles foram promovidos à categoria de emenda constitucional? Em outras palavras: será que eles foram recepcionais como normas constitucionais?

Ainda não há uma resposta definitiva do Supremo Tribunal Federal, mas a tendência até o momento é aceitar que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem um **status** normativo **supralegal**, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação (Voto-vogal proferido pelo Min. Gilmar Mendes, do STF, no RE 466343-1-SP<sup>17</sup>). Se essa tendência se confirmar, os tratados

---

<sup>17</sup> Eis um trecho elucidativo do substancial voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes: “parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional no 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: ‘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 às emendas constitucionais’. Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. (...)

internacionais de direitos humanos ganharão uma força especial e, de certo modo, terão a mesma importância normativa das normas constitucionais. A meu ver, essa é a melhor solução, pois prestigia uma concepção globalizante (ou universalista) dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, colocando o Brasil dentro da legalidade e legitimidade internacionais.

Como conclusão, pode-se dizer que, em face da Constituição Federal de 1988, existem direitos fundamentais:

- a) no Título II da Constituição, pois todos os direitos ali previstos são direitos fundamentais por expressa opção constitucional;
- b) decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bastando que tenham vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana;
- c) em tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil, desde que se observe o quorum qualificado previsto no art. 5º, §3º, da CF/88.

Na Alemanha, também há um grande número de direitos fundamentais reconhecidos pela Lei Fundamental de 1949, embora o rol não seja tão extenso quanto no Brasil.

Os artigos 1º a 19 da Lei Fundamental de 1949 explicitam os direitos fundamentais na Alemanha. Basicamente, são reconhecidos direitos de liberdade (p. ex. liberdade religiosa, de crença, de pensamento, de expressão, de reunião etc), direitos civis (p. ex., o direito de propriedade), direitos de personalidade (p. ex., intimidade e privacidade, inviolabilidade do domicílio) e garantias processuais (p. ex., direito de petição e direito de ação judicial). O rol se assemelha, quanto à natureza, aos direitos previstos no artigo 5º, da Constituição brasileira.

---

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, 'a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central'.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante".

Uma diferença marcante entre os dois sistemas é o fato de a Lei Fundamental de 1949 não incluir direitos econômicos, sociais e culturais em seu texto, muito embora tenha incorporado conceitos como “Estado Social” e “dignidade da pessoa humana”. Esses conceitos são freqüentemente invocados para obrigar o Estado a cumprir tarefas específicas de caráter social, ainda que não gerem direitos subjetivos para sua realização. Segundo Krell, a doutrina alemã se refere às normas sociais da Lei Fundamental de 1949 como “mandados” e não propriamente “direitos”<sup>18</sup>. De acordo com o mesmo autor, a Constituição brasileira, contudo, “não permite tal interpretação”, já que as normas constitucionais são, por expressa disposição constitucional, considerados como direitos fundamentais, “com todas as conseqüências dessa natureza”<sup>19</sup>.

Realmente, aqui no Brasil, os direitos sociais, no Brasil, são inegavelmente direitos fundamentais, pois

(a) estão topograficamente localizados no Título II da Constituição (para ser mais preciso, no artigo 6º<sup>20</sup>), que trata precisamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Logo, o constituinte de maneira deliberada e expressa reconheceu que os direitos socioeconômicos são direitos fundamentais;

(b) são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna;

(c) além de estarem expressos ao longo do texto constitucional, os direitos sociais também estão previstos em inúmeros tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a proteger, de modo que, mesmo que não estivessem expressos no texto constitucional, seriam direitos fundamentais por força do artigo 5º, §2º, da CF/88, que estabelece que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil;

---

<sup>18</sup> Cf. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 45/49.

<sup>19</sup> Cf. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 49.

<sup>20</sup> “**Art. 6º** - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.



(d) por fim, os direitos sociais são uma materialização dos direitos de igualdade e de solidariedade que são indiscutivelmente direitos fundamentais.

No capítulo 6 deste estudo, destinado a análise dos direitos de caráter prestacional, a distinção entre os sistemas brasileiro e alemão, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, será esclarecida com maiores detalhes.

### **2.3. Os direitos fundamentais como alicerce do ordenamento constitucional alemão e brasileiro**

Cada Constituição, explica o jurista alemão Ernst Benda, “origina-se em uma determinada circunstância histórica, à qual ela reage e deve também reagir, caso não tenha a função de erigir – descolada dos dados da realidade – um mundo de aparências”<sup>21</sup>.

Dentro desse contexto, pode-se dizer que tanto a Constituição brasileira quanto a alemã surgiram como uma reação a regimes totalitários e ditatoriais, onde as liberdades e a democracia haviam sido suprimidas. Daí porque um dos pontos em comum entre a Constituição brasileira e a alemã é a importância conferida aos direitos fundamentais. Tanto no Brasil quanto na Alemanha o ordenamento jurídico-constitucional atribuiu uma posição privilegiada aos direitos fundamentais, colocando-os no centro e no topo de todo o sistema normativo.

O motivo dessa valorização dos direitos fundamentais é explicado pela história. Veja-se o caso da Alemanha.

O contexto em que a Lei Fundamental de 1949 foi aprovada era a de uma Alemanha “espiritualmente destruída, arruinada, pobre, faminta, com milhões de refugiados e desterrados”. Foi nesse cenário que “os 65 integrantes do Conselho Parlamentar, escolhidos pelas assembleias estaduais e não pela população em

---

<sup>21</sup> BENDA, H. C. Ernst. O Espírito da Nossa Lei Fundamental. p. 100. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 91/109.

geral, receberam a incumbência de elaborar uma Constituição democrática e federalista para as três zonas ocidentais da Alemanha<sup>22</sup>.

E o mais curioso é que a Lei Fundamental, nessas circunstâncias, foi debatida, aprovada e votada em apenas seis meses.

Ninguém imaginou que ela se firmaria do modo como se firmou, até porque os próprios constituintes pretendiam que ela fosse provisória até a reunificação alemã, momento em que todo o povo alemão, verdadeiramente representado, poderia aprovar uma Constituição mais legítima. Quem bem retrata esses fatos é Herta Däubler-Gmelin:

Desde o início, insistiu-se na natureza provisória da Constituição, uma vez que na Alemanha dividida não havia condições para criação de uma Constituição para todo o país. Naquele tempo ninguém podia imaginar – e ninguém de fato imaginou – que essa lei fundamental provisória ainda continuaria em vigor depois de meio século e que se transformaria até na Constituição plena de uma Alemanha reunificada. Ninguém podia imaginar também que, depois do término da Guerra Fria e da decomposição da União Soviética, essa mesma Constituição, agora com ‘artigo de exportação’, seria retomada por assembleias constituintes, sobretudo das sociedades em transformação, para servir de inspiração para as suas próprias Constituições. Mas o mais importante – e isso me parece realmente especial – é que ninguém podia imaginar que essa Constituição, tendo em vista as circunstâncias de sua elaboração, viria a encontrar a receptividade de que goza junto à população da Alemanha hoje, acima de todos os partidos<sup>23</sup>.

Carlo Schmidt, um dos responsáveis pela elaboração da Lei Fundamental de 1949, resumiu com as seguintes palavras o simbolismo daquele texto constitucional, marcado pelas cicatrizes ainda abertas do nazismo: “A razão de ser no novo Estado deveria ser o homem, e não o homem a razão de ser do Estado”<sup>24</sup>.

No Brasil, também é marcante o caráter simbólico da Constituição de 1988. A sociedade tinha vivido praticamente 30 anos de supressão de liberdades, em razão do regime militar. Portanto, era hora de abrir as portas da democracia.

<sup>22</sup> DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade, p. 14. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 11/20.

<sup>23</sup> DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade, p. 15. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 11/20.

<sup>24</sup> DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade, p. 15. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 11/20.

Em 5 de outubro de 1988, Ulisses Guimarães, o Presidente da Assembléia Constituinte, proferiu seu famoso discurso enaltecendo a nova Constituição. Perceba como há semelhança entre as palavras de Ulisses Guimarães e as de Carlo Schmidt:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. (...) É a Constituição Coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destroçou tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

Esse discurso bem demonstra o simbolismo da Constituição de 1988. E, apesar de seu ainda curto período de existência, não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 iniciou uma nova era no cenário jurídico brasileiro, totalmente voltada à proteção dos direitos fundamentais e dos valores democráticos. Assim, apesar de ainda existir um grande descompasso entre o texto constitucional e a realidade sócio-econômica brasileira, são nítidos os avanços conquistados nos últimos dez ou quinze anos em matéria de direitos fundamentais.

O direito brasileiro pré-88 era nitidamente conservador e formalista. Sua finalidade era assegurar o *status quo*. Após 88, houve uma profunda mudança de paradigma na forma de encarar o Direito. Sob a égide da Constituição cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme se observa na simples leitura do artigo 3º, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil. Lá está escrito claramente que o papel do Estado brasileiro é acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais, demonstrando um inegável compromisso com a transformação da sociedade. Isso, mais cedo ou mais tarde, acaba afetando a mentalidade jurídica. O próprio ensino jurídico torna-se mais progressista e, conseqüentemente, os profissionais do Direito, na medida em que vão assimilando

esse novo espírito transformador, também se tornam menos formalistas e menos conservadores. É um saudável círculo virtuoso.

Nesta monografia, será possível observar alguns desses avanços, especialmente em torno da proteção judicial dos direitos fundamentais. Confira-se.

### 3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO-CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem algumas **características jurídicas** que os tornam direitos especiais, pois o ordenamento jurídico estabeleceu mecanismos processuais para facilitar a sua proteção, sobretudo através do Poder Judiciário. Dentre essas características, podem ser enumeradas algumas úteis à abordagem que está sendo feita neste trabalho: (a) normatividade potencializada; (b) aplicação direta e imediata; (c) exigibilidade (justiciabilidade), (d) dimensão objetiva, (e) eficácia irradiante.

Vale analisar cada uma dessas características individualmente, explicando como elas influenciam a **interpretação-concretização** dos direitos fundamentais.

Uma rápida explicação: utilizou-se o binômio “interpretação-concretização” tendo em vista que o papel do jurista, em matéria de direitos fundamentais, como bem diz o professor Paulo Bonavides, não é simplesmente interpretar as normas que os consagram, mas, sobretudo, concretizá-los, ou seja, fazer com que eles saiam do papel e se tornem realidade<sup>25</sup>. Além disso, a interpretação dos direitos fundamentais é sempre voltada para o caso concreto. Serão as peculiares circunstâncias de cada caso que fornecerão as bases argumentativas para a descoberta da solução jurídica.

#### 3.1 Normatividade potencializada e supremacia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem uma efetiva **força jurídica** e não apenas simbólica ou política. Eles não são normas meramente morais, mas autênticos direitos positivados. E não se trata de uma positivação qualquer. É, na verdade, uma positivação constitucional, o que não é pouca coisa, já que a Constituição está no ponto mais alto do ordenamento jurídico.

---

<sup>25</sup> “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1998, p. 545); “o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização uma tarefa essencial” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1998, p. 558).

Por essa razão, os direitos fundamentais possuem uma força jurídica potencializada. Dentro do sistema escalonado de normas jurídicas, os direitos fundamentais possuem uma inquestionável supremacia formal e material, tanto por ter **status** de norma constitucional quanto pela sua importância axiológica.

A supremacia material dos direitos fundamentais se manifesta de várias formas, a começar pela posição topográfica privilegiada que o constituinte brasileiro adotou, colocando a grande maioria das normas de direitos fundamentais logo nos artigos iniciais da Constituição Federal de 1988 (arts. 5º a 17)<sup>26</sup>.

O constituinte brasileiro também considerou os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, impedindo que eles sejam revogados por meio de emendas constitucionais, colocando-os a salvo das disputas políticas travadas no Congresso Nacional.

Além disso, foram criados inúmeros instrumentos jurídico-processuais de proteção desses direitos, como o habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ações diretas de in/constitucionalidade, argüição de descumprimento a preceito fundamental, além das tradicionais vias ordinárias, que estão sempre abertas para a proteção dos direitos fundamentais, por força do princípio do acesso à Justiça, do direito de ação e da inafastabilidade da tutela judicial<sup>27</sup>.

Houve, portanto, uma clara opção do constituinte em favor dos direitos fundamentais.

O reconhecimento da força normativa potencializada dos direitos fundamentais ocasiona algumas mudanças de paradigma na aplicação do direito, como por exemplo:

(a) redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais (“não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”<sup>28</sup>), já que o

---

<sup>26</sup> A propósito, o constituinte alemão também reservou os primeiros artigos para os direitos fundamentais.

<sup>27</sup> “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88).

<sup>28</sup> “Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”. A frase foi dita por Krüger em 1950, cf. NOGUEIRA ALCALA,

conteúdo das normas constitucionais não pode ficar restrito à vontade parlamentar, e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição;

(b) reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da “solução de compromisso” que todos agentes devem assumir na concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional;

(c) possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como conseqüência do aumento da força normativa da Constituição e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião da Constituição.

As implicações práticas que cada um dessas mudanças de paradigma podem gerar serão vistas ao longo deste estudo. Por ora, basta saber que os direitos fundamentais são direitos que estão no ápice da escala axiológica e jurídica do ordenamento e, por isso, merecem uma proteção jurídica especial.

Além disso, como os direitos fundamentais possuem **status** de norma constitucional, eles têm a força de provocar a inconstitucionalidade material de normas infraconstitucionais que dificultem ou impeçam sua aplicação. Se uma lei, de algum modo, for incompatível com a ordem de valores imposta pelos direitos fundamentais, essa lei pode ser anulada, por inconstitucionalidade, pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional<sup>29</sup>. Portanto, são os direitos fundamentais que fornecem o substrato ético e a legitimidade material do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, declarou a inconstitucionalidade de uma lei aprovada em 1974 que descriminalizava o aborto. Segundo a decisão da Corte, a referida lei violava o direito à vida do feto e,

---

Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. **Ius et Praxis**, 2005, vol.11, no.2, p.15-64.

<sup>29</sup> No Brasil, esse órgão é o próprio Poder Judiciário como um todo, em face da aceitação do controle difuso de constitucionalidade, embora o Supremo Tribunal Federal tenha uma função predominante tanto por estar na cúpula quanto por exercer a competência exclusiva do controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Federal. Na Alemanha, onde não há o controle difuso, o órgão responsável pela jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade) é o Tribunal Constitucional Federal, que é um órgão político que está acima do próprio Poder Judiciário.

portanto, seria incompatível com o sistema axiológico traçado pelo constituinte alemão. Essa polêmica decisão será comentada mais à frente.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelecia, a título de pena, "a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números", para os veículos de comunicação que identificassem os menores infratores em suas reportagens. Na ADIn 869-2, ficou decidido que a referida sanção seria incompatível com o artigo 220 da Constituição de 1988, que estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, "não sofrerá qualquer restrição, observada o que nela estiver disposto". Logo, qualquer restrição à liberdade de pensamento deveria estar explícita ou implicitamente prevista na Constituição, o que não seria o caso da lei em questão<sup>30</sup>.

Na ADIn-MC 1969-4/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de um decreto do Governo do Distrito Federal que proibia a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília. Foi reconhecido que o referido decreto violava a liberdade de reunião e de manifestação pública (art. 5º, inc. XVI, da CF/88<sup>31</sup>), afrontando, portanto, o conteúdo material da Constituição<sup>32</sup>.

Do mesmo modo, na ADIn 3471/DF, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei 11.300/2006, na parte em que vedava a divulgação de pesquisas eleitorais, por qualquer meio de comunicação, na véspera do pleito. O STF, invocando o princípio da proporcionalidade, entendeu que a referida regra violava o direito à liberdade de informação, tão importante para um processo eleitoral que visa "permitir

---

<sup>30</sup> STF, ADIn 869-2/DF, rel. Min. Ilmar Galvão.

<sup>31</sup> "Art. 5º. (...) **XVI** - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

<sup>32</sup> STF, ADIn-MC 1969-4, rel. Min. Celso de Mello, j. 24/3/1999.



que o cidadão forme a sua convicção de modo mais amplo e livre possível, antes de concretizá-la nas urnas por meio do voto”<sup>33</sup>.

Em todos esses casos, a supremacia dos direitos fundamentais foi aplicada para invalidar atos normativos que transgrediram a estrutura axiológica dos direitos fundamentais, demonstrando que o legislador está vinculado aos direitos fundamentais.

### **3.2 Aplicação imediata (vinculação direta)**

O art. 5º, §1º, da CF/88, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Com isso, não há necessidade de lei ou de qualquer outra regulamentação para fazer com que os direitos fundamentais sejam cumpridos. Ou seja, os direitos fundamentais podem ser aplicados pelo simples fato de já estarem previstos na Constituição.

Vale ressaltar que todos os direitos fundamentais são favorecidos pela cláusula da aplicação imediata, já que o dispositivo constitucional não faz qualquer exclusão. Trata-se, portanto, de um princípio geral que se aplica a todos os direitos fundamentais indistintamente, apesar de estar no artigo 5º da Constituição Federal brasileira.

Na Lei Fundamental de Bonn, consta norma semelhante: “os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (art. 1º, inc. III).

A cláusula da aplicação imediata possui uma importância prática extraordinária, pois consagra expressamente o princípio da máxima efetividade, que é inerente a todas as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais. Ela traz à lembrança a já citada frase de Krüger: não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais.

Reconhecer que são as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais significa que todo ordenamento jurídico, inclusive o anterior à entrada

---

<sup>33</sup> Trecho do voto do Min. Ricardo Lewandovisk, relator da citada ação direta de inconstitucionalidade.

em vigor da Constituição, deve ser interpretado e re-interpretado à luz dos direitos fundamentais. É o que os constitucionalistas estão chamando de “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais, retratando a eficácia irradiante das normas definidoras de direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico.

Além disso, a lei passa a ser um instrumento em favor dos direitos fundamentais. Se a lei ajudar a concretizar o direito fundamental, será bem-vinda. Por outro lado, se a lei dificultar ou impedir a aplicação do direito fundamental, poderá, ou melhor, deverá ter sua aplicação afastada pelo Judiciário.

Em hipótese alguma, um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se um determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao jurista tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador.

Um caso paradigmático que demonstra com perfeição o significado da possibilidade de aplicação direta e imediata de normas constitucionais foi o caso da proibição de nepotismo no Poder Judiciário, julgada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup>. Embora não se trate propriamente de aplicação direta de direitos fundamentais, e sim de princípios constitucionais, o caso retrata bem a possibilidade de extrair diretamente da Constituição comandos concretos da atuação estatal.

A discussão, em síntese, girava em torno da validade de uma resolução (Resolução CNJ 07/2005) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que havia proibido a prática de nepotismo (contratação de parentes de magistrados sem concurso) no âmbito do Poder Judiciário.

Como vários tribunais estavam declarando a inconstitucionalidade da resolução do CNJ, por suposta violação ao princípio da legalidade e da separação de poderes, a Associação dos Magistrados do Brasil ingressou, perante o Supremo

---

<sup>34</sup> STF, ADC-MC 12-6/DF, rel. Min. Carlos Brito, j. 12/2/2006.

Tribunal Federal, com Ação Declaratória de Constitucionalidade, requerendo que o STF declarasse a constitucionalidade da referida resolução, por ser compatível com os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal, a saber, impessoalidade, moralidade e eficiência.

O STF, em julgamento memorável, reconheceu a constitucionalidade da referida resolução.

No fundamento da decisão, ficou claro que um ato normativo (no caso, um ato do Conselho Nacional de Justiça) pode densificar diretamente normas constitucionais, independentemente de lei formal, desde que seja compatível com os objetivos constitucionais<sup>35</sup>. Como explicou Gilmar Mendes, em seu voto, “não

---

<sup>35</sup> Eis um trecho importante da ementa do julgado: “A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da *Carta-cidadã* e tem como finalidade *debulhar* os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a *Carta de Outubro*, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter *estadualizado* de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “*chefia*” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação”.

apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa”<sup>36</sup>. Logo,

Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violem tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade. (...)

Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. Cabe às autoridades administrativas e, nesse caso, ao CNJ, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer cumprir os comandos normativos veiculados pelos princípios do art. 37<sup>37</sup>.

### 3.3 Exigibilidade (justiciabilidade)

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas com um alto teor de juridicidade, já que possuem **status** constitucional, são direitos exigíveis, ou seja, podem ter sua aplicação (ou efetivação) forçada, através do Poder Judiciário (Estado-juiz), mesmo na ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo. Os direitos fundamentais são, por isso, dotados de justiciabilidade<sup>38</sup>. É o que os constitucionalistas chamam de “dimensão subjetiva” dos direitos fundamentais, demonstrando a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para o seu titular.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais é uma exigência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, em seu artigo 8º, estabelece a necessidade de se permitir a proteção judicial dos direitos fundamentais: “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais

<sup>36</sup> Trecho de seu voto proferido na ADC 7/2005.

<sup>37</sup> Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, proferido na ADC 7/2005.

<sup>38</sup> A palavra “justiciabilidade” significa a possibilidade de implementar uma norma ou um direito através do Poder Judiciário, dentro de um processo judicial. Em outros termos: se um determinado direito puder ter sua realização forçada pelo Poder Judiciário, então o referido direito será considerado justiciável, ou seja, dotado de justiciabilidade.

competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

No Brasil, a proteção judicial dos direitos fundamentais encontra-se no art. 5º, inc. XXXV, onde está expresso que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Na Alemanha, a garantia da proteção judicial encontra-se no artigo 19, inc. IV, que determina que “se alguém for lesado nos seus direitos pelo Poder Público, poder-se-á valer da via judicial”. Na ótica do TCF, o acesso ao Judiciário “garante não somente o direito formal e a possibilidade teórica de se recorrer ao Poder Judiciário, mas também estabelece em favor do cidadão uma pretensão ao controle judicial efetivo e eficaz”<sup>39</sup>.

Durante muito tempo, setores influentes do mundo jurídico brasileiro defenderam que algumas normas constitucionais, como os direitos sociais, por serem muito vagas e abstratas, seriam destituídas de força jurídica. Dizia-se que o Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para verificar a melhor forma de implementação dessas normas e que, por isso, seria melhor deixar a sua efetivação apenas para o legislador e para o administrador, cabendo ao Judiciário fiscalizar a execução somente do que estiver previsto em lei. Sem lei integradora não haveria possibilidade de prestação da tutela jurisdicional, cabendo ao juiz simplesmente declarar que a norma constitucional não seria “auto-aplicável”. Assim, sem a intervenção dos órgãos políticos (Executivo e Legislativo), essas normas, por terem um conteúdo puramente programático, não teriam efetivação no mundo real, não podendo ser invocados nos Tribunais para qualquer efeito, pois delas não emanariam direitos nem pretensões jurídicas<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 802.

<sup>40</sup> Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui um julgado, datado de 1996 (ROMS 6564/RS), onde ficou consignado que o direito à saúde constitui um interesse geral que não confere aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação, eis que não delimitado seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completar a norma constitucional pela integração legislativa. O referido acórdão buscou fundamento doutrinário em Cretella Júnior, que defendia o seguinte: “A proposição concretizada na regra ordinária civil ‘a todo *direito* corresponde uma *ação* que o assegura’ (C.C., art. 75), é válida apenas para a relação jurídica em que as partes são reciprocamente credores e devedores de direitos e obrigações. Na regra jurídica constitucional que dispõe que ‘todos têm direitos e o Estado tem dever’ – de educação, saúde -, na realidade, ‘todos não têm direito’, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-

Essa visão, contudo, está ultrapassada, pois retira todo o significado da norma constitucional que atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade pela “guarda da Constituição” (art. 102, da CF/88), bem como da norma que determina que as ameaças ou lesões a direitos não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário.

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência defendem que a efetivação de toda norma constitucional pode ser exigida judicialmente. Em nenhuma hipótese, o Judiciário pode ficar impotente diante de um manifesto desrespeito aos direitos fundamentais.

Na verdade, quanto maior for a distância entre o texto normativo e a realidade maior será a necessidade de se permitir que o Judiciário participe do processo de implementação dos direitos constitucionalmente garantidos, compartilhando com os demais poderes a responsabilidade pela realização dos objetivos socioeconômicos determinados pelo constituinte.

Desse modo, o juiz pode sim buscar a concretização de todas as normas constitucionais mesmo diante da omissão do legislador, embora a situação desejável seja que os direitos fundamentais sejam respeitados independentemente de qualquer intervenção judicial. Se o legislador nada fizer para implementar os direitos fundamentais, é perfeitamente razoável aceitar que o Judiciário dê a melhor concretização possível à norma constitucional, já que é papel dos juízes, enquanto defensores da supremacia da Constituição, zelar para que os direitos constitucionais sejam efetivados da melhor forma possível.

A título de exemplo, podem ser citadas várias decisões em que os Tribunais brasileiros, com base no direito fundamental à saúde, têm ampliado o rol de situações que autorizam o saque dos recursos depositados na conta do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) do trabalhador<sup>41</sup>. O entendimento é de

---

devedor não se fundamenta em *vinculum iuris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obrigara, por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo. O Estado *deve*, mas o *debet* tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o *bonus administrator* procurará proporcionar a todos, embora a tanto não seja obrigado” (CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentário à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1988, p. 884).

<sup>41</sup> Entre outros, citam-se: STJ, 1ª Turma, RESP 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 26/6/2000, p. 138; RESP 240.920/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27/3/2000, p. 78. Os Tribunais Regionais Federais também se posicionam no mesmo sentido, por exemplo: TRF 1ª Região, AG

que a movimentação da conta vinculada deve ser admitida quando seu titular, ou algum de seus dependentes, está sofrendo doença grave, “*mesmo que a nomenclatura de tal enfermidade não esteja elencada, expressamente, na Lei 8.036/90*”<sup>42</sup>. O mesmo entendimento tem sido adotado quanto ao levantamento do saldo na conta do PIS<sup>43</sup>.

Em uma situação ainda mais peculiar, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “é possível o levantamento do PIS pelos participantes que sejam portadores de idade avançada e que estejam em situação de miserabilidade”<sup>44</sup>.

Além disso, muito antes de ser autorizada por lei a liberação de verbas do FGTS para cobrir despesas decorrentes de enchentes, a Justiça Federal já havia reconhecido essa possibilidade, com base na dimensão social do Fundo de Garantia, no direito fundamental à moradia e no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>45</sup>.

Outro exemplo paradigmático nesse mesmo contexto é o reconhecimento judicial de recebimento de benefícios previdenciários para companheiros homossexuais, mesmo sem existir qualquer legislação previdenciária sobre a matéria. Os tribunais brasileiros, com base unicamente na Constituição Federal, estão determinando o pagamento de benefícios previdenciários decorrentes dessas relações, em respeito ao princípio constitucional da igualdade<sup>46</sup>. Em igual sentido,

---

01000037179/MG, DJ: 14/10/2002, p. 453; TRF 2ª Região: AC 228788/RJ, DJU:17/10/2000; TRF 3ª Região: AC 96030214086/SP, DJ 28/01/1997, p.: 3022; TRF 4ª Região: AC 383453/SC, DJ 11/4/2001, 230; TRF 5ª Região: AC 233891, DJ 26/1/2001, p. 579.

<sup>42</sup> TRF 5ª Região, AC 240419/AL, rel. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Farias, DJU 13/6/2002, p. 916.

<sup>43</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 387.846/RS, DJU 12/8/2002, p. 117; RESP 380.506/RS, DJU 8/4/2002, p. 152.

<sup>44</sup> STJ, RESP 865.010/PE, rel. Min. Castro Meira, DJU 11/10/2006.

<sup>45</sup> TRF 4ª Região, AC 570401-SC, rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 30/3/2000; TRF 4ª Região, AC 257202-SC, rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, j. 3/5/2000.

<sup>46</sup> Confira-se, por exemplo, o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido em ação civil pública, com efeito erga omnes para todo o território nacional: “O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição.

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua

pode-se citar o reconhecimento judicial da possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais que preencham os requisitos legais, mesmo diante de uma omissão eloqüente do Código Civil sobre o assunto<sup>47</sup>.

Nesses casos, é nítido que o Judiciário está exercendo uma função quase-legislativa, na medida em que alarga substancialmente o sentido literal da lei,

---

identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.

A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.

Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão” (TRF 4ª Região, AC 200071000093470/RS, j. 27/7/2005).

<sup>47</sup> Na verdade, uma interpretação literal do Código Civil e da Constituição levaria à impossibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais. É que, na Constituição Federal, encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Desse modo, qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por sentença judicial. O Código Civil, por sua vez, dispõe no artigo 1.622: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável”. Logo, como o art. 226, §3º, da Constituição Federal reconhece expressamente apenas a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não seria possível, portanto, o reconhecimento da união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. No caso, como não se trata de “marido e mulher”, nem de união estável de acordo com a norma constitucional, não seria possível a adoção pretendida. Não é esta, porém, a interpretação que os Tribunais estão fazendo. É possível encontrar algumas decisões – a meu ver, corretas – favoráveis à adoção por casais homossexuais como a que se segue: “APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes” (TJRS, AC 70013801592, j. 5/4/2004).



funcionando como uma espécie de **catalisador** da vontade constitucional. Isso demonstra que, quando a resposta fornecida pela lei não se sustenta diante de uma análise mais rigorosa, à luz dos direitos fundamentais, é possível afastar a aplicação dessa lei (ou alargar o seu sentido) e decidir com base em outros valores juridicamente aceitos – valores estes que podem e devem ser extraídos diretamente da Constituição -, já que o Poder Judiciário também está diretamente vinculado aos direitos fundamentais.

Uma outra conseqüência da plena exigibilidade dos direitos fundamentais é a redução da liberdade discricionária do administrador, quando há violação de direitos fundamentais. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, a importância da garantia da vida judicial “reside principalmente no fato de ele acabar com a ‘autocracia’ do Poder Executivo na relação com os cidadãos; nenhum ato do Executivo que intervenha em direitos dos cidadãos pode ficar fora do controle judicial”<sup>48</sup>.

Nesse sentido, vale citar um emblemático caso ocorrido no Brasil, envolvendo a liberdade de imprensa: o caso “**Larry Rohter**”<sup>49</sup>.

Larry Rohter é um polêmico jornalista americano do “**New York Times**”, que atua como correspondente aqui no Brasil. Em uma de suas reportagens, Larry Rohter criticou os hábitos étlicos do Presidente da República, dizendo que “hábito de beber de Lula se torna preocupação nacional”.

Inconformado com o teor da reportagem, o Presidente Lula determinou ao Ministério da Justiça que o visto diplomático do referido jornalista não fosse renovado. O ministro interino da Justiça, acatando a ordem do Presidente, publicou a seguinte nota:

Em face da reportagem leviana, mentirosa e ofensiva à honra do presidente da República Federativa do Brasil, com grave prejuízo à imagem do país no exterior, publicada na edição de 9 de maio passado do jornal "The New York Times", o Ministério da Justiça considera, nos termos do artigo 26 da Lei 6815, inconveniente a presença em território nacional do autor do referido texto. Nessas condições, determinou o cancelamento do visto temporário do senhor William Larry Rohter Júnior<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 812.

<sup>49</sup> STJ, HC 35445-DF, rel. Min. Peçanha Martins, 13 de maio de 2004.

<sup>50</sup> Nota publicada pelo jornal "O Globo" do dia 12.5.2004.

O Senador Sérgio Cabral impetrou habeas corpus em favor de Larry Rohter perante o Superior Tribunal de Justiça, defendendo que a não renovação do visto de trabalho do jornalista seria um atentado à liberdade de imprensa.

O Ministro Peçanha Martins, em louvável voto, concedeu o habeas corpus, assinalando o seguinte:

O ato de concessão ou revogação de visto de permanência no país de estrangeiro, em tese, está subordinado aos interesses nacionais (art. 3º da Lei nº 6.815/80). O visto é ato de soberania. Pergunto-me, porém, se uma vez concedido poderá ser revogado pelo fato do estrangeiro ter exercido um direito assegurado pela Constituição, qual o de externar a sua opinião no exercício de atividade jornalística, livre de quaisquer peias? Estaria tal ato administrativo a salvo do exame pelo Judiciário? Neste caso penso que não. É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, dentre eles avultando a liberdade de expressão. E dúvidas não pode haver quanto ao direito de livre manifestação do pensamento (inciso IV) e da liberdade de expressão da atividade de comunicação, "independentemente de censura ou licença" (inciso IX)<sup>51</sup>.

Depois da concessão do habeas corpus e da repercussão negativa no exterior que o evento causou ao governo brasileiro, o Ministério da Justiça resolveu voltar atrás e renovou o visto do jornalista.

O caso demonstra com perfeição que também o Executivo está vinculado aos direitos fundamentais, não havendo mais espaços estatais livres da fiscalização judicial nessa seara.

### **3.4 Máxima efetividade e dever de proteção**

O reconhecimento de uma normatividade potencializada dos direitos fundamentais, aliado à sua aplicação imediata e vinculação direta, exige que o Estado assumira uma posição de proteção, respeito e promoção desses direitos. O Estado não apenas deve se abster de lesar bens jurídicos fundamentais, mas também deve atuar positivamente, protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de particulares. Curiosamente – e paradoxalmente – o Estado, que sempre foi o “bicho-papão” dos direitos fundamentais, também deve ser um dos

principais agentes de proteção desses direitos, como se fosse um “Robin Wood dentro da lei”.

Essa obrigação constitucional que o Estado – em todos os seus níveis de poder – deve observar é o chamado “dever de proteção”, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão, ao julgar o já mencionado caso envolvendo a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei de 1974 que descriminalizava o aborto (Aborto I).

No referido caso, o TCF, em longa decisão, decretou a invalidade da lei em questão, com base no direito à vida, que, de acordo com o Tribunal, exerce uma posição relevante dentro da ordem de valores consagrada na Constituição de Bonn. O TCF afirmou ainda que a proteção à vida não começa apenas após o nascimento; antes dele, o feto já é uma “existência humana em desenvolvimento”, que merece proteção, a qual, de acordo com critérios biológicos e fisiológicos prudentemente adotados pela Corte, teria início no 14º dia seguinte à concepção.

O Tribunal reconheceu, por outro lado, a relevância do direito à privacidade da mulher grávida em questões relativas à procriação, mas afirmou que não se trata de direito absoluto. Assim, diante da impossibilidade de solução compromissória no caso, já que o direito ao aborto importa na destruição da vida do feto, disse que uma ponderação, pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, teria certamente como resultado a “preeminência na proteção do direito à vida do feto em relação ao direito de autodeterminação da mulher grávida”.

Firmada essa premissa, assentou a Corte que o legislador tinha a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto. Segundo tal decisão, a descriminalização do aborto, considerando a relevância do bem jurídico em jogo, não poderia ser operada, a não ser em certas situações especiais (risco à vida ou saúde da mãe, aborto eugênico, situação social dramática da família) e mesmo nestas, com uma série de cautelas que o TCF especificou. Portanto, ao descriminalizar o aborto, o legislador teria violado o dever de proteção ao bem jurídico vida, ao qual estava adstrito.

---

<sup>51</sup> voto do Min. Peçanha Martins no HC 35445-DF.

A decisão aplicou a teoria dos deveres de proteção, que significa, basicamente, que (a) o legislador tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, (b) o administrador tem a obrigação de agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos e (c) o Judiciário tem a obrigação de, na prestação jurisdicional, manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Eis um trecho do julgado que enfatiza bem o chamado dever de proteção, sobretudo para a necessidade de uma proteção suficiente:

O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*; é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais<sup>53</sup>.

Em julgamento posterior (Aborto II), proferido em 1993, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que, embora o aborto continuasse sendo contrário à Constituição daquele país, o legislador poderia optar pela adoção de outras medidas para proteção do direito à vida do feto, ao invés da criminalização da conduta da gestante. De acordo com a Corte, a tutela penal não seria mais impositiva, pelo menos em relação aos abortos praticados nas primeiras doze semanas de gestação. De qualquer modo, não foi afastado o dever de proteção. O que se decidiu foi que o legislador tem liberdade para definir o modo de proteção. Ou seja, alguma medida tem que se tomada para proteger o direito fundamental. Não se pode tolerar a omissão estatal (proibição de inércia):

O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes

<sup>52</sup> Fonte de consulta: SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 130/132.

<sup>53</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 269.

– ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência)<sup>54</sup>.

É lógico que o dever de proteção não pode ser levado às últimas conseqüências, como algo que o Judiciário deve fazer sem levar em conta as peculiaridades do caso. Nesse sentido, vale citar uma interessante decisão do Tribunal Constitucional Federal, envolvendo o seqüestro do empresário Schleyer, julgado em 1977, onde também estava em jogo a questão do dever de proteção do direito à vida.

Eis os fatos que deram origem à demanda: no final da década de 70 do século passado, o terrorismo estava na ordem do dia da Alemanha. A escalada de violência era sem precedentes na história do país no pós-guerra. Mesmo após a prisão de seus líderes, o grupo Fração do Exército Vermelho (RAF) ainda mostrava força.

No primeiro esforço para reaver seus líderes, a RAF seqüestrou em Colônia Hanns-Martin Schleyer, presidente da Federação Alemã dos Empregadores. Na ação, morreram o chofer e três guarda-costas do empresário. O grupo terrorista exigia a libertação de 11 de seus membros capturados. O governo Helmut Schmidt optou por não ceder e ganhar tempo até encontrar o cativo de Schleyer.

Inconformado com a decisão do governo, o filho do empresário interpôs Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando que, ao não atender as exigências dos seqüestradores, o Estado estava praticamente condenando seu pai à morte. Além disso, aduziu também ofensa à isonomia, pois em casos semelhantes o Estado havia atendido às exigências dos terroristas.

O TCF, embora reconhecendo a relevância do dever jurídico estatal de proteção à vida, rejeitou o pedido, afirmando:

A peculiaridade da garantia contra extorsões com ameaça à vida por terroristas é caracterizada pelo fato de que as medidas protetivas devem se adaptar a uma multiplicidade de situações únicas. O governo não pode estabelecer antecipadamente standards de medidas de proteção nem derivar estes standards de um direito fundamental individual. A Constituição criou uma obrigação para o Estado proteger não apenas o indivíduo mas todos os cidadãos. O efetivo cumprimento desta missão requer que as autoridades estatais competentes estejam em posição

---

<sup>54</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 276.

apropriada para reagir adequadamente para as circunstância de cada caso individual. (...) A Constituição não pode prescrever que determinados passos sejam tomados, porque terroristas iriam ter condições de prever como o Estado reagiria. Isto seria contrário à obrigação estatal de proteção, tal como articulada no artigo 2 da Constituição (...). Portanto, o Tribunal Constitucional Federal não está em posição de ordenar às autoridades estatais competentes que adotem qualquer medida em especial. É o governo que tem a responsabilidade de decidir que passos devem ser dados para o desempenho da obrigação estatal de proteger a vida<sup>55</sup>.

A título de curiosidade, o desfecho do caso ocorreu com Hanns-Martin Schleyer sendo executado com um tiro na nuca pelos seqüestradores, após uma série de eventos dramáticos, como o seqüestro de um avião de turistas por outros terroristas que apoiavam a causa da RAF. Alguns terroristas presos se suicidaram.

Em outro famoso julgamento (caso “**Kalkar I**”), o Tribunal Constitucional Federal restringiu a aplicação do “dever de proteção” nas situações de incerteza técnica.

O caso envolvia a concessão de uma licença para instalação de um regenerador rápido de energia nuclear, em Kalkar. O Superior Tribunal Administrativo, diante de um processo judicial em que se discutia a validade da referida licença concedida pela Administração, suscitou, perante o Tribunal Constitucional Federal, a constitucionalidade da Lei sobre Uso Pacífico da Energia Nuclear, que fundamentou a concessão da licença. Alegou-se violação ao princípio democrático, pois quando o legislador regulamentou a utilização da energia atômica, nada dispôs sobre a construção e funcionamento de reatores regeneradores rápidos, que não existiam na época da promulgação da lei.

O TCF, reconhecendo a constitucionalidade da referida norma, assinalou o seguinte:

**4.** Em uma situação necessariamente marcada pela incerteza, faz parte em primeira linha da responsabilidade política do legislador e do governo tomar, com base em suas respectivas competências, as decisões por eles consideradas convenientes. Dada essa situação fática, não é tarefa dos tribunais colocar-se, com suas valorações, no lugar dos órgãos políticos cunhados [funcionalmente] para tanto, pois neste caso faltam parâmetros jurídicos [de decisão].

---

<sup>55</sup> Decisão obtida em SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

5. A redação, aberta em relação ao futuro, do § 7 II, nº 3 AtomG serve a uma proteção dinâmica de direito fundamental. Essa redação ajuda a concretizar, da melhor forma possível, o objetivo de proteção do § 1, nº 2 AtomG.

6. Exigir do legislador, com vistas ao seu dever de proteção, uma regulamentação que exclua com precisão absoluta riscos sofridos por direitos fundamentais, que possivelmente podem surgir da permissão de instalações técnicas e suas operações, significaria desconhecer os limites da faculdade cognoscitiva humana e, no mais, baniria definitivamente toda autorização estatal para uso da técnica. Para a conformação da ordem social, deve, a esse respeito, satisfazer-se com prognósticos baseados na razão prática. Incertezas [que estão] além dos limites da razão prática são inevitáveis, devendo, nesse caso, ser suportados como ônus socialmente adequados por todos os cidadãos<sup>56</sup>.

No Brasil, não há ainda uma consciência nítida dos Tribunais acerca do dever de proteção. No entanto, é possível citar alguns casos em que foi reconhecido esse dever, ainda que de modo implícito.

No caso da “farra do boi”<sup>57</sup>, por exemplo, julgado em grau de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, houve uma nítida aplicação do dever de proteção, voltado especificamente para a proteção do meio-ambiente.

Tratava-se de uma ação civil pública, proposta por três organizações não-governamentais de defesa dos animais<sup>58</sup>, contra o Estado de Santa Catarina, na qual as autoras pretendiam obrigar o Poder Público a tomar medidas concretas para proibir a prática da festa denominada “farra do boi”. De acordo com as autoras, a referida festa ocasionava a crueldade dos animais, ferindo o artigo 225, §1º, inc. VII, da CF/88, que impõe ao poder público a obrigação de proteger a fauna, proibindo práticas que submetam os animais à crueldade<sup>59</sup>.

O Estado de Santa Catarina, em sua defesa, argumentou, entre outras coisas, que a “farra do boi” era uma manifestação cultural bastante entranhada em

<sup>56</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 859/860.

<sup>57</sup> STF, RE 153541-1-SC, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio.

<sup>58</sup> São elas: APANDE - Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais, Defesa da Ecologia; LDZ – Liga de Defesa dos Animais; SOZED – Sociedade Zoológica Educativa; e APA – Associação Protetora dos Animais.

<sup>59</sup> A norma constitucional que embasou a decisão é a seguinte: “Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

significativas parcelas da sociedade catarinense, especialmente as de origem ou descendência açoriana. Para reforçar sua tese, o Estado apresentou um estudo multidisciplinar (Comissão de Estudos da “Farra do Boi”), tecendo considerações históricas, sociológicas e etnográficas sobre o evento, a fim de demonstrar que não se tratava de uma prática tão cruel quanto se imaginava e, portanto, merecia a proteção estatal, em nome do valor cultural nela contido. Citou, em favor da tese que defendia, o artigo 215 da Constituição Federal, que obriga ao Estado apoiar as manifestações culturais<sup>60</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso, entendeu que a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não afasta a necessidade de observar a norma constitucional que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade, de modo que a “farra do boi” não seria constitucionalmente aceitável<sup>61</sup>.

É curioso notar que, no caso da “farra do boi”, o dever de proteção (ambiental) é expressamente mencionado no próprio texto constitucional, reforçando a necessidade de sua observância<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Eis o texto constitucional: “**Art. 215** - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

<sup>61</sup> A ementa do acórdão é a seguinte: “COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inc. VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda a prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’ (STF, RE 153541-1-SC, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio)”. Veja-se trecho do voto do Min. Marco Aurélio, relator para o acórdão, que sintetiza o argumento vencedor: “[...] é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada ‘farra do boi’, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior. Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal”.

<sup>62</sup> Em razão desse dever de proteção, o STF já declarou a inconstitucionalidade de normas estaduais que regulamentavam a chamada “briga de galo”. Veja-se um exemplo: “CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. “BRIGA DE GALOS”. I. - A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre



Em outra oportunidade, ao julgar a constitucionalidade de uma medida provisória que fixou um valor para o salário-mínimo incapaz de cumprir os requisitos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu uma violação ao dever de proteção (no caso, reconheceu uma proteção insuficiente) da garantia do salário-mínimo. No julgamento, após constatar que “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental”, o STF assim decidiu

se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o **dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A respeito da garantia do salário mínimo, previsto no art. 7º, inc. IV, da CF/88, ficou assentado o seguinte:

A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. (...) Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. (...) A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a

---

"galos combatentes", autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F., art. 225, § 1º, VII. II. – Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.” [STF, ADI n. 1856/MC, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 22/09/2000]

imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental<sup>63</sup>.

Houve, no referido caso, o reconhecimento de uma situação de omissão parcial de inconstitucionalidade por cumprimento insuficiente do dever de legislar. No entanto, na prática, a decisão não teve a importância que merecia, já que a ADIN por omissão e nada é quase a mesma coisa, tendo em vista a interpretação adotada pelo STF no sentido de que sua função é apenas a de declarar a mora legislativa sem que se possam tomar medidas concretas para solucionar o problema<sup>64</sup>.

### **3.5 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a filtragem constitucional**

Conforme visto, os direitos fundamentais são capazes de gerar pretensões subjetivas, exigíveis na via judicial, independentemente de qualquer regulamentação do texto constitucional, cabendo ao Poder Público (inclusive, o Poder Judiciário) adotar medidas para que o direito fundamental seja protegido e efetivado da melhor maneira possível.

Essa capacidade que os direitos fundamentais possuem de gerarem direitos subjetivos, passíveis de proteção judicial, é o que se costuma chamar de **dimensão subjetiva dos direitos fundamentais**.

Ao lado dessa dimensão subjetiva, que é inerente a qualquer norma jurídica, os direitos fundamentais também possuem uma característica própria e especial, que é a **dimensão objetiva**.

---

<sup>63</sup> ADI 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/9/1996.

<sup>64</sup> “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (ADI 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/9/1996).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiarem pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da “ordem de valores” que eles representam. Qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que são o fundamento axiológico de todo o sistema normativo. Como explica Ernst Benda, citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, “para dirimir um litígio constitucional, não basta considerar isoladamente a determinação constitucional individual, efetuando uma exegese apenas a partir dela; as determinações devem ser interpretadas de modo ‘que sejam compatíveis com os princípios elementares da Constituição e com as decisões fundamentais do legislador constitucional’”<sup>65</sup>.

Uma imagem ilustrativa que vem sendo utilizada para reforçar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a da chamada “filtragem constitucional”.

Os direitos fundamentais seriam como um filtro necessário à interpretação das demais normas jurídicas. O resultado da interpretação da lei deverá passar por esse filtro, que depurará o conteúdo do texto legal, permitindo que apenas o que for compatível com os valores constitucionais seja aproveitado pelo operador do direito. Todos os resíduos inconstitucionais, que não passarem pelo filtro constitucional, não podem ser aplicados na solução de um caso concreto.

Eis aí o significado da **dimensão objetiva** dos direitos fundamentais.

Essa dimensão objetiva obriga que o jurista “vista a camisa” dos direitos fundamentais ao aplicar o direito infraconstitucional. Não é apenas um compromisso ético, mas um verdadeiro dever constitucional.

Com isso, o Judiciário também deve observar os direitos fundamentais ao aplicar a lei. Caso um determinado juiz desconsidere a “irradiação” dos direitos fundamentais ao decidir um caso concreto, sua decisão poderá ser reformada, por violação material à Constituição.

---

<sup>65</sup> BENDA, H. C. Ernst. O Espírito da Nossa Lei Fundamental. p. 101. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 91/109.

Para perceber a aplicação prática da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale citar alguns exemplos envolvendo a sua aplicação, tanto na Alemanha quanto no Brasil.

Na Alemanha, no caso “**Gesundbeter**” (que significa “aqueles que oram pela saúde”), o Tribunal Constitucional Federal utilizou a dimensão objetiva do direito à liberdade religiosa para inocentar um homem acusado de omissão de socorro.

Eis os fatos: a esposa do reclamante faleceu por ter se recusado, por motivos religiosos, a receber uma transfusão de sangue, com base na interpretação literal das Escrituras Sagradas (Levítico 17:10 e Atos 15:20), que desaconselham o consumo de sangue. Como o reclamante professava a mesma fé da sua mulher, não a persuadiu a realizar a necessária transfusão, apesar das recomendações médicas. Para o reclamante, Deus iria salvá-la, bastando que eles orassem pela sua saúde (daí a expressão que deu o nome ao julgado). Como a mulher veio a falecer, o reclamante foi condenado a pagar uma pena pecuniária por omissão de socorro. De acordo com a acusação, o marido deveria ter persuadido a esposa a aceitar a prescrição médica, a fim de realizar a transfusão de sangue.

O reclamante, inconformado com a condenação, ingressou com uma Reclamação Constitucional, alegando que a sua atitude estaria protegida pela convicção religiosa comum a ele e a sua falecida esposa.

O TCF aceitou os argumentos do reclamante, invocando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, revogando, portanto, a condenação.

Eis um trecho da decisão que, apesar de longa, merece ser citada por elucidar com clareza a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1 [3]). Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as

convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé. De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento [no caso concreto].

**3.** A liberdade de crença não é garantida ilimitadamente. (...) Todavia, os limites da liberdade de crença podem ser estabelecidos – assim como no caso da liberdade artística (cf. BVerfGE 30, 173 [193]) – tão somente pela própria Constituição. Porque a liberdade de crença [o dispositivo constitucional que a garante] não contém reserva em favor do legislador ordinário, não pode ser relativizada nem pela ordem jurídica em geral, nem por uma cláusula indeterminada, que, sem um ponto de partida constitucional e sem suficientes mecanismos da devida segurança jurídica [princípio Estado de direito], dão vazão a uma ameaça dos bens [jurídico-constitucionais] necessários à existência da comunidade político-estatal. Ao contrário, um conflito a ser avaliado no contexto da garantia de liberdade de crença deve ser solucionado segundo o ordenamento axiológico da *Grundgesetz* e sob a observância da unidade desse sistema axiológico fundamental. Como parte desse sistema axiológico dos direitos fundamentais, a liberdade de crença corresponde ao mandamento de tolerância, com base especialmente na dignidade humana garantida no Art. 1 I GG, que, enquanto mais alto valor, domina todo o sistema axiológico dos direitos fundamentais (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; cf. também BVerfGE 30, 173 [193]).

Tais razões excluem a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa. A eficácia horizontal do direito fundamental garantido pelo Art. 4 I GG vem aqui na forma de axioma, que pode influenciar o tipo e a extensão da sanção estatal lícita. Para o direito penal, isto significa: Quem, em dada situação concreta, em razão de sua convicção religiosa, se decide por um fazer ou não fazer pode entrar em conflito com os padrões morais dominantes na sociedade e com os deveres jurídicos neles fundados. Se esse alguém, por meio de tal comportamento, de acordo com a interpretação tradicional, realizar uma conduta tipificada penalmente, deve-se perscrutar, à luz do Art. 4 I GG, se, de acordo com as circunstâncias especiais do caso, a aplicação da pena ainda corresponderia, por excelência, ao sentido da cominação penal estatal. Um tal acusado não se insurge contra a ordem jurídica estatal por carência de uma mentalidade cordata, em consonância com a ordem jurídica; também ele quer manter intacto o bem jurídico protegido pela ameaça da pena. Ele se vê, porém, em uma situação limite, na qual a ordem jurídica geral se encontra em conflito com o mandamento da fé pessoal, sentindo-se no dever de seguir, no caso, o mandamento mais elevado da fé. Ainda que esta decisão possa ser objetivamente condenável segundo conceitos axiológicos geralmente dominantes na sociedade, ela não chega a ser tão reprovável a ponto de justificar a utilização contra o acusado da arma

mais poderosa disponível à sociedade, qual seja, do direito penal. A sanção criminal não é – independentemente de sua dimensão – sob nenhum aspecto (retribuição, prevenção, ressocialização do condenado) uma sanção adequada. O dever resultante do Art. 4 I GG de todo o Poder Público de respeitar a crença religiosa séria, nos mais amplos limites, deve ter como consequência o abrandamento do direito penal, toda vez que o conflito concreto – entre um dever jurídico existente segundo as convicções dominantes e um mandamento religioso – provocar, no acusado, uma tal aflição espiritual, que, em face da cominação penal, que o identifica como violador da lei, a sanção passe a representar uma reação social exagerada e, por isso, violadora de sua dignidade humana.

4. A aplicação destes critérios no caso particular tem como resultado que o Tribunal Estadual e o Superior Tribunal Estadual ignoraram a eficácia horizontal do Art. 4 I GG no momento da interpretação e aplicação do § 330c StGB. Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa, à renúncia desta mesma convicção religiosa<sup>66</sup>.

Em um caso semelhante, envolvendo também o direito à liberdade religiosa, uma determinada pessoa foi condenada a pagar uma pena pecuniária por ter recusado a prestar juramento, em processo judicial no qual deveria atuar como testemunha, invocando, como motivo para a recusa, crenças religiosas. Por isso, ajuizou Reclamação Constitucional alegando violação à liberdade de crença e religião.

O Tribunal Constitucional Federal aceitou os argumentos do reclamante, assinalando que faz parte da área de proteção do direito fundamental de crença e consciência também o agir de acordo com as regras estabelecidas pela religião, por mais exóticas que sejam.

Seguindo o mesmo argumento anterior, o TCF entendeu que a liberdade religiosa é um direito fundamental outorgado sem reserva. Logo, a intervenção consubstanciada na aplicação da pena só poderia ser justificada com base na proteção de um bem jurídico constitucional atingido concretamente no caso pelo exercício da liberdade religiosa, o que não seria o caso, pois, por trás do propósito da regra processual violada (reforçar o compromisso de verdade de depoimentos testemunhais) não se encontra um bem jurídico com valor constitucional. Eis a síntese do julgado:

---

<sup>66</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 349/354.

1. O juramento prestado sem a invocação de Deus não tem, segundo a concepção do constituinte, nenhuma base religiosa ou, de um outro modo, transcendente.
2. Uma convicção de fé que rejeite, por motivos religiosos, também o juramento de testemunha prestado sem a invocação de Deus é protegida pelo Art. 4 I GG.
3. O § 70 I StPO [Código de Processo Penal] deve ser interpretado conforme a Constituição no sentido de se considerar também o direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG como motivo legal, que autoriza à recusa da prestação de juramento<sup>67</sup>.

No Brasil, houve interessante exemplo envolvendo a dimensão objetiva da liberdade de expressão, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se do caso Gerald Thomas<sup>68</sup>.

Gerald Thomas é um famoso diretor de teatro brasileiro, cujas peças teatrais são conhecidas pelas polêmicas que provocam.

No dia 17 de agosto de 2003, às duas horas da madrugada, Gerald Thomas concluiu a apresentação de mais uma peça – uma adaptação de “Tristão e Isolda” –, que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro. Ao invés de ouvir os tradicionais aplausos, Gerald Thomas foi vaiado pelo público, que não havia gostado da peça.

Como forma de protesto pelas vaias que recebia, o diretor de teatro simulou uma masturbação no palco e, ato contínuo, virou de costas para o público, abaixou as calças até o joelho, arriou a cueca e exibiu suas nádegas para os espectadores que ali se encontravam. A lamentável cena foi, inclusive, filmada, tendo gerado ampla repercussão após ser divulgada em cadeia nacional por diversas redes de televisão.

O caso foi parar na polícia. Gerald Thomas foi acusado da prática de “ato obsceno”, crime tipificado no art. 233 Código Penal brasileiro: “praticar ato obsceno em público ou aberto ou exposto ao público: pena, de detenção de três meses a um ano, ou multa”<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 360.

<sup>68</sup> STF, HC 83996-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>69</sup> Curioso é que não houve qualquer menção ao art. 234, inc. II, do Código Penal, que parece se adequar melhor ao caso: “Art. 234 do Código Penal - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público,

Não conseguindo barrar o trâmite da ação penal nas instâncias ordinárias, Gerald Thomas ingressou com pedido de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, alegando que a perseguição penal violava o seu direito à liberdade artística e de expressão.

O Supremo Tribunal Federal, após longa discussão, concedeu o referido habeas corpus, por decisão empatada, entendendo que o ato do diretor de teatro estaria inserido no contexto da liberdade de expressão, “ainda que inadequada e deseducada”<sup>70</sup>.

O Min. Gilmar Mendes, no voto condutor, assinalou o seguinte:

No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou reação – provavelmente grosseira – contra o público. (...)

Não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral. (...)

O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Rio de Janeiro.

Difícil, pois, nesse contexto, admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público.

A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada<sup>71</sup>.

A concessão do habeas corpus, é certo, foi por empate (2 x 2)<sup>72</sup>. Não é possível, portanto, reconhecer a existência de um *leading case* ou um precedente forte.

---

**representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;** III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno”.

<sup>70</sup> Eis a ementa do acórdão: “Ementa: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 3. Simulação de masturbação e exibição de nádegas, após término de peça teatral, em reação a vaias do público. Não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na estreita via do habeas corpus” (HC 83996-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/8/2004).

<sup>71</sup> Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes.

<sup>72</sup> Votaram pela concessão: Min. Gilmar Mendes (relator) e Min. Celso de Mello. Votaram pela denegação, por entenderem que o habeas corpus não era o instrumento adequado para discutir questões de fato: Min. Carlos Velloso e Min. Ellen Gracie. Em caso de empate, o habeas corpus deve ser deferido, em razão do princípio “in dubio pro reo”.



Mesmo assim, concentrando-se apenas no fundamento da tese prevalecente, não se pode deixar de reconhecer que a hipótese simboliza com perfeição a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a exigir que se opere a interpretação da lei (no caso, do Código Penal) à luz dos direitos fundamentais, através da chamada filtragem constitucional.

Ao reconhecer que o ato estava inserido no contexto da liberdade de expressão e, portanto, não poderia ser punido criminalmente, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que analisar o tipo penal de acordo com os direitos fundamentais, ilustrando a dimensão objetiva desses direitos.

Em outro caso bastante interessante e elucidativo, o Supremo Tribunal Federal aplicou, ainda que inconscientemente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais para inocular um jornalista, acusado de uma suposta tentativa de “subversão”. Trata-se do caso Diogo Mainardi versus Presidente Lula<sup>73</sup>.

Diogo Mainardi é um polêmico jornalista, cujos escritos são impregnados de conteúdo político, com uma clara oposição ideológica ao Presidente Luís Inácio Lula da Silva e ao Partido dos Trabalhadores de um modo geral.

Na edição de 03/08/2005, em sua coluna semanal publicada na Revista Veja, Mainardi escreveu uma crônica intitulada “Quero Derrubar Lula”, onde defendeu o impeachment do Presidente da República, pois, de acordo com ele, “pior do que está não pode ficar”.

Em razão dessa coluna, alguns partidários do Presidente Lula ingressaram com petição no Supremo Tribunal Federal (PET 3486/DF) requerendo a abertura de procedimento penal para apurar suposto “crime de subversão contra a segurança nacional, que está colocando em perigo o regime representativo e democrático brasileiro, a Federação e o Estado de Direito e crime contra a pessoa dos Chefes dos Poderes da União”.

O Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do caso, proferiu memorável voto em favor da liberdade de imprensa, determinando o arquivamento do processo, pois a situação fática narrada estaria protegida pela liberdade de manifestação do pensamento e, portanto, não poderia ser punida.

---

<sup>73</sup> STF, PET 3486/DF, rel. Min. Celso de Mello.

Eis um trecho do voto:

O teor da petição em referência, **longe de evidenciar** supostas práticas delituosas **contra** a segurança nacional, **alegadamente** cometidas pelos jornalistas mencionados, **traduz**, na realidade, **o exercício concreto**, por esses profissionais da imprensa, **da liberdade de expressão e de crítica**, cujo fundamento **reside** no próprio texto da Constituição da República, **que assegura**, ao jornalista, **o direito de expender** crítica, **ainda** que desfavorável **e exposta** em tom contundente e sarcástico, **contra** quaisquer pessoas **ou** autoridades.

**Ninguém ignora** que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão penal ao pensamento, **ainda mais** quando a crítica – **por mais dura** que seja – **revele-se inspirada** pelo interesse público **e decorra da prática legítima**, como sucede na espécie, **de uma liberdade pública** de extração **eminentemente** constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220).

Como se observa, foi afastada a prática de suposto delito contra a segurança nacional por estar a conduta protegida pelo direito fundamental à manifestação do pensamento. A liberdade expressão foi alçada a um valor objetivamente aferível para afastar a aplicação da Lei de Segurança Nacional no caso concreto, através da ponderação entre os valores em jogo. Eis aí um interessante exemplo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que fortaleceu enormemente a democracia brasileira.

De modo semelhante, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 83125/DF, teve a oportunidade de trancar inquérito policial militar de um historiador que havia publicado, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, um livro intitulado “Feridas da Ditadura Militar”, no qual criticava ferrenhamente as Forças Armadas no período do regime militar. No livro, o autor afirmou que existiam “militares criminosos e picaretas”, “farsantes que se acham acima da lei”, bem como narrou a prática de diversos crimes ecológicos, torturas, experiências médicas ilegais com prisioneiros, assassinatos, estupro, seqüestros, entre outros delitos, supostamente praticados por militares.

Em razão desse livro, o historiador foi denunciado, perante a Justiça Militar, por haver cometido o crime previsto no art. 219 do Código Penal Militar, que prescreve: “propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar crédito das Forças Armadas ou a confiança que estas merecem do público”.

No julgamento, o STF, além de entender que não estava presente o elemento subjetivo do tipo (“que sabe inverídicos”), decidiu que a publicação do livro estaria protegida pela liberdade de expressão. Na ementa do julgado, ficou assentado que “a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica”.

Na Alemanha, houve um caso parecido (caso “Soldados são Assassinos” – **“SOLDATEN SIND MÖRDER”**), em que estava em jogo a liberdade de expressão do pensamento e a proteção da honra de militares.

Nesse caso, que ficou bastante conhecido na literatura especializada sobre direitos fundamentais, vários cidadãos foram processados e condenados criminalmente por injúria por haverem participado, de várias maneiras diferentes, de protestos contra militares, defendendo, em síntese, através de manifestos escritos (faixas, panfletos, adesivos, cartas, etc.), que soldados são assassinos ou são assassinos potenciais.

Inconformados com as sanções aplicadas, os cidadãos condenados ingressaram com Reclamações Constitucionais, perante o Tribunal Constitucional Federal, alegando que aqueles manifestos estariam protegidos pela liberdade de expressão e do pensamento.

O TCF acolheu as Reclamações Constitucionais, decidindo que os tribunais ordinários não haviam procedido a uma análise objetiva e consistente dos fatos, à luz da liberdade de expressão:

As declarações pelas quais os reclamantes foram condenados por injúria gozam da proteção do Art. 5 I 1 GG. Essa norma constitucional dá a todos o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito ou imagem. Pensamentos são, diferentemente de afirmações de fatos, caracterizados pelo posicionamento ideológico subjetivo daquele que se expressa sobre o objeto da expressão (cf. por último BVerfGE 90, 241 [247 *et seq.*]). Eles contêm seu julgamento sobre fatos, idéias ou pessoas; a proteção do direito fundamental se refere a esse posicionamento pessoal. Por isso ele existe, independentemente de ser a expressão racional ou emocional, fundamentada ou sem base alguma e se é considerada por outros como útil ou prejudicial, valiosa ou sem valor (BVerfGE 30, 336 [347]; 33, 1 [14]; 61, 1 [7]). A proteção não se refere apenas ao conteúdo da expressão, mas também à sua forma. Pelo fato de ser formulada de modo polêmico ou ofensivo, ela não deixa de fazer parte da área de proteção do direito fundamental (BVerfGE 54, 129 [138 s.]; 61, 1 [7 s.]). Além disso, protegida é também a escolha do local e hora da expressão. Aquele que se expressa não tem apenas o direito de

manifestar seu pensamento. Ele também pode escolher aquelas circunstâncias a partir das quais espera conseguir a maior divulgação ou o maior efeito possível da divulgação de seu pensamento.

No caso das expressões que fundamentaram as decisões condenatórias em face dos reclamantes por injúria, trata-se de pensamentos nesse sentido, que sempre estão sob a proteção do direito fundamental. Com suas expressões, segundo as quais soldados seriam assassinos ou assassinos potenciais, os reclamantes não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinato no passado. Muito mais expressaram um juízo de valor sobre soldados e sobre a profissão de soldado, que em certas circunstâncias força ao homicídio. Os tribunais (instanciais) penais consideraram a expressão como sendo um juízo de valor não uma afirmação de fatos.

2. Existe, na condenação por causa dessas expressões, uma intervenção na área de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento. (...)

Para finalizar esse tópico, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal deve julgar, neste ano de 2007, um importante caso envolvendo a dimensão objetiva do princípio da dignidade humana. Trata-se da discussão sobre a possibilidade de aborto no caso de fetos anencéfalos (sem cérebro).

A história começou assim: em 19 de novembro de 2003, a jovem Gabriela Oliveira Cordeiro, 18 anos, residente em Teresópolis (RJ), obteve do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) a permissão para realizar um aborto, após ter sido confirmado pelos médicos que o feto sofria de anencefalia, ou seja, não possuía cérebro e, portanto, fatalmente não sobreviveria fora do útero. O Tribunal alegou que deveria ser feita uma interpretação extensiva do artigo 128 do Código Penal que não pune o aborto “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” e “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Tudo já estava encaminhado para a realização do aborto quando um padre católico ingressou perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) com um Habeas Corpus em favor do nascituro (!). Em 26 de novembro, a Ministra Laurita Vaz cassou a decisão do TJRJ, proibindo a prática do aborto, já que não há previsão expressa no Código Penal para a prática do aborto em casos tais. Em 17 de

fevereiro de 2004, a Quinta Turma do STJ confirmou a decisão da Ministra de impedir o aborto<sup>74</sup>.

Em 26 de fevereiro de 2004, um grupo de defesa do direito de escolha das mulheres ingressou perante o Supremo Tribunal Federal com um novo Habeas Corpus (HC 84025) em favor da gestante, alegando que a decisão do STJ feria a dignidade da pessoa da mulher grávida e a sua autonomia da vontade.

O julgamento do habeas corpus no STF, porém, restou prejudicado em razão da informação, noticiada durante a sessão de julgamento, de que Gabriela desistira do aborto, dando à luz a uma criança em 28 de fevereiro de 2004, que foi batizada com o nome de Maria Vida. O coração da criança parou de bater sete minutos depois do parto.

O caso, porém, acendeu a polêmica, especialmente porque, apesar da perda do objeto do habeas corpus, tanto o Min. Joaquim Barbosa, relator, quanto o Min. Celso de Mello, adiantaram suas opiniões sobre o assunto, mostrando-se favoráveis à não-punição do aborto nos casos em que o feto sofre de anencefalia<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> “HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO. 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador. 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental” (STJ, HC 32159-RJ, rel. Min. Laurita Vaz).

<sup>75</sup> A título de ilustração, confira-se um trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa, proferido no citado habeas corpus: “Ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher

Logo em seguida, a Confederação Nacional dos Profissionais de Saúde, representada pelo respeitado constitucionalista Luís Roberto Barroso, ingressou com Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental (ADPF 54/2004), no intuito de obter pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Na petição inicial da referida ADPF, a autora argumentou que “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de sua dignidade humana”. Em razão disso, pediu que fosse dada uma interpretação conforme à Constituição dos artigos do Código Penal brasileiro referentes ao aborto, declarando inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Em 1º de julho de 2004, o Min. Marco Aurélio, do STF, concedeu monocraticamente a medida liminar requerida, reconhecendo o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico atestando a anomalia que atingiu o feto.

No plenário, porém, a medida liminar foi cassada. A maioria dos Ministros do STF entendeu que aquela relevante matéria não poderia ser decidida através de medida liminar. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Carlos Brito, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que referendavam integralmente a liminar<sup>76</sup>.

Depois de superada a discussão sobre a revogação ou não da medida liminar concedida, o STF passou a apreciar o cabimento processual da Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental.

---

aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal”.

<sup>76</sup> Observe-se que o Min. Joaquim Barbosa, que já havia se manifestado favoravelmente à não-criminalização do aborto nos casos de fetos anencéfalos, votou pela revogação da medida, demonstrando que a razão principal para não ter sido referendada a liminar foi mesmo a precipitação do Min. Marco Aurélio, que, efetivamente, deveria ter sido mais prudente ao julgar um caso tão relevante, sobretudo em razão da satisfatividade da tutela concedida.

Por 7 votos a 4, foi reconhecida a adequação processual da ADPF, tendo em vista, na ótica vencedora, a presença de valores importantes (preceitos fundamentais) do Estado Democrático de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde, todos previstos constitucionalmente, bem como a necessidade de um pronunciamento do STF a fim de se evitar a insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais discrepantes acerca da matéria.

Apesar de ainda não ter sido iniciado o julgamento do mérito da referida ADPF, tudo leva a crer que ela será deferida, já que vários Ministros adiantaram suas opiniões em favor da interpretação conforme à Constituição do Código Penal para afastar a ilicitude da conduta da gestante que, por vontade própria e mediante consulta médica, resolve realizar um aborto nos casos em que o feto não sobreviverá fora do útero em razão de anencefalia<sup>77</sup>.

### **3.6 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**

Os direitos fundamentais foram concebidos, originariamente, como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. O particular era, portanto, o titular dos direitos e nunca o sujeito passivo. É o que se pode chamar de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais.

No entanto, atualmente, onde cada vez é mais aceita a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nos direitos fundamentais irradiam-se também nas relações entre particulares, até porque os agentes privados – especialmente aqueles detentores de poder social e econômico – são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Entre os ministros atualmente na ativa, já manifestaram-se em favor da ADPF: Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Brito, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Já se manifestaram contra o aborto a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Cezar Peluso.

<sup>78</sup> A esse respeito, Daniel Sarmento, que desenvolveu sua tese de doutorado sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, assinala que: “no contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não-estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia

Os direitos fundamentais, portanto, deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, melhor dizendo, em um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada<sup>79</sup>. Nas palavras de Dieter Grimm:

Originariamente, uma necessidade por garantia de liberdade dentro dos direitos fundamentais só era reconhecida perante o Estado, estando a liberdade identificada, conseqüentemente, com a ausência de coação por parte do Estado. Mas já no século precedente, ficou claro que a liberdade perante o Estado não significava o mesmo que a liberdade real. O particular pode estar ameaçado em sua liberdade, não menos do que pelo Estado, também por seus iguais ou por forças da sociedade<sup>80</sup>.

A constatação de que os direitos fundamentais também devem ser observados nas relações entre particulares pode, em um primeiro momento, parecer óbvia, sobretudo sabendo que existem direitos fundamentais dirigidos especialmente para os agentes privados, como, por exemplo, os direitos trabalhistas.

Haverá, contudo, situações em que um determinado direito fundamental entrará em choque com a autonomia da vontade, que também é um valor importante, já que está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e aí sim o problema será de difícil solução.

Tome-se, a título ilustrativo, a situação de uma empresa que resolva demitir um de seus funcionários por ser ele portador do vírus HIV. Deve prevalecer, no caso, a liberdade empresarial ou o direito de não-discriminação<sup>81</sup>?

---

destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.”(SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 25).

<sup>79</sup> Nesse sentido, Cristina Queiroz explica que: “os direitos fundamentais são *direitos constitucionais*, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão ‘técnica’ de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda ordem jurídica positiva” (QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos Fundamentais – teoria geral**. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 39).

<sup>80</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 84.

<sup>81</sup> Quanto a essa questão especificamente, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que “tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada



Imagine, ainda, a situação do pai que resolve afastar o direito de herança de um de seus filhos por ser ele homossexual ou então por não professar o mesmo credo da família. Será que os direitos fundamentais (igualdade, não-discriminação, direito de herança, liberdade sexual e religiosa etc.) poderiam ser invocados pelo filho para não ser excluído do rol de herdeiros? Ou será que deveria prevalecer a autonomia da vontade do pai, já que ele é dono de seu patrimônio e tem o direito de dividir sua herança da forma que melhor entender? Essa é uma questão extremamente complexa – bem mais complexa do que o caso da demissão discriminatória acima mencionada – que somente pode ser resolvida com ponderação, após minuciosa análise de todos os interesses em jogo, à luz do caso concreto.

Não é objetivo desse estudo analisar a fundo a questão<sup>82</sup>. Aqui, é suficiente saber que, mesmo nas relações entre particulares, os direitos fundamentais devem ser observados, ainda que com temperamentos<sup>83</sup>. É o que se pode chamar de **eficácia horizontal (ou irradiante)** dos direitos fundamentais<sup>84</sup>.

Na Alemanha, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorreu, pela primeira vez, em 1958, quando o Tribunal Constitucional Federal julgou o **caso Lüth**, um dos mais relevantes julgamentos daquela Corte.

Eis os fatos que deram origem ao caso: o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, liderou, em 1950, um boicote ao filme “**Unsterbliche Geliebte**” (“Amada Imortal”), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia apoiado o

---

pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração” (TST, E-RR-217.791/1995, DJ 02.06.2000).

<sup>82</sup> Para uma análise mais aprofundada do tema, vale a leitura do livro SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

<sup>83</sup> Como explica Jane Pereira: “a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição. Isso não significa dizer, como é evidente, que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações particulares. (...) Admitindo-se que os direitos incidem nas relações privadas, o problema há de ser resolvido por meio de uma ponderação, cabendo sopesar os diversos direitos envolvidos, a fim de determinar se e em que medida está justificada a limitação da autonomia privada” (PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 491/492).

<sup>84</sup> Vale ressaltar a existência de críticas – procedentes – acerca da expressão “eficácia horizontal”, especialmente porque nem sempre as relações jurídicas entre particulares será plenamente horizontal, no mesmo plano de poder e influência.

nazismo alguns anos antes, tendo, inclusive, produzido um filme de propaganda anti-semita encomendado pelo ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels.

Erich Lüth, por ser o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, pressionou distribuidores e donos de cinema para que não o incluíssem em sua programação. Lüth defendia que, caso o filme entrasse em cartaz, seria dever dos “alemães decentes” não o assistir.

A produtora e a distribuidora do filme ingressaram com ação judicial na Justiça Estadual de Hamburgo, no intuito de impedir o boicote. Alegaram que estavam tendo prejuízo financeiro, pois várias pessoas estavam deixando de assistir ao filme seguindo o apelo de Lüth,

A Corte Estadual decidiu em favor da produtora e da distribuidora do filme, entendendo que o boicote violava o art. 826, do Código Civil alemã, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”, e determinou a sua cessação, tendo o réu sido proibido de manifestar-se a respeito do filme.

Lüth, não conformado com a decisão, recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, invocando o direito de liberdade de expressão. Afinal, na sua ótica, proibir que qualquer comentário a respeito de um assunto violaria frontalmente o seu direito de manifestação do pensamento.

Aceitando os argumentos de Lüth, o TCF decidiu que o boicote era legítimo, já que constituía um exercício lícito do direito à liberdade de expressão. O Tribunal entendeu que cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes”, referidos no artigo citado, deveriam ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando-se em consideração os direitos fundamentais, o que não teria sido observado pela Corte de Hamburgo.

A decisão deu início ao desenvolvimento da idéia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da eficácia irradiante desses direitos.

Eis um trecho do julgamento que explica bem essa visão:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferência das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países. (...)

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação<sup>85</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, invocando explicitamente o precedente Lüth, em um caso em que discutia a aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa nas relações entre particulares (trava-se, no caso, de uma ação judicial visando anular um ato de expulsão de sócio de uma sociedade civil), assim decidiu:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada

<sup>85</sup> Trecho extraído de SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 112/113.

garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO<sup>86</sup>.

Vale ressaltar que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais também se aplica aos direitos sociais, pelo menos no Brasil. Não há como negar que os direitos econômicos, sociais e culturais também vinculam, em certas ocasiões, os particulares, embora isso não afaste o dever constitucional atribuído ao Poder Público de implementar esses direitos.

Para ilustrar a eficácia irradiante dos direitos sociais, veja-se um caso que ilustra bem esse aspecto: a discussão em torno da possibilidade de penhora do único imóvel do devedor solitário.

---

<sup>86</sup> STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005.

Como se sabe, a Lei 8.009/90 estabelece a regra da impenhorabilidade do bem de família<sup>87</sup>.

A referida lei, contudo, restringe a proteção ao imóvel residencial próprio **do casal ou da entidade familiar**, nada mencionando sobre o devedor que mora sozinho.

Em razão disso, a jurisprudência, em um primeiro momento, decidiu que “a Lei 8.009/90 destina-se a proteger não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário”<sup>88</sup>.

Em um momento posterior, contudo, houve uma completa mudança de entendimento, passando o STJ a reconhecer o seguinte:

PROCESSUAL – EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL - RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90.

- A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário<sup>89</sup>.

Houve, no caso, uma correta interpretação da Lei 8.009/90 à luz dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito à moradia. Foram reconhecidas, a um só tempo, ainda que inconscientemente, a dimensão objetiva de um direito social e a sua aplicação nas relações entre particulares.

Na Alemanha, houve um caso semelhante. Em uma ação de despejo, o réu ingressou com Reclamação Constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal, alegando sofria de uma doença psíquica que o levava várias vezes a tentar o suicídio. Logo, o despejo, naquele momento de instabilidade emocional, representaria uma grave ameaça à sua saúde e à sua vida.

<sup>87</sup> “Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

<sup>88</sup> STJ, RESP 169239.

<sup>89</sup> STJ, Embargos de Divergência em RESP 182223-SP.

O TCF, aplicando a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, julgou favoravelmente ao réu, assinalando o seguinte:

A garantia constitucional dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais derivados do princípio do Estado de direito impõem sua [própria] vigência também no respectivo direito processual, principalmente no âmbito do processo da execução forçada (cf. BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]; 49, 220 [225 s.]); é que vale sobretudo também em face do princípio constitucional da proporcionalidade (cf. BVerfGE 26, 215 [222]; 31, 275 [290]; 42, 263 [295]) (...).

Se uma ponderação entre os interesses antagônicos do devedor e do credor levar à conclusão de que os interesses do devedor que servem diretamente à manutenção da sua vida e saúde - interesses esses opostos à execução forçada - no caso concreto pesam notória e substancialmente mais do que aqueles interesses cuja proteção a medida estatal de execução forçada deve servir, então pode, apesar disto, ocorrida intervenção estatal, estar ferindo o princípio da proporcionalidade e o direito fundamental do devedor derivado do Art. 2 II 1 GG (cf. BVerfGE 44, 353 [373]; BVerfGE 51, 324).

Acima de tudo, os órgãos jurisdicionais de execução devem tomar as medidas necessárias, em sua conformação do feito, para que sejam excluídas violações constitucionais por medidas de execução forçada. (...). É tarefa dos órgãos estatais reduzir, o quanto possível, o perigo de violações de direito fundamental. O procedimento perpetrado pelos órgãos jurisdicionais de execução deve ser, sob este ponto de vista, realizado de tal forma que se atenda a esse dever constitucional de tutela<sup>90</sup>.

Nos casos citados, em função da chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, houve o reconhecimento de que os direitos fundamentais também se aplicam nas relações privadas, servindo como parâmetro para solução de conflitos entre particulares.

Vale ressaltar, contudo, que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais não deve ser utilizada com exageros, sob pena de sufocar a autonomia privada, que é um atributo importante da dignidade da pessoa humana. Por isso, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas somente se justifica naquelas situações em que há ameaça, ainda que meramente potencial, de violação de valores constitucionalmente relevantes, sempre levando em conta a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>90</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 276.

## 4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos pontos fundamentais para compreender corretamente a teoria dos direitos fundamentais é ter em mente que esses direitos são enunciados, geralmente, como princípios e não como regras.

Para entender mais facilmente as implicações práticas dessa constatação, é preciso fazer uma breve explicação acerca da teoria dos princípios, desenvolvida por Alexy e Dworkin.

A norma, todos sabem, é um modelo de conduta desejado. Tradicionalmente, as normas são veiculadas por regras, que descrevem uma situação fática e disciplinam a sua conseqüência jurídica, prevendo uma sanção no caso de seu descumprimento. Por exemplo, quem recebe o salário deve pagar uma parte a título de imposto de renda. Se não pagar no prazo estabelecido, vai incidir uma multa sobre o valor inicialmente devido. Isso é uma regra.

Por muito tempo, uma norma, para ser considerada jurídica, deveria ser obrigatoriamente formulada com base em uma regra. Em outras palavras: a norma/regra deveria descrever a situação fática e prescrever a sanção pelo seu descumprimento.

Os teóricos do pós-positivismo, em especial Alexy<sup>91</sup> e Dworkin<sup>92</sup>, mudaram essa perspectiva. Eles defendem que as normas jurídicas não são apenas as regras. Para eles, os princípios também seriam normas. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica. A observância desses princípios não seria meramente facultativa, mas tão obrigatória quanto a observância das regras.

E qual seria a diferença entre princípios e regras?

Adotando o modelo sugerido por Alexy, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, na terminologia do

---

<sup>91</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

referido jurista, **mandamentos de otimização**. As regras, por sua vez, são normas que funcionam na base do **tudo ou nada**: ou são inválidas ou são válidas. Sendo válidas, deve ser cumprido exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos<sup>93</sup>.

Ninguém melhor do que o próprio Alexy para explicar esse ponto de vista. No seu livro “Teoria de los Derechos Fundamentales”, Alexy explica que a distinção entre regras e princípios é a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, continua o jurista alemão, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico<sup>94</sup>. Conforme se verá, quase todos os problemas envolvendo a aplicação de direitos fundamentais são solucionados com base na teoria dos princípios.

De acordo com Alexy, os princípios, por serem mandamentos de otimização, podem ser cumpridos (efetivados) em diferentes graus, já que sua efetivação depende das condições fáticas e jurídicas que surjam no caso concreto<sup>95</sup>. Por outro lado, as regras são normas que são aplicadas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos<sup>96</sup>.

Os princípios – segue Alexy – ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, não contém mandados definitivos. Totalmente diferentes são as regras, pois elas exigem que se faça exatamente aquilo que elas ordenam<sup>97</sup>.

Levando em conta essa construção, percebe-se que os direitos fundamentais, quase sempre, são enunciados por normas-princípio.

---

<sup>93</sup> Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de direito administrativo**. São Paulo: [s.n.], 1999, p. 74-75.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 90.



Faça um retorno ao conceito de direitos fundamentais visto anteriormente: direitos fundamentais são **normas jurídicas**, positivadoras de **valores** ligados à idéia de dignidade da pessoa humana, **dotadas de um alto teor de juridicidade**, cuja plena concretização é uma meta a ser alcançada por todos.

Como se percebe, o conceito de direitos fundamentais está bem próximo do conceito de princípios. Ambos são normas jurídicas (logo, positivados); ambos estão impregnados de valores e conteúdo ético; ambos são dotados de um alto teor de juridicidade; ambos impõem uma diretriz (mandato de otimização) que deve ser cumprida ao máximo (máxima efetividade). A diferença reside, unicamente, no fato de que os direitos fundamentais estão ligados à idéia de dignidade da pessoa humana, e os princípios não necessariamente possuem essa característica.

Para assimilar mais facilmente esse entendimento, analise duas normas jurídicas previstas na Constituição: a) a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil (art. 13); (b) a saúde é direito de todos (art. 196).

No primeiro caso, está-se diante de uma regra. A língua portuguesa é o idioma oficial e ponto final. Não há meio termo.

Já a segunda norma – “a saúde é direito de todos” – é nitidamente um princípio. A saúde é um direito que deve ser efetivado ao máximo, até onde for possível, dentro das capacidades fáticas (financeiras, por exemplo) e jurídicas. Logo, a máxima efetivação de um direito fundamental como o direito à saúde vai depender, essencialmente, das possibilidades surgidas no caso concreto.

O mesmo raciocínio vale para os outros direitos fundamentais, mesmo os que não impliquem em prestações materiais. Por exemplo, os direitos ligados a personalidade, como a intimidade, a privacidade e a imagem, poderão, eventualmente, ser relativizados em favor de outros valores constitucionais, como a liberdade de expressão, o direito de informação, a liberdade de imprensa etc. E vice-versa.

Por tudo isso, pode-se concluir que os direitos fundamentais são, em última análise, **princípios constitucionais** ligados à dignidade da pessoa humana<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> É preciso reconhecer que existem direitos fundamentais regulamentados na forma de regras jurídicas e não apenas de princípios. Pode-se citar, por exemplo, a regra que veda a adoção de prisão perpétua (art. 5º, inc. XLVII, da CF/88). Mesmo assim, não se pode negar que a grande

A natureza principiológica dos direitos fundamentais serve para demonstrar que esses direitos não são absolutos, pois não funcionam na base do “tudo ou nada”. Logo, o grau de aplicabilidade de um determinado direito fundamental dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente, conforme assinalou Alexy.

O que se deve buscar, conforme já dito, é a máxima otimização da norma. O agente concretizador da norma deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

Assim, considerar os direitos fundamentais como princípios significa aceitar que eles são passíveis de restrições, até porque sua aplicação fica sempre a depender das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam no caso concreto. Não há, portanto, direitos com caráter absoluto.

A esse respeito, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto,

mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição<sup>99</sup>.

Em igual sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, reconhece, em seu art. 29, que os direitos ali estabelecidos são relativos, já que podem ser limitados no intuito de promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

A própria Constituição Federal de 1988 cuida de traçar limites aos direitos fundamentais, quando, por exemplo, (a) reconhece o direito à vida, mas autoriza a adoção da pena de morte em caso de guerra declarada; (b) prevê o direito de liberdade, mas permite a prisão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e

---

maioria dos direitos fundamentais, inclusive os socioeconômicos, são formulados através de princípios e não como regras, o que demonstra o acerto do raciocínio acima formulado. Além disso, mesmo os direitos formulados através de regras possuem, ainda que em menor medida, um certo grau de abstração, que os aproxima bastante dos princípios.

fundamentada de autoridade judiciária competente; (c) garante o direito de propriedade, mas exige que ela (a propriedade) exerça sua função social, (d) garante o direito à liberdade de expressão, mas permite que a lei restrinja a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapia, bem como veda o anonimato e garante o direito de resposta, (e) garante a todos o direito de ação, mas proíbe a concessão de *habeas corpus* no caso de punição de militares, bem como limita o acesso ao Judiciário no caso de ações relativas à disciplina e competições desportivas, (f) garante o direito à livre iniciativa, mas prevê hipóteses de monopólio estatal, e os exemplos se seguem...

Afora essas limitações expressas na própria Constituição, há ainda as restrições decorrentes da chamada colisão de direitos fundamentais, resultado da constante tensão ideológica vivida pelas normas constitucionais.

Como se sabe, uma Constituição, promulgada em um ambiente democrático e pluralista, contem, naturalmente, valores ideológicos dos mais variados grupos sociais que fizeram parte de seu processo político de elaboração. Tente visualizar, dentro de uma mesma Assembléia Constituinte, empresários e trabalhadores, políticos de direita e de esquerda, parlamentares progressistas e conservadores, representantes dos pequenos agricultores e dos ruralistas (grandes proprietários de terras). Pois bem. Todos esses grupos sociais antagônicos fizeram parte do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. A atual Constituição brasileira é, portanto, o produto final de um intenso debate político travado por diversos setores da sociedade.

Não é de se estranhar, dessa forma, que as normas constitucionais freqüentemente, no momento aplicativo, entrem em “rota de colisão”, já que a Constituição é fruto desse arranjo político que tentou conciliar, dentro das regras do jogo democrático, os diversos interesses sociais (muitas vezes, antagônicos) daqueles que participaram do processo constituinte. É nesse contexto que surge o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, típico de qualquer Estado Democrático de Direito.

---

<sup>99</sup> STF, MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

Exemplo clássico de colisão de direitos fundamentais ocorre com a liberdade de expressão e o direito de privacidade. Imagine, por exemplo, a seguinte situação: uma revista de circulação nacional resolve publicar uma matéria tratando de detalhes da vida privada de um famoso ator, contra a vontade deste. Nesse caso, há um clássico conflito de dois direitos fundamentais: a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Ambos possuem previsão constitucional, mas um dos dois terá que ceder diante do caso concreto. O que fazer então?

Em situações assim, onde há colisão entre direitos fundamentais, é possível, no caso concreto, limitar o raio de abrangência de um desses direitos, visando dar maior efetividade ao outro direito fundamental em jogo.

A doutrina, com base em soluções fornecidas pelo Tribunal Constitucional alemão, tem desenvolvido critérios para ajudar a solucionar esses problemas, como a **ponderação**, a **dimensão de peso e importância (sopesamento)**, a **concordância prática** etc. Em linhas gerais, pode-se dizer que, detectada a colisão de direitos fundamentais, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada direito, de modo que um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro<sup>100</sup>. Para compreender melhor como isso ocorre, vale conferir cada uma dessas técnicas resumidamente.

#### 4.1 Técnica da ponderação

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes<sup>101</sup>. É justamente o que ocorre quando existem normas constitucionais em colisão, pois elas são normas de igual hierarquia, publicadas ao mesmo tempo e com o mesmo grau de abstração,

---

<sup>100</sup> Sobre a colisão de direitos fundamentais, há vasta literatura. Recomenda-se, a título exemplificativo, SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. Vale também a leitura de PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>101</sup> Para uma análise mais profunda do tema, confira-se, entre outros, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Para a autora, ponderação é a “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (p. 18).

que, no caso concreto, fornecem conseqüências jurídicas opostas. Ou seja, as famosas regras de solução de antinomias citadas por Bobbio, na sua Teoria do Ordenamento Jurídico<sup>102</sup>, não servem para solucionar o conflito ora previsto. E aí surge a necessidade de se partir para a técnica da ponderação, através da qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em uma argumentação coerente, consistente e convincente<sup>103</sup>.

Na técnica da ponderação, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática.

## 4.2 Concordância prática

O princípio da concordância prática, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, “determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas”<sup>104</sup>.

Como explica Konrad Hesse, “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao

---

<sup>102</sup> Como se sabe, a situação de regras incompatíveis entre si é denominada antinomia. Há três critérios clássicos, apontados por BOBBIO e aceitos quase universalmente, para solução de antinomias: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e, por último, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Assim, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do tudo ou nada (Dworkin): “se se dão os fatos por ela estabelecidos, então ou a regra é válida e, em tal caso, deve-se aceitar a conseqüência que ela fornece; ou a regra é inválida e, em tal caso, não influi sobre a decisão”.

<sup>103</sup> Em excelente obra sobre as restrições aos direitos fundamentais, Jane Pereira esclarece: “a ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer” (...). “A ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito” (...). “A grande virtude da ponderação consiste na transparência que esse método pode conferir ao processo de decisão” (PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 506).

<sup>104</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 134.

outro de modo tal modo que cada um deles ganhe realidade”<sup>105</sup>. Trata-se, portanto, de uma tentativa de equilibrar os interesses conflitantes, de modo que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada, evitando que um direito fundamental seja realizado às custas de outro.

Para esclarecer como funciona, na prática, essa técnica de harmonização, vale citar dois famosos casos ocorridos na Alemanha envolvendo colisão de direitos fundamentais: o caso “**Mephisto**” e o caso “**Lebach**”.

O caso “**Mephisto**”, julgado em 1971, envolveu o direito de uma editora de publicar um livro intitulado “Mephisto – romance de uma carreira”, de Klaus Mann, cujo personagem principal (Hendrik Höfgen) era inspirado no ator Gustav Gründgens, que, devido a sua falta de escrúpulos, tornou-se uma grande celebridade sob a égide da Alemanha nazista.

No livro, Klaus Mann descrevia a história de um talentoso ator (Hendrik Höfgen), personagem supostamente fictício, que renegou sua convicção política e deixou para trás todas as relações humanas e éticas, fazendo um pacto com os donos do poder durante o nazismo, para ascender em sua carreira artística.

O livro, publicado em 1965, continha uma advertência de que os seus personagens eram fictícios e não retratos de pessoas reais.

Apesar da advertência, o filho adotivo do ator Gustav Gründgens resolveu ingressar com ação judicial visando impedir a venda do livro. Sua alegação era a de que o personagem principal que inspirou o livro de Klaus Mann seria notoriamente uma caricatura de seu pai, que havia falecido pouco antes da publicação do livro. Portanto, estaria havendo uma violação da honra pessoal, da imagem e da reputação social do recém-falecido ator, assim como uma agressão à sua memória.

Por força de uma ordem liminar, foi acrescentada uma nova advertência aos leitores na qual enfatizava que os personagens haviam sido criados com base na “fantasia poética do autor”.

No mérito, o Tribunal Superior de Hamburgo, reconhecendo uma clara violação aos direitos de personalidade do falecido ator, decidiu proibir a publicação,

---

<sup>105</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66.

ênfatizando que o direito de liberdade artística não deveria prevalecer no caso concreto.

A editora responsável pela publicação do livro ingressou com Reclamação Constitucional, perante o Tribunal Constitucional Federal, alegando violação ao direito de liberdade de expressão e liberdade artística.

No TCF, a decisão foi empatada e, portanto, seguindo as regras regimentais, a Reclamação Constitucional não foi acolhida. A tese vencedora, portanto, foi a de que, no conflito em questão, os tribunais ordinários apreciaram corretamente a questão. Na ementa do julgado, foi dito que

Um conflito entre a garantia da liberdade artística e o âmbito da personalidade protegido constitucionalmente deve ser resolvido segundo a ordem constitucional; aqui deve se considerar principalmente a dignidade humana garantida no Art. 1 I GC<sup>106</sup>.

O que é importante observar nesse julgado é que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu o esforço dos tribunais ordinários em tentar harmonizar os interesses em jogo. De acordo com o TCF, os tribunais não teriam procedido a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, ao contrário, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive, a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório)<sup>107</sup>. Somente quando se constatou que, mesmo com a advertência aos leitores, seria impossível desvincular o personagem do livro ao nome de Gustav Gründgens, resolveu-se deferir o pedido do filho do ator, para proibir a publicação da obra.

Em outro famoso caso (caso “**Lebach**”), julgado pelo TCF, em 1973, também estava em jogo a liberdade de expressão e os direitos de personalidade.

Os fatos que deram origem ao caso foram os seguintes: em 1969, em Lebach, um pequeno lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha, houve o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e munições. No ano seguinte, os dois principais acusados foram

---

<sup>106</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 134.

condenados à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa.

Quatro anos após o ocorrido, a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, seriam apresentados o nome e a foto de todos os acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido boa parte de sua pena.

Esse terceiro acusado buscou, em juízo, uma medida liminar para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias.

Em razão disso, ele apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã.

No caso, o TCF, tentando harmonizar os direitos em conflito (direito à informação versus direitos de personalidade), decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome fosse mencionado. Eis a ementa da decisão:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.
2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No

---

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** – estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.



caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura<sup>108</sup>.

Na fundamentação do julgado, o Tribunal Constitucional Federal explicou didaticamente o processo de ponderação que estava sendo adotado para solucionar o caso:

Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apresentação de sua imagem, a ser considerado no contexto do § 23 KUG, é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG].

A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da *Grundgesetz*, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz* e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.

<sup>108</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488.

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. *Adolf Arndt, op. cit.*). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade<sup>109</sup>.

Como se observa, na técnica da ponderação, a primeira preocupação do jurista deve ser tentar harmonizar os interesses em jogo. No caso “**Lebach**”, a solução adotada pelo Tribunal Constitucional Federal, aplicando o princípio da concordância prática, foi a de que seria possível a transmissão do documentário, desde que não aparecesse o nome ou a imagem do acusado, autor da Reclamação Constitucional. Houve, no referido caso, um pequeno sacrifício do direito à liberdade de expressão em favor de um interesse que, de acordo com os parâmetros aceitos pelo Tribunal, merecia, no caso concreto, uma maior proteção, qual seja, os direitos de personalidade do acusado, que já havia cumprido a sua pena e seria bastante prejudicado com a exibição do documentário. Vale ressaltar que, para dar suporte argumentativo à decisão, foram ouvidos diversos especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, além de diversos setores do governo e da sociedade capazes de fornecer informações úteis à solução da causa.

### 4.3 Sopesamento de valores

É preciso reconhecer que há várias situações em que será impossível a conciliação dos interesses em jogo. Nesses casos em que a harmonização se mostra inviável, deve-se sopesar os valores em conflito (sistema de peso e importância ou proporcionalidade em sentido estrito) para, à luz do caso concreto, decidir qual o direito fundamental deve prevalecer e qual deve ceder.

---

<sup>109</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488. Os grifos não estão no original.

No Brasil, por exemplo, houve um caso bastante semelhante ao caso “**Lebach**”, em que a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal foi diferente da solução dada pelo Tribunal Constitucional alemão. Trata-se do caso “Law King Chong – CPI da Pirataria”<sup>110</sup>.

No referido caso, estava em jogo, de um lado, o direito à imagem, à privacidade e à honra de Law King Chong, acusado de ser um dos maiores contrabandistas do país, chamado a depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito que investigava a pirataria no país. Do outro lado, estava o direito à informação, à liberdade de expressão e à publicidade das sessões da CPI, já que se pretendia transmitir o depoimento ao vivo, através da TV Câmara. As demais redes de televisão também estavam autorizadas, pelo Congresso Nacional, a filmar e a transmitir o depoimento.

Law King Chong ingressou com mandado de segurança, perante o Supremo Tribunal Federal, pedindo medida liminar para impedir a transmissão televisiva do seu depoimento na referida CPI da Pirataria.

O Supremo Tribunal Federal, sopesando os interesses em jogo, concluiu que deveria prevalecer, no caso concreto, o direito à informação, permitindo a transmissão, ao vivo, do interrogatório de Law King Chong<sup>111</sup>. A proteção do direito à imagem e demais de direitos de personalidade do interrogando foram protelados no tempo, ficando reconhecido que eventuais abusos praticados contra a honra do interrogando deveriam ser apurados somente posteriormente, em ação civil de perdas e danos. Na ementa do julgado, ficou registrado que “não aparentam caracterizar abuso de exposição de imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento do indiciado, em Comissão Parlamentar de inquérito”<sup>112</sup>.

Apesar de, aparentemente, a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal ter sido oposta à do Tribunal Constitucional Federal, é preciso reconhecer que há detalhes que distinguem os casos em questão. Veja, por exemplo, que o

---

<sup>110</sup> STF, MS 24832, rel. Min. Cezar Peluso.

<sup>111</sup> O curioso é que, ao mesmo tempo em que o STF analisava o pedido, já estava havendo a transmissão do depoimento, apesar de haver uma liminar do Min. Cezar Peluso a favor de Law King Chong.

<sup>112</sup> STF, MS 24832.

fundamento principal do caso “**Lebach**” foi o direito de ressocialização do autor da Reclamação Constitucional. Não fosse esse detalhe, seria possível que o TCF decidisse de modo diferente até porque, no julgado, ficou assentado que “em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso”.

No mais, é cada vez mais comum a utilização da técnica da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal.

A título ilustrativo, vale mencionar alguns casos envolvendo o respeito à integridade física, a começar pelo caso Glória Trevi<sup>113</sup>.

Eis os fatos que deram origem à demanda: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, conhecida como Glória Trevi, é uma cantora mexicana que foi envolvida em um rumoroso escândalo sexual em seu país, tendo sido acusada de praticar vários crimes sexuais envolvendo crianças e adolescentes.

Em razão disso, fugiu para o Brasil, mas foi presa logo em seguida, a pedido da Justiça mexicana, enquanto aguardava a sua extradição para o México.

Para surpresa geral, Glória Trevi ficou grávida enquanto estava sob custódia na Polícia Federal brasileira. Segundo a versão da cantora, a gravidez teria sido decorrente de estupro praticado por policiais federais responsáveis por sua custódia. Os policiais negaram enfaticamente a acusação.

Para ficar esclarecida a questão, os policiais federais requisitaram à Justiça brasileira autorização para a coleta da placenta da cantora mexicana, durante o parto, para a realização do exame de DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial instaurado para a investigação das acusações de estupro apresentadas pela extraditanda.

A autorização foi deferida pela Justiça Federal brasileira, porém a extraditanda ingressou com reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. A cantora era manifestamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto. O Supremo Tribunal Federal acolheu, apenas em parte, a reclamação, por entender que a autorização para coleta do material genético somente poderia ter

---

<sup>113</sup> STF, Rcl QO 2040-1/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

sido concedida pelo próprio STF, já que a extraditanda estava sob a sua custódia, aguardando o trâmite do processo de extradição.

No mérito, contudo, apesar de haver acolhido a reclamação por usurpação de competência, o Supremo Tribunal Federal deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora mexicana, utilizando a técnica da ponderação dos valores constitucionais contrapostos.

No caso, avaliando os interesses em jogo, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição — atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação —, o STF afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA aconteceria sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho<sup>114</sup>.

O curioso é que, em um julgamento anterior, utilizando a mesma técnica de ponderação, o Supremo Tribunal Federal chegou a uma conclusão aparentemente oposta. No caso “exame de DNA debaixo de vara”, o STF entendeu que viola o princípio da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, uma ordem judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à coleta do exame de DNA<sup>115</sup>.

Na Alemanha, em um caso parecido, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que obrigar um pequeno empresário processado criminalmente por não preencher corretamente formulários oficiais a submeter-se a uma intervenção cirúrgica de retirada do líquido (líquor) cefalorraquiano e medular para provar a sua imputabilidade seria uma afronta à Lei Fundamental de 1949. Para o TCF, “na ordem para a retirada de líquido segundo o § 81 StPO, o direito fundamental de

---

<sup>114</sup> Informativo 257, do STF.

<sup>115</sup> STF, HC 76060-4. Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção relativa de paternidade (súmula 301). A súmula do STJ, na minha ótica, corrige (por complementação) uma aparente injustiça contida na decisão do STF, na medida em que a solução da Suprema Corte não leva em conta o legítimo interesse pela descoberta da paternidade e as novas técnicas de coleta de

incolumidade física exige que a intervenção intencionada esteja em relação adequada também com a gravidade do delito”<sup>116</sup>.

#### 4.4 Reserva de consistência e dever de fundamentação

A norma constitucional, como se sabe, possui uma estrutura textual extremamente aberta e abrangente. Essa constatação também se aplica, e talvez com muito mais razão, em relação aos direitos fundamentais. Daí a dificuldade em delimitar o campo de atuação do Poder Judiciário nessa seara. Afinal, se interpretar uma norma constitucional já é tarefa extremamente árdua, em razão da estrutura aberta e abstrata do texto adotado pelo constituinte, muito mais difícil é interpretar-concretizar um direito fundamental, tendo em vista a tensão ideológica que, invariavelmente, cerca esse processo hermenêutico. Conseguir extrair todo o significado das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais exige uma superação especial do intérprete, inclusive para buscar parâmetros argumentativos fora do texto constitucional. “Para desvendar os significados vagos das frases constitucionais, os juízes devem olhar além da Constituição”<sup>117</sup>.

Além disso, o intérprete deve ter consciência de que será impossível afastar seus valores pessoais na busca da solução mais adequada. Há sempre uma margem de subjetividade no exercício da jurisdição constitucional, especialmente quando há interesses tão relevantes em jogo. E justamente por isso, ou seja, por estarem em jogo valores tão importantes, surge sempre o fator emotivo e ideológico que, inevitavelmente, influenciará na tomada da decisão. Afinal, o julgador não é uma máquina, mas um ser humano. Parafraseando Ortega y Gasset, pode-se dizer que o juiz é ele e as suas circunstâncias. A visão de mundo do juiz, impregnada de valores, crenças e preconceitos, fatalmente irá influenciar o processo de tomada de decisão.

---

material para exame de DNA (saliva, cabelo etc.), que praticamente não violam a integridade física do indivíduo.

<sup>116</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 294.

<sup>117</sup> DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 88.

Ao contrário do que possa parecer, a sensibilidade e subjetividade do juiz não é um aspecto negativo a ser afastado a qualquer custo, mas uma virtude que humaniza a atividade jurisdicional.

A sentença judicial jamais deixará de ser um *sentir*, e o *sentimento* de fazer justiça nunca deve deixar de circular nas veias dos juízes. É preciso, contudo, saber mesclar o subjetivismo, que é inafastável, e o objetivismo necessário a garantir a racionalidade exigida pelo direito. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “a impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível”<sup>118</sup>. Uma coisa é reconhecer os limites da objetividade humana, e outra, bem diferente, é abandonar o esforço de melhorá-la<sup>119</sup>.

Como apontou Lênio Streck, na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao ‘poder hermenêutico’ dos juízes<sup>120</sup>.

Nesse sentido, Daniel Sarmento, alertando para o risco de se caminhar para um “oba-oba” constitucional, assinalou com precisão:

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser<sup>121</sup>.

Em razão disso, e com o intuito de aumentar o coeficiente de legitimidade do processo judicial, deverá o juiz se guiar por parâmetros objetivos, evitando que a

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 256.

<sup>119</sup> DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 86..

<sup>120</sup> Apresentação ao livro: DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xv.

<sup>121</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

decisão judicial se torne uma mera opção pessoal, sem qualquer base normativa aceitável.

Ao aplicar normas de direitos fundamentais, o juiz deve objetivar, através de uma argumentação muito mais consistente do que a normalmente utilizada, os valores subjetivos que o levaram a decidir. Os argumentos mais fortes da decisão deverão buscar parâmetros constitucionalmente aceitos e não aspectos meramente pessoais. A decisão judicial não pode ser como um caderno de colorir que o juiz preenche com as suas cores favoritas.

Como explicam Laurence Tribe e Michael Dorf, “os juízes precisam encontrar métodos que embasem suas decisões em algo mais do que somente suas visões pessoais”<sup>122</sup>; afinal, a Constituição não é simplesmente um espelho por meio do qual é possível enxergar aquilo que se tem vontade<sup>123</sup>, ou então uma bola de cristal com a qual podemos ver qualquer coisa que queremos<sup>124</sup>.

Portanto, quando o juiz decide um caso utilizando a técnica da ponderação, há um dever especial de aumentar a carga argumentativa de sua decisão. Esse reforço da carga argumentativa decorre do dever constitucional de motivação dos atos judiciais e é um fator extremamente importante a ser observado pelo Judiciário quando está sopesando valores constitucionais<sup>125</sup>. Se não houver uma transparência e objetividade na argumentação, a técnica da ponderação pode se transformar numa verdadeira “caixa de Pandora”, que, ao invés de melhorar a qualidade da decisão, trará mais desvantagens e descrédito ao processo judicial<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. Xli.

<sup>123</sup> DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.3.

<sup>124</sup> DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.17.

<sup>125</sup> Como explica Ana Paula Barcellos, “o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público. Quando o juiz emprega a técnica da ponderação, essa necessidade é potencializada: se há uma variedade de soluções possíveis nesses casos, é preciso demonstrar o motivo de se escolher uma delas em detrimento das demais” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47).

<sup>126</sup> O mito de Pandora possui duas versões. Na primeira, Pandora teria sido a primeira mulher a ser criada pelos deuses gregos, como forma de punir os homens por haverem desobedecido ordens divinas. Pandora “foi feita no céu, e cada um dos deus contribuiu com alguma coisa para aperfeiçoá-la. Vênus deu-lhe a beleza, Mercúrio, a persuasão, Apolo, a música etc. Assim dotada, a mulher foi mandada à Terra e oferecida a Epimeteu, que de boa vontade a aceitou, embora advertido pelo irmão



Por isso, todo juiz tem o dever de ser consistente, de convencer, de expor as razões de decidir e de dar transparência ao processo decisório, através de uma hermenêutica democrática e aberta, tal como sugerida por Peter Häberle<sup>127</sup>. É o que se pode chamar de dever ou reserva de consistência. Aliás, a expressão é do próprio Häberle.

Em razão do dever de consistência, o Judiciário, ao decidir casos difíceis envolvendo uma colisão de valores constitucionais, precisa reunir argumentos fortes que demonstrem que sua solução é a correta, sob a ótica da própria Constituição.

Quando o objeto da jurisdição constitucional for a análise de uma escolha tomada por outros poderes, recomenda-se a auto-contenção caso não seja atingida carga de argumentação suficiente para demonstrar o desacerto da escolha dos outros poderes. Nessas situações, deve-se reconhecer que, por não ter sido demonstrada a presença do vício de inconstitucionalidade do ato controlado (por ação ou por omissão), a demanda deverá ser julgada a favor do Poder Público, prestigiando, com isso, as soluções adotadas pelos demais poderes constituídos e, conseqüentemente, respeitando o princípio da separação e harmonia entre os poderes<sup>128</sup>.

A reserva de consistência terá algumas implicações práticas relevantes, como por exemplo:

---

para ter cuidado com Júpiter e seus presentes. Epimeteu tinha em sua casa uma caixa, na qual guardava certos artigos malignos, de que não se utilizara, ao preparar o homem para sua nova morada. Pandora foi tomada por intensa curiosidade de saber o que continha aquela caixa, e, certo dia, destampou-a para olhar. Assim, escapou e se espalhou por toda a parte uma multidão de pragas que atingiram o desgraçado homem, tais como a gota, o reumatismo e a cólica, para o corpo, e a inveja, o despeito e a vingança, para o espírito. Pandora apressou-se em colocar a tampa na caixa, mas, infelizmente, escapara todo o conteúdo da mesma, com exceção de uma única coisa, que ficara no fundo, e que era a esperança. Assim, sejam quais forem os males que nos ameacem, a esperança não nos deixa inteiramente; e, enquanto a tivermos, nenhum mal nos torna inteiramente desgraçados. Uma outra versão é a de que Pandora foi mandada por Júpiter com boa intenção, a fim de agradar ao homem. O rei dos deuses entregou-lhe como presente de casamento, uma caixa, em que cada deus colocara um bem. Pandora abriu a caixa, inadvertidamente, e todos os bens escaparam, exceto a esperança” (BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia: história de deuses e heróis**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, pp. 20/22)..

<sup>127</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

<sup>128</sup> Sobre o assunto, v. MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

(a) torna necessária a explicitação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, inclusive, se possível, os fatores emotivos por trás do caso;

(b) exige a ampliação da possibilidade de participação dos diversos segmentos sociais interessados nos resultados do julgamento (*stakeholders*<sup>129</sup>), a fim de legitimar e democratizar cada vez mais o processo de concretização constitucional. Afinal, quanto maior a participação de setores da sociedade no processo, maior será a possibilidade de acerto da decisão<sup>130</sup>;

(c) faz com que as razões de decidir deixem de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados empíricos em outras ciências, inclusive requisitando informações de entidades públicas e privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto e racional possível, já que, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais, é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto;

<sup>129</sup> Os *stakeholders*, termo bastante utilizado pelos administradores de empresas, são todos os indivíduos ou grupos de indivíduos que podem afetar ou que são afetados pela tomada de uma determinada decisão. No âmbito do direito processual, esse tipo de participação ocorre através do *amicus curiae*, que são colaboradores informais do processo, contribuindo para a formação e descoberta da decisão judicial mais justa ao caso.

<sup>130</sup> Nesse sentido, Peter Häberle, na obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas da interpretação, cabendo aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 9/10.). Embora tratando do controle concentrado de constitucionalidade, o Min. Celso de Mello, ao relatar a ADIn 2130/SC, compreendeu adequadamente a necessidade de se ampliar o rol de participantes do processo decisório em questões constitucionais, conforme se pode observar no seguinte trecho: "A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional". Ao longo de seu voto, o Ministro Celso de Mello argumenta que a pluralização do debate constitucional permitirá ao julgador dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer.

(d) exige uma profunda ponderação das vantagens e desvantagens que a decisão trará (princípio da proporcionalidade), já que uma decisão precipitada, sem que sejam verificados todos os interesses em jogo, pode causar a ruína de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente relevantes;

(e) impõe do dever de coerência, pois, ao se exigir que o magistrado manifeste expressamente quais os argumentos que o convenceram a tomar uma determinada decisão, pressupõe-se que, diante de um caso semelhante, em que os mesmos argumentos podem ser adotados, a solução será semelhante.

Dentro desses aspectos, merece destaque a necessidade de buscar elementos extra-jurídicos para a tomada de decisões.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão tem corriqueiramente baseado suas decisões não apenas em normas jurídicas, mas em dados fornecidos por diversas outras ciências, o que tem reforçado bastante o índice de convencimento de seus julgados.

Como explica Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle de constitucionalidade:

Em estudo empírico desenvolvido por Klaus Jürgen Philippi, com base nas decisões publicadas nos primeiros 25 volumes da revista da Corte Constitucional alemã, restou demonstrado que, em 208 decisões, o Tribunal identificou 269 fatos legislativos, sendo que desses pelo menos um quarto (75 decisões) referiam-se a prognoses. (...)

Na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou *experts*. Tal como apontado por Philippi, a Corte apóia-se com freqüência em pareceres de peritos ou de grêmios de peritos, privilegiando, nesse caso, uma composição pluralista.

Assim, na decisão sobre a liberdade de instalação de farmácias (*Apothekenurteil*), o Tribunal utilizou-se de literatura medieval. No julgamento sobre a constitucionalidade da lei que criminalizava a homossexualidade masculina, o Tribunal nomeou um grupo internacional de peritos composto por um sexólogo, um médico judicial, um psiquiatra, um psicólogo, um sociólogo, um diretor de uma instituição governamental de caráter social, o Chefe de Polícia Criminal de Colônia e um criminólogo. Até mesmo quando se discute questões de princípio, relacionadas com concepções filosóficas ou de convicção, procura o Tribunal proceder a uma análise racional da controvérsia, evitando uma abordagem metafísica da questão. Temas relativos à recusa de prestação do serviço militar, à opção homossexual ou à pena de morte são tratados com base na experiência aferível e em verificações de índole fática<sup>131</sup>.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** – estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 507/508.

No Brasil, embora não seja tão comum a utilização de dados empíricos ou de estudos extra-jurídicos para embasar as decisões judiciais, é possível verificar uma tendência em utilizar argumentos de outras ciências para reforçar a fundamentação, especialmente no exercício da jurisdição constitucional envolvendo direitos fundamentais.

Um exemplo dessa consulta a bases extra-jurídicas ocorreu no já citado caso da “farra do boi”<sup>132</sup>.

Para chegar à conclusão de que a festa da “farra do boi” deveria ser proibida, o STF se valeu de imagens e estudos fornecidos pelas organizações autoras que demonstravam que aquela prática era, efetivamente, cruel para os animais, além de provocar uma repercussão negativa do Brasil no exterior.

Pela leitura dos votos proferidos – vale ressaltar que houve um voto vencido, do Min. Maurício Corrêa – percebe-se que houve ampla consulta a estudos extra-jurídicos sobre a “farra do boi”, não se limitando os julgadores a fundamentar seus pontos de vista com base no texto normativo.

Outro caso paradigmático em que o Supremo Tribunal Federal se valeu de estudos extra-jurídicos para decidir sobre os direitos fundamentais foi o polêmico caso “**Ellwanger**”, talvez o mais longo julgamento envolvendo direitos fundamentais que o STF decidiu até o presente momento.

Os fatos foram os seguintes: Siegfried Ellwanger escreveu alguns livros com o pseudônimo S.E. Castan, nos quais defendia a revisão da história sobre o papel dos alemães na Segunda Guerra Mundial, bem como lançava dúvidas sobre a real existência do Holocausto, que dizimou a vida de milhares de judeus (e de outras minorias) durante o mesmo período. Seus livros mais famosos são “Holocausto Judeu ou Alemão – nos bastidores da mentira do século”, “SOS para a Alemanha” e “Acabou o Gás... O fim de um mito”.

Além disso, como proprietário de uma editora e livraria chamada “Revisão”, publicou e vendeu diversos livros que tinham como ponto em comum uma visão negativa acerca do povo judeu. Vale conferir o título de alguns desses livros: “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, de Gustavo

---

<sup>132</sup> STF, RE 153541-1-SC, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio.

Barroso; “Protocolos dos Sábios de Sião”, apostilado por Gustavo Barroso; “Brasil Colônia de Banqueiros”, de Gustavo Barroso; “Hitler - Culpado ou Inocente”, de Sérgio Oliveira; “Os Conquistadores do Mundo - Os Verdadeiros Criminosos de Guerra”, de Louis Marschalko.

Todas essas obras mesclam discussões históricas relativamente sérias (ainda que de duvidosa veracidade) com mensagens discriminatórias ao povo judeu<sup>133</sup>.

O certo é que Ellwanger foi processado criminalmente pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de 2 a 5 anos”.

Para o Ministério Público, o acusado, de forma reiterada e sistemática, teria editado e distribuído ao público, mediante venda, obras de autores nacionais e

---

<sup>133</sup> Confira-se, nesse sentido, alguns trechos dos referidos livros selecionados e citados pelo Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto: "Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação' (24); 'Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito.' (pg. 25); 'Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional.' (pg. 65); 'O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) O judeu é um autocrata encarnizado (...) A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele em que se julgam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural' (pg. 65) ‘..não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio' (pg. 75) 'Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorear-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter' (pg. 171)...é um direito que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjugou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total' (pg. 10) 'Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão'. (pg. 10) 'O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo'. (pág. 18) 'Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais'. (pg. 214). 'Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial'. (pg. 34) 'O rol demonstra que não é só o Brasil a vítima do Super Estado Capitalista sem entranhas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, a sua angústia, o seu desespero. Está mergulhado num pego em que pululam as sanguessugas e estrebucha sugado por todos os lados na lama ensangüentada. Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os seus males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas...' (pg. 46) 'O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.' (pg. 95). 'Mais vale o sacrifício de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer um prejuízo no bolso..' (pg. 139)."

estrangeiros que *“abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”*<sup>134</sup>.

No primeiro grau, a juíza sentenciante absolveu Ellwanger com o seguinte fundamento:

Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica ... As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão<sup>135</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar recurso de apelação interposto pelos assistentes da acusação, reconheceu a prática do racismo na venda e publicação dos referidos livros e condenou Siegfried Ellwanger a dois anos de reclusão, com “sursis”, pela prática do crime descrito na denúncia.

Caso fosse aplicada a regra geral de prescrição, prevista no Código Penal, o crime já estaria prescrito, pois já haviam passado mais de quatro anos desde a data em que a denúncia havia sido recebida (14/11/1991) até a data em que o acórdão condenatório foi proferido (31/10/1996).

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a regra geral da prescrição no referido caso, adotando a tese de que, por se tratar de racismo, o crime seria imprescritível, na forma do art. 5º, inc. XLII, da CF/88: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de preclusão, nos termos da lei”.

Contra a decisão que afastou a ocorrência da prescrição, foi interposto habeas corpus para o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem ao fundamento de que:

Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de

<sup>134</sup> Trecho da denúncia extraído do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>135</sup> Trecho da sentença proferida pela Juíza Bernadete Friedrich, da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, extraído do acórdão proferido pelo STF.

tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. (...) Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado<sup>136</sup>.

Novo habeas corpus foi impetrado (HC 82.424-RS), agora ao Supremo Tribunal Federal, que iniciou a discussão de um dos mais importantes casos de sua história.

A discussão, no STF, girou basicamente em torno de dois assuntos principais: (a) saber se o caso poderia ser configurado como crime de racismo e (b) saber se o direito à liberdade de expressão teria a força de inocentar o acusado. Observe-se que o segundo ponto não foi o fundamento central do habeas corpus. Mesmo assim, vários Ministros do Supremo Tribunal Federal resolveram enfrentar essa problemática questão.

Com relação ao primeiro ponto, os Ministros do Supremo Tribunal Federal realizaram uma profunda pesquisa em fontes históricas, biológicas, antropológicas e religiosas para saber se os judeus são ou não são uma raça. Ao chegar-se à conclusão de que os judeus não podem ser considerados como uma raça, os Ministros Moreira Alves (relator originário) e Marco Aurélio adotaram a tese de que o crime não seria o de racismo e, portanto, votaram em favor da concessão do habeas corpus pela ocorrência da prescrição.

A tese vencedora, contudo, desvinculou a noção de raça ao crime de racismo. Afastou-se a premissa de que, “se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade”<sup>137</sup>.

Adotou-se a tese de que

com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há

<sup>136</sup> STJ, HC 15155-RS, rel. Min. Gilson Dipp.

<sup>137</sup> Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.

diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais<sup>138</sup>.

O importante, segundo o entendimento vencedor, seria reconhecer o racismo como o fenômeno político-social, não sendo adequado vincular o crime de racismo ao conceito de raça, pois “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”<sup>139</sup>.

Dentro desse contexto, o crime praticado por Siegfried Ellwanger seria crime de racismo, mesmo não sendo os judeus uma raça. Segundo a tese vencedora, ao defender publicamente que os judeus constituem um povo “inferior, nefasto e infecto, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio”, o acusado teria praticado ato incompatível “com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático”. Essa concepção seria “atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social”, que implicam “repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País”<sup>140</sup>.

Com relação ao segundo aspecto da discussão, ou seja, saber se a condenação pela publicação daqueles livros era compatível com o direito de liberdade de expressão, os únicos votos destoantes foram do Min. Carlos Ayres Britto, que entendia que a conduta era atípica, especialmente porque os livros teriam sido editados antes da Lei 8.081/80, que deu nova redação ao artigo 20 da Lei 7.716/89, além de não conterem mensagens explicitamente discriminatórias contra os judeus, e do Min. Marco Aurélio, que também entendia que a conduta estava protegida pela liberdade de expressão.

A tese vencedora foi no sentido de que a liberdade de expressão não teria o condão de inocentar Siegfried Ellwanger, pois ao editar e publicar livros veiculando idéias anti-semitas, tentando “resgatar e dar credibilidade à concepção racial

---

<sup>138</sup> Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.

<sup>139</sup> Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.

<sup>140</sup> Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.



definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu”, o autor cometeu ato equivalente à incitação ao ódio discriminatório, “com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam”<sup>141</sup>.

Entendeu-se ainda que a liberdade de expressão não é uma garantia constitucional absoluta, pois possui limites morais e jurídicos previstos na própria Constituição. Desse modo, “o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”<sup>142</sup>.

E assim, negando o habeas corpus em favor de Siegfried Ellwanger, foi concluído um dos mais interessantes julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais.

É preciso, contudo, fazer um breve esclarecimento para não confundir o caso “Ellwanger” com os casos envolvendo a dimensão objetiva da liberdade de expressão citados anteriormente. Naqueles casos, a liberdade de expressão foi capaz de afastar a condenação criminal, pois o que estava em jogo, do outro lado da balança, era somente um interesse comunitário, não previsto constitucionalmente. No caso “Ellwanger”, pelo contrário, a liberdade de expressão estava em conflito com outro valor constitucional de grande relevância, que é o combate ao racismo, cuja importância para a proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade é inquestionável. Logo, no sopesamento de valores, deve-se prevalecer a idéia mais cara à dignidade da pessoa humana, que é o combate a qualquer forma de preconceito, especialmente quando as idéias preconceituosas têm o intuito de resgatar os mesmos repugnantes valores defendidos pelo nazismo. Ora, o objetivo primário dos direitos fundamentais é possibilitar a proteção da dignidade do ser humano; logo, não é razoável aceitar que um direito fundamental sirva de argumento justamente para defender idéias opostas a essa finalidade. Daí o acerto da solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso “Ellwanger”.

A título de curiosidade, na Alemanha, o Tribunal Constitucional também decidiu que a liberdade de expressão não protegia a defesa de teses que negavam a

---

<sup>141</sup> Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.

<sup>142</sup> Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82424-RS.

existência do Holocausto. Em 1994, o TCF reconheceu a constitucionalidade de um ato do governo da Baviera, que condicionara a autorização para a realização de um congresso promovido por organização de extrema-direita ao compromisso de que, no encontro, não seria sustentada a tese de que o Holocausto não teria acontecido. Vale ressaltar que um dos convidados para o evento seria o “historiador” revisionista David Irving, que defendia que o holocausto seria mera invenção da comunidade judaica.

O Tribunal Constitucional entendeu, no referido caso, que a negação do holocausto não era uma manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não seriam constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. Destacou ainda o Tribunal que o Holocausto passou a representar um símbolo constitutivo da própria identidade do povo judeu. Portanto, negar a existência deste terrível acontecimento histórico implicaria em continuar a discriminação contra o povo judeu. Logo, seria válida a restrição à liberdade de expressão praticada pelo governo da Baviera<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais** – estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris editora, 2006, p. 228. No mesmo ano, o Tribunal Constitucional alemão julgou um outro processo semelhante, mas a solução adotada foi diversa. Tratava-se da discussão acerca da constitucionalidade da inclusão, numa lista de livros considerados pelo Governo como “imorais” ou “perigosos” – que produzia como conseqüência a proibição de sua propaganda e venda para menores de idade – de uma obra com o título “Verdade para Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial”. No livro em questão, não se negava a existência do holocausto, mas se defendia a tese de que a culpa pela eclosão da 2ª Guerra não teria sido da Alemanha e sim de seus adversários. O TCF, nesse julgamento, deu prevalência à liberdade de expressão, afirmando que se tratava de manifestação de opinião, razão pela qual não caberia o uso do critério de correspondência da verdade (Cf. SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais** – estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris editora, 2006, p. 228.).

## 5. LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Além do choque (colisão) entre direitos fundamentais que, invariavelmente, ocasionará a restrição de um dos dois direitos (ou de ambos), há ainda a limitação de direitos fundamentais decorrentes da própria lei.

Embora os direitos fundamentais tenham o **status** constitucional, tem-se aceito que a norma infraconstitucional pode ser utilizada para restringir ou limitar o conteúdo de um determinado direito fundamental, especialmente quando há previsão constitucional (reserva legal). E mesmo quando não há previsão constitucional, tem-se admitido que os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar um outro valor constitucional.

Um exemplo facilitará o raciocínio: o direito à ampla defesa é, inquestionavelmente, um direito fundamental. Se esse direito fosse tratado de forma absoluta, o legislador sequer poderia estabelecer prazo para o seu exercício. O prazo para contestar teria que ser o que o réu entendesse suficiente para que a sua defesa fosse exercida da forma mais ampla possível. Essa situação, é óbvio, seria inviável, razão pela qual, no intuito de conciliar dois direitos constitucionais – o direito à efetividade do processo e o direito à ampla defesa -, a lei processual fixa um prazo para que seja exercido o direito à ampla defesa. E ninguém jamais questionou a constitucionalidade desse prazo limitador da ampla defesa.

Para verificar se a lei que limita um determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do **princípio da proporcionalidade**.

### 5.1 Princípio da proporcionalidade

É cada vez mais comum observar os ministros do Supremo Tribunal Federal invocando o princípio da proporcionalidade. Infelizmente, porém, esse uso nem sempre corresponde ao desenvolvimento adequado desse princípio. A proporcionalidade tem servido muito mais como instrumento de retórica do propriamente como ferramenta decisória<sup>144</sup>. Não será objeto deste estudo uma

---

<sup>144</sup> Sobre esse ponto, vale conferir SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002, pp. 23/50.

análise crítica da jurisprudência nacional. Aqui será analisado tão somente o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão e alguns exemplos de recepção desse pensamento pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Pois bem. O princípio da proporcionalidade é o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de “limite dos limites” dos direitos fundamentais.

De acordo com o Tribunal Constitucional alemão:

Esse princípio, que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos<sup>145</sup>.

A doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional alemã, tem apontado três dimensões do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos. Por outro lado, “restrições aos direitos fundamentais são, então, inadmissíveis se elas não se legitimam por meio de uma importante finalidade ao bem comum ou se tiverem um alcance maior do que o necessário e apropriado”<sup>146</sup>.

Esses critérios correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de uma determinada medida limitadora de direito fundamental: a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; b) o meio escolhido foi o ‘mais suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes? c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?

Sendo afirmativas todas as respostas, será legítima a limitação ao direito fundamental.

---

<sup>145</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 239.

Nesse sentido, vale reproduzir elucidativo voto do Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal:

a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada a restrição a um determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado almejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)<sup>147</sup>.

Para facilitar a compreensão do que vem a ser os três elementos que compõem a proporcionalidade em sentido amplo, vale analisar algumas situações em que eles não foram atendidos pelo legislador.

### 5.1.1 Adequação

Toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados não há a adequação. Para aferir a adequação há de se perguntar: **o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?** Se a resposta for manifestamente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que o meio escolhido não é apto a obter o resultado pretendido, então é possível a sua anulação pelo Poder Judiciário.

Confira-se um exemplo: suponha-se que o legislador, com o objetivo explícito de melhorar a celeridade do processo, edita uma lei determinando que as petições dos advogados não podem ter mais do que duas folhas. Ora, o número de folhas da petição em nada influi na celeridade processual. Uma lei nesse sentido seria inconstitucional, pois estaria limitando desproporcionalmente o direito de petição, já que não há nenhuma relação entre o número de folhas e o tempo de duração do processo.

---

<sup>146</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 84.

<sup>147</sup> STF, IF 2915-SP, rel. Min. Gilmar Mendes.

No Brasil, a não-observância do critério da adequação tem sido freqüentemente invocada pelo Judiciário para anular normas infraconstitucionais que fixam limites de acesso em cargos públicos que não guardam compatibilidade lógica com as funções a serem exigidas pelo candidato, caso seja aprovado.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já decidiu que “tratando-se de concurso para o cargo de escrivão de polícia [cujas atribuições englobavam apenas atividades internas e burocráticas], mostra-se desarrazoada a exigência de altura mínima, dadas as atribuições do cargo, para as quais o fator altura é irrelevante”<sup>148</sup>.

O mesmo entendimento se aplica a outros critérios, como por exemplo, o limite de idade. A regra orientadora é a de que somente é válida a limitação se for compatível (adequada) com as atribuições do cargo, o que deve ser aferido caso a caso.

### 5.1.2 Necessidade (vedação de excesso)

Na proporcionalidade, está embutida a idéia de vedação ao excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Invoca-se o velho jargão popular: dos males o menor. Portanto, para aferir a necessidade deve-se perguntar: **o meio escolhido foi o ‘mais suave’ entre as opções existentes?** Se a resposta for manifestamente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que existem outras opções menos prejudiciais, a medida pode ser anulada pelo Judiciário.

A título de exemplo, suponha-se que o legislador, com o mesmo objetivo de resolver o problema da morosidade do processo antes mencionada, estabelecesse que as petições judiciais, inclusive as contestações e os recursos, deveriam ser interpostas no prazo máximo de 15 minutos.

A medida, no caso, seria adequada, pois atingiria os objetivos desejados, mas restringiria excessivamente o direito de defesa. O prazo para interposição da defesa não pode ser ínfimo, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade. Por outro

---

<sup>148</sup> STF, RE 194953-MS, rel. Min. Ellen Gracie.

lado, também não pode ser muito elástico, pois aí será a efetividade quem estará sendo comprometida<sup>149</sup>.

Uma taxa recursal excessivamente alta, capaz de inibir por completo ou dificultar para muitos o direito de ação, também seria um outro exemplo de medida violadora do critério de necessidade<sup>150</sup>. Nesse sentido, a Súmula 667, do STF, é no sentido de que “viola a garantia do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Na Alemanha, no já citado caso em que foi determinado judicialmente o exame de retirada de líquido para demonstrar a imputabilidade de acusado em crime de bagatela, o Tribunal Constitucional Federal, utilizando o princípio da proibição de excesso, assim decidiu:

Assim, também na decisão sobre a retirada de líquido, como em todas as intervenções estatais na esfera da liberdade, o juiz deve observar o preceito da proporcionalidade entre meio e propósito. Mesmo que o interesse público no esclarecimento de crimes esteja ancorado no princípio da legalidade (§ 152 II StPO), tão caro ao Estado de direito, justificando, em geral, intervenções na liberdade do acusado, tão menos bastará um tal interesse generalizado [à justificação constitucional] quanto mais gravemente se intervier na esfera de liberdade. Para a aferição da proporcionalidade entre medida e [seu] propósito, necessário se faz considerar também que gravidade tem o delito a ser apenado. É o que vale principalmente para aquelas medidas rigorosas adotadas para a constatação da imputabilidade do acusado admitidas pelos §§ 81 e 81 a StPO. Aqui uma aplicação da lei que leve em conta os direitos fundamentais requer que a intervenção pretendida esteja em relação adequada com a gravidade do delito, para que as conseqüências do esclarecimento da delito não onerem o acusado mais do que a pena esperada. O juiz é, por isso, constitucionalmente obrigado a medir, no caso particular, uma medida legalmente em si permitida também com base [no parâmetro da] na proibição de excesso (...). (...). No presente caso, (...) trata-se de um caso de bagatela, em face do qual poderia ser aventada

<sup>149</sup> Por isso, há quem diga que, no princípio da proporcionalidade, está embutida tanto a idéia de vedação de excesso quanto de vedação de insuficiência. Na verdade, quando os direitos fundamentais estão funcionando como limites à atividade estatal (função negativa), há uma proibição de excesso na limitação desses direitos. Por outro lado, quando os direitos fundamentais estão funcionando para possibilitar a fruição de uma melhor qualidade de vida dos indivíduos, há uma proibição de inércia ou omissão, bem como uma proibição de insuficiência.

<sup>150</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção de prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do par-4. do artigo 153 da Constituição” (RP-1077 / RJ, Ministro MOREIRA ALVES, 28/03/1984 - TRIBUNAL PLENO) - o dispositivo constitucional citado refere-se à Constituição pretérita, que dispunha sobre a inafastabilidade da prestação jurisdicional. Assim, a taxa judiciária deve “ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula. E há de ter um limite, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso de muitos à Justiça (ADI-948 / GO Ministro FRANCISCO REZEK, 09/11/1995 - Tribunal Pleno).

somente uma pena ínfima, dependendo das circunstâncias até mesmo [somente] um arquivamento do processo por exigüidade da causa. Do outro lado, a retirada do líquido em suas duas formas é uma intervenção física não destituída de importância; não se justifica, por causa de um crime-bagatela, submeter o acusado, contra a sua vontade, a uma tal intervenção<sup>151</sup>.

### 5.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade exige a realização de um sopesamento de valores, analisando as vantagens e as desvantagens da adoção da medida que limita um direito fundamental. Deve-se verificar se a medida trará mais benefícios ou prejuízos. A pergunta mental a ser feita para aferir a presença da proporcionalidade em sentido estrito é a seguinte: **o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?**

Hipoteticamente, imagine que o Poder Público, visando evitar a destruição de um bem público (uma estátua, por exemplo), coloca ao redor desta estátua uma cerca eletrificada capaz de causar a morte de alguém que pretenda pichá-la. Neste caso, apesar de ser adequada (há relação entre meio e fim), a medida seria inválida, pois não há proporcionalidade em sentido estrito, já que o bem jurídico *preservação do patrimônio público* é menos importante do que o bem jurídico *vida*. A medida trará mais prejuízos (morte de seres humanos) do que vantagens (proteção do patrimônio público).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que estava em conflito a regra constitucional que exige a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas (art. 167, inc. I e II) e o direito fundamental à saúde (art. 196), fazendo um sopesamento de valores para dar prevalência ao direito fundamental à saúde, decidiu o seguinte:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de

<sup>151</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 294.



ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana<sup>152</sup>.

Houve, portanto, uma aplicação clara do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento de valores) para chegar à conclusão de que deveria ser afastada a regra orçamentária em favor de um direito fundamental mais relevante naquele caso concreto.

Na Alemanha, em um famoso caso envolvendo a constitucionalidade da criminalização do uso da maconha (caso “**Cannabis**”), o Tribunal Constitucional Federal se valeu do princípio da proporcionalidade para entender como válida a opção legislativa.

O TCF decidiu, em síntese, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2, I, da Lei Fundamental de 1949) não englobaria o direito de “ficar doidão”:

O Art. 2 I GG protege qualquer forma de ação humana, sem considerar a importância da atividade para o desenvolvimento da personalidade (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). Absolutamente protegido e, com isso, retirado da ingerência do poder público, entretanto, existe apenas um âmbito nuclear da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 6, 32 [41]); 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). A relação com drogas, especialmente a ação de se entorpecer, não pode ser aqui incluída, devido aos seus diversos efeitos, às diversas interações sociais que ela implica<sup>153</sup>.

E mesmo que houvesse uma proteção constitucional desse direito, a sua punição seria possível, uma vez que seria proporcional em sentido estrito, já que a proibição do uso da maconha traria mais vantagens para a sociedade do que a sua descriminalização. Na visão do Tribunal, após investigar a fundo a questão, inclusive se valendo de argumentos de especialistas na matéria, a proibição do uso da “cannabis” seria justificada pelos fins almejados de proteção da população – sobretudo a juventude – dos perigos à saúde oriundos da droga, bem como do risco de dependência psíquica e pelo propósito de enfrentar as organizações criminosas que dominam o mercado da droga e suas influências maléficas em geral<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> STF, PET 1.246/DF, rel. Min. Celso de Mello.

<sup>153</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 252.

<sup>154</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 257.

Em resumo ao que foi dito sobre o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), pode-se dizer que uma medida restritiva de direito fundamental será válida se for proporcional; e será proporcional se for (a) adequada (ou seja, se atinge o fim almejado), (b) estritamente exigível e não excessiva (por causar o menor prejuízo possível) e finalmente, (c) proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens. Eis a essência do princípio da proporcionalidade.

Não se pode perder de vista, contudo, que qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser considerada suspeita e, por isso mesmo, deve passar por um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante<sup>155</sup>. Em outras palavras:

Quanto mais intensa a intervenção legislativa nos direitos fundamentais, maior será o ônus de argumentação imposto ao legislador para justificar a constitucionalidade da lei. É que quanto mais intensa a restrição ao direito, mais fortes hão de ser as razões em favor dos bens e direitos que amparam a restrição (princípio da proporcionalidade). Assim, nos casos de intervenções severas em que não seja possível identificar com segurança motivos que as justifiquem, há de prevalecer o direito, com a declaração de inconstitucionalidade da lei restritiva. Diversamente, nos casos das intervenções leves nos direitos, entre em jogo o princípio da presunção de constitucionalidade, impondo-se, assim, cargas de argumentação menos severas para a imposição de restrições aos direitos<sup>156</sup>.

## 5.2 Proteção do núcleo essencial

A Lei Fundamental alemã, de 1949, estabelece que “em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial” (art. 19, inc. II). É a chamada cláusula de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, tão debatida doutrinariamente.

Não cabe aqui discorrer sobre as inúmeras teorias que circundam o conceito de núcleo essencial<sup>157</sup>. O importante é citar alguns casos em que o postulado da

<sup>155</sup> Sobre o assunto, MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 2000.

<sup>156</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182.

<sup>157</sup> Para uma abordagem mais profunda, confira-se PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Jane Pereira defende, a meu ver com razão, que a idéia de conteúdo essencial desempenha uma função argumentativa subsidiária no controle das restrições aos direitos fundamentais. Assim, tal conceito deve ser utilizado

proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais foi invocado para invalidar leis restritivas de direitos fundamentais.

Um caso famoso, que merece ser citado por sua relevância, foi a discussão acerca da constitucionalidade da pena de prisão perpétua na Alemanha. Vale ressaltar que, na Lei Fundamental de 1949, não há qualquer norma expressa proibindo a pena de prisão perpétua, ao contrário da Constituição Federal brasileira de 1988, que expressamente proíbe esse tipo de punição (art. 5º, inc. XLVII, *b*, da CF/88).

Eis os fatos: na Alemanha, para o crime de homicídio qualificado, a legislação previa unicamente a pena de prisão perpétua, sem abrir ao Judiciário a possibilidade de penalizar de acordo com a culpa em cada caso.

O Tribunal Estadual de *Verden*, alegando violação ao conteúdo essencial da garantia da liberdade, questionou, junto ao Tribunal Constitucional Federal, a constitucionalidade da referida norma penal.

Analisando o caso, o TCF considerou a norma questionada constitucional, mas impôs uma importante ressalva: determinou que deveria restar ainda uma possibilidade legal do condenado alcançar o estado de liberdade por meio de uma suspensão da execução do resto da pena. Com isso, o TCF harmonizou os interesses contrapostos e protegeu o núcleo essencial do direito de liberdade. Sem a referida ressalva, certamente o direito de liberdade do condenado restaria totalmente esvaziado.

A ementa do julgado foi assim redigida:

1. A pena de prisão perpétua para homicídio qualificado (§ 211 I StGB) é compatível com a *Grundgesetz*, na medida das seguintes ementas.
2. Segundo o atual estágio do conhecimento científico, não se pode constatar que a execução da pena de prisão perpétua, conforme normas da Lei de Execução Penal, observando-se a atual prática de indulto, leve necessariamente a danos físicos e psíquicos irreparáveis que violem a dignidade humana (Art. 1 I GG).
3. Um dos pressupostos da execução de pena compatível com a dignidade humana é que reste ao condenado à prisão perpétua, em princípio, uma chance de algum dia voltar a gozar da liberdade. Somente a possibilidade de indulto não é suficiente. Pelo contrário, o princípio do Estado de direito

---

como um instrumento argumentativo-retórico que joga a favor do direito no processo de ponderação, “não ostentando, porém, significado normativo autônomo” (p. 510). Nessa perspectiva, a proteção do núcleo essencial seria, por assim dizer, um mero cosmético argumentativo, utilizado principalmente para embelezar o discurso jurídico.

exige que as condições sob as quais a execução de uma pena de prisão perpétua possa ser suspensa e o procedimento aplicável sejam regulados por lei<sup>158</sup>.

Como se observa pela leitura da ementa, além da proteção ao núcleo essencial da liberdade, o Tribunal Constitucional Federal fundamentou sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana. Vale citar, nesse sentido, um trecho do julgado:

No âmbito da prática do direito penal, no qual são colocadas as maiores exigências de justiça, o Art. 1 I GG determina o entendimento da essência da pena e da relação entre culpa e reparação. O princípio "*nulla poena sine culpa*" tem o status de princípio constitucional (BVerfGE 20, 323 [331]). Toda a pena deve ter uma relação proporcional justa entre a gravidade do delito e a culpa do autor (BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 *et seq.*]). O mandamento do respeito à dignidade humana significa especialmente que penas cruéis, desumanas e humilhantes são proibidas (BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]). O autor do delito não pode ser reduzido a um mero objeto do combate ao crime, sob violação de seu direito constitucional ao respeito e à valorização social (BVerfGE 28, 389 [391]). Os pressupostos básicos da existência humana individual e social devem ser preservados. Do Art. 1 I GG, combinado com o princípio do Estado social, deve-se, portanto - e isso vale especialmente para a execução penal - derivar a obrigação do Estado de garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência humana digna. Entendida a dignidade humana dessa forma, seria com ela incompatível que o Estado requeresse para si o direito de tirar à força a liberdade do indivíduo sem que houvesse pelo menos a chance dele algum dia voltar a gozar novamente da liberdade.

(...), pois o núcleo da dignidade humana será atingido quando o condenado, a despeito do desenvolvimento de sua personalidade, tiver que desistir de qualquer esperança de reaver sua liberdade. O instituto do indulto, apenas, não basta para assegurar, de uma forma a atender as exigências constitucionais, essa perspectiva, que por excelência é só o que torna suportável a execução da prisão perpétua<sup>159</sup>.

No Brasil, uma discussão parecida esteve na pauta do Supremo Tribunal Federal: a análise da constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que determina o cumprimento da pena pela prática de crime hediondo em regime integralmente fechado, sem possibilidade de progressão de regime.

---

<sup>158</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 182.

<sup>159</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 183/184.

Em um primeiro momento<sup>160</sup>, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a referida norma seria constitucional, embora alguns ministros tivessem enfatizado que o juiz, no caso concreto, atendendo ao princípio da individualização da pena, pudesse restringir sua aplicação, permitindo a progressão do regime, mesmo nos casos de crimes hediondos, se assim lhe parecesse mais adequado e justo<sup>161</sup>.

Mais recentemente, contudo, houve uma guinada de 180° na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passando aquela Corte a entender que a referida norma penal seria inconstitucional, por ferir o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88)<sup>162</sup>.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, do STF, um dos principais defensores da inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, há um tópico específico sobre o princípio da proteção do núcleo essencial. De acordo com o Ministro, “o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. E mais: “embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”. Em seguida, arremata:

o modelo adotado na Lei nº 8.072/90 faz *tabula rasa* do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a

---

<sup>160</sup> STF, HC 69.657, julgado em 1993, seguindo-se vários outros habeas corpus no mesmo sentido.

<sup>161</sup> Por sinceridade acadêmica, devo dizer que esse entendimento, na minha ótica, parece ser o mais correto.

<sup>162</sup> “PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (STF, HC 83959, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/2/2006).

idéia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura. (...)

A fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental<sup>163</sup>.

### 5.3 Relações especiais de sujeição ou de poder

As relações especiais de sujeição ou de poder são aquelas situações em que a necessidade de viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais exigem uma limitação mais intensa de direitos fundamentais específicos dos indivíduos que as integram<sup>164</sup>. Como exemplos desse tipo de relações, podem ser apontadas as relações jurídicas em que se inserem os funcionários públicos, os presos, os estudantes de escolas públicas e os militares. Nesses casos, a eficiência administrativa (em relação aos servidores públicos), a segurança (em relação aos presos), a disciplina educacional (em relação aos estudantes de escolas públicas) e a hierarquia militar (em relação aos militares) justificam uma maior restrição a determinados direitos fundamentais titularizados por indivíduos nessas situações, a fim de viabilizar o funcionamento da instituição em que estão inseridos.

Assim, ilustrando com alguns exemplos fornecidos por Jane Pereira, a liberdade de expressão dos servidores públicos, em certos casos, não tem a mesma abrangência da dos outros cidadãos, podendo ser restringida para que se exija deles que mantenham sigilo quanto aos fatos e informações a que tiveram acesso em razão da função desempenhada, sempre que isso for justificado. Do mesmo modo, os presos não podem exercer o direito à liberdade de reunião ou ao sigilo de comunicações na mesma extensão que as pessoas em geral, sob pena de comprometer-se a segurança das prisões e de viabilizar-se a prática de crimes em seu interior. Também não se poderia aceitar que os alunos das instituições públicas

<sup>163</sup> Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, no HC 82.959-SP.

<sup>164</sup> Sobre o assunto, vale conferir PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 385/429.

de ensino exigissem que toda e qualquer providência disciplinar aplicada pelos professores em sua atividade docente fosse procedida de contraditório e ampla defesa. Por fim, a necessidade de manutenção da disciplina e da hierarquia no âmbito das instituições militares justifica que o regime aplicável às pessoas que as integram envolva restrição ao exercício de alguns direitos, como o direito de greve, de sindicalização e de livre manifestação do pensamento<sup>165</sup>.

Na sua formulação original, que remonta os regimes monarquistas do Século XIX, defendia-se a existência de espaços livres da influência das normas constitucionais, nos quais o Estado poderia agir ilimitadamente, mesmo fora das previsões legais. É patente o viés autoritário dessa concepção.

Com a Lei Fundamental de Bonn, o Tribunal Constitucional Federal teve que analisar a compatibilidade da teoria das relações especiais de sujeição ou de poder com o novo espírito democrático imposto constitucionalmente. Ao proferir uma decisão em 14 de março de 1972, o TCF efetivamente modificou completamente as bases da teoria, afastando o ranço anti-democrático nela contido.

Os fatos foram estes: um detento, que cumpria pena de reclusão, mantinha correspondência postal com uma organização de ajuda aos detentos. Em dezembro de 1967, uma de suas cartas endereçada à referida organização foi interceptada pela administração do presídio. A carta continha críticas severas à Administração do Presídio e ao seu diretor.

A interceptação da carta estava embasada em dispositivos de um decreto administrativo, anterior à Lei Fundamental de 1949, que autorizava as interceptações de correspondência dos presos. Ainda não havia um lei de execução penal na época.

O Tribunal Constitucional alemão julgou procedente a reclamação constitucional proposta pelo detento, afirmando o seguinte:

1. Também os direitos fundamentais de detentos somente podem ser limitados por meio da lei ou com base em uma lei.
2. Entretanto, intervenções nos direitos fundamentais de detentos que não tenham fundamento legal precisam ser toleradas por um certo tempo de transição.

---

<sup>165</sup> Sobre o assunto, vale conferir PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 385/429.

3. Uma limitação dos direitos fundamentais de detentos somente pode ser cogitada se for imprescindível ao alcance de um propósito relativo à coletividade que esteja coberto pelo ordenamento axiológico da *Grundgesetz*.

4. Será tarefa de uma lei de execução penal estabelecer um limite que leve em conta, tanto a liberdade de expressão do detento, quanto adequadamente as condições imprescindíveis para uma execução penal ordenada e racional<sup>166</sup>.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira, a referida decisão estabeleceu diversos critérios importantes para a solução de problemas envolvendo as relações especiais de poder ou de sujeição, que podem ser assim sintetizadas: a) os presos podem ter seus direitos fundamentais restringidos por meio de lei ou com base em uma lei; b) a mera existência de uma relação de poder não autoriza a Administração a restringir livremente os direitos fundamentais; c) a reserva de lei tem aplicação no âmbito das relações especiais de sujeição; d) as restrições a direitos de titulares que se inserem em relações de sujeição devem ser indispensáveis e adequadas a promover a finalidade a que se destinam<sup>167</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também julgou um caso parecido. A diferença básica era que, aqui, já havia uma Lei de Execução Penal prevendo a possibilidade de interceptação das correspondências dos presos pelo próprio diretor do presídio. No caso, o STF entendeu como constitucional a restrição legal:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas<sup>168</sup>.

Para concluir, é preciso ressaltar, invocando a lição da juíza federal Jane Reis Gonçalves Pereira, que os indivíduos, em quaisquer situações que se encontrem, permanecem titulares de direitos. Assim, a relação especial não estabelece uma autorização genérica para que o Estado opere compressões nos direitos. No domínio das relações especiais de sujeição ou de poder, assim como em qualquer

<sup>166</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 163.

<sup>167</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 401.

<sup>168</sup> STF, HC 7814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello.



outro caso, as questões jurídicas relativas à aplicação de direitos fundamentais devem ser solucionadas tendo por referência a *teoria geral das restrições aos direitos*, entrando em jogo a metodologia da ponderação e os limites constitucionais da atividade restritiva. O que ocorre, nesses casos, é que o vínculo de sujeição a que se submete o titular pode operar como fundamento de certas limitações específicas a determinados direitos fundamentais, levando ao reconhecimento da sua proporcionalidade<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 402.

## 6 DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES

Uma das mais intensas discussões dentro da teoria dos direitos fundamentais é saber se os direitos fundamentais a prestações podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem uma prévia intervenção legislativa. Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação de poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes).

Neste trabalho, restringirei a discussão em torno da possibilidade de efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>170</sup>.

Os direitos econômicos, sociais e culturais são aqueles direitos que se fundamentam na solidariedade, na igualdade e na dignidade da pessoa humana, visando (a) a uma melhor qualidade de vida, (b) à equalização das oportunidades e (c) à redução das desigualdades sociais, *quase sempre* através da prestação de bens ou serviços referentes às necessidades básicas, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc. para as pessoas em situação de desvantagem socioeconômico-cultural.

Na Alemanha, conforme já se viu, não há direitos sociais expressos na Lei Fundamental de 1949.

No texto constitucional brasileiro, pelo contrário, há vários direitos sociais previstos constitucionalmente. A grande maioria desses direitos está no rol do artigo 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia<sup>171</sup>, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”. Há ainda um título específico na Constituição de 1988 (Título VIII), tratando da “Ordem Social”, no qual são regulamentados diversos direitos que podem ser enquadrados como socioeconômicos.

---

<sup>170</sup> Em 2005, desenvolvi dissertação de mestrado, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, abordando os limites e as possibilidades da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo Poder Judiciário. Para não repetir as idéias lá desenvolvidas, preferi aqui apresentar um quadro resumido das idéias lá concluídas, enfrentando, de forma mais abrangente, a visão do Tribunal Constitucional alemão sobre o assunto.

<sup>171</sup> A moradia foi acrescentada como direito social pela Emenda Constitucional 26/2000, em uma rara preocupação social do constituinte derivado.

Em razão desse reconhecimento enfático de direitos sociais pela Constituição de 1988, é possível perceber uma tendência no sentido de permitir um mais amplo controle por parte do Judiciário em favor das políticas sociais. Os juízes estão cada vez mais receptivos a chamarem para si a responsabilidade, ainda que subsidiária, de fazer valer a vontade constitucional de reduzir as desigualdades sociais. Os avanços são nítidos.

Em matéria de saúde, por exemplo, são vários os julgados obrigando o Poder Público a fornecer medicamentos diversos a pessoas carentes ou a custear tratamentos e exames específicos, conforme recomendação médica.

A esse propósito, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma memorável decisão reconhecendo que o artigo 196 da Constituição Federal gera direitos subjetivos, especialmente para as pessoas carentes, que não podem custear por conta própria o tratamento. Eis um trecho da ementa:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). (...) O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF<sup>172</sup>.

Em matéria de educação, merece ser citada, igualmente, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 436996/SP, assim ementada:

**EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.**  
 - **A educação infantil** representa prerrogativa constitucional indisponível, que, **deferida** às crianças, **a estas assegura**, para efeito de seu desenvolvimento integral, **e como primeira etapa** do processo de

<sup>172</sup> RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000, p. 101.

educação básica, **o atendimento** em creche **e** o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- **Essa prerrogativa jurídica**, em conseqüência, **impõe**, ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), **o efetivo acesso e** atendimento em creches **e** unidades de pré-escola, **sob pena de** configurar-se inaceitável omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal **que lhe impôs** o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, **por qualificar-se** como direito fundamental **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública, **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental.

- **Os Municípios** – que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental **e na educação infantil** (CF, art. 211, § 2º) – **não poderão demitir-se do mandato constitucional**, juridicamente vinculante, **que lhes foi outorgado** pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, **e que representa fator de limitação** da discricionariedade político-Administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se do atendimento **das crianças** em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência **ou** de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora **inquestionável** que resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo **e** Executivo, **a prerrogativa** de formular **e** executar políticas públicas, **revela-se** possível, no entanto, **ao Poder Judiciário**, ainda que em bases excepcionais, **determinar**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas **definidas** pela própria Constituição, **sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, **vierem a comprometer**, com a sua omissão, **a eficácia e a integridade** de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à “reserva do possível”.**  
**Doutrina**<sup>173</sup>.

Antes mesmo dessa decisão, mais precisamente em abril de 2004, o Informativo 345 do STF publicou na íntegra a decisão do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental 45, tratando da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, cuja ementa é a seguinte:

**Ementa:** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A **questão** da legitimidade constitucional do controle **e** da intervenção do poder judiciário **em tema** de implementação de políticas públicas, **quando** configurada hipótese de abusividade governamental. **Dimensão política** da jurisdição constitucional **atribuída** ao Supremo Tribunal Federal. **Inoponibilidade** do arbítrio estatal **à efetivação** dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Caráter relativo** da liberdade de conformação do

<sup>173</sup> STF, RE 436996/SP, rel. Min. Celso de Mello.

legislador. **Considerações** em torno da cláusula da “**reserva do possível**”. **Necessidade** de preservação, **em favor** dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “**mínimo existencial**”. **Viabilidade instrumental** da arguição de descumprimento **no processo de concretização** das liberdades positivas (direitos constitucionais de **segunda** geração)<sup>174</sup>.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal já sinaliza, de modo bastante claro, pela possibilidade de o Judiciário ajudar a concretizar direitos econômicos, sociais e culturais, ainda que subsidiariamente.

Na Alemanha, por sua vez, cuja Constituição não reconhece expressamente nenhum direito social, embora contenha uma menção genérica ao Estado Social, a possibilidade de o Judiciário vir a efetivar direitos a prestações materiais é vista com bastante pessimismo, pois se entende que a escassez dos recursos necessários à concretização de direitos prestacionais demandaria escolhas ou opções políticas, que deveriam ser tomadas preferencialmente por órgãos politicamente responsáveis (legislador e administrador) e não pelos juízes.

Vale ressaltar que, apesar de não haver propriamente **direitos sociais** na Lei Fundamental de 1949, juristas alemães como Otto Bachof, desde os anos 50, já defendiam o direito ao mínimo existencial. E o Tribunal Constitucional Federal, no primeiro ano de sua existência, reconheceu que o direito à renda mínima para os necessitados é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição, antes mesmo de ter sido editada a lei regulamentando a assistência social naquele país<sup>175</sup>.

Em diversas outras decisões proferidas ao longo da década de 70 e 80, o Tribunal Federal Constitucional alemão também consagrou o reconhecimento à garantia das condições mínimas para uma existência digna, reconhecendo o **status** constitucional da garantia do mínimo existencial, sob o fundamento de que:

a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. (...) Isso inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma

<sup>174</sup> STF, ADPF 45/2004, rel. Min. Celso de Mello, j. 1/7/2004.

<sup>175</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 292.

existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais<sup>176</sup>.

Embora seja uma proposta já avançada, especialmente em um ambiente em que não existem direitos econômicos, sociais e culturais previstos constitucionalmente, mas apenas conceitos abertos como “Estado Social” e “dignidade da pessoa humana”, a teoria do mínimo existencial não é compatível (por ser insuficiente para proteger os direitos sociais) com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

A Constituição Federal brasileira não prevê que apenas um mínimo será protegido. Existe, pelo contrário, algumas diretrizes que orientam para uma proteção cada vez mais ampla, como por exemplo, no âmbito da saúde, que se orienta pelo princípio da universalidade do acesso e integralidade do atendimento, o que afasta a idéia minimalista<sup>177</sup>. Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em janeiro de 1992, fala em “máximo dos recursos disponíveis” para implementar os direitos sociais, o que também é incompatível com uma idéia minimalista.

Apesar disso, cresce, cada vez mais, inclusive no Brasil, o número de adeptos da chamada teoria do “mínimo existencial”. De acordo com essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Eis as palavras de Ricardo Lobo Torres, um dos principais defensores da teoria do mínimo existencial entre nós:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do

---

176 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 293.

177 “Art. 194. (...) Parágrafo único - Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento (...);” Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (...) II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (...);

processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droit créance* – ou *Teilhaberechte*) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima<sup>178</sup>.

A doutrina no “mínimo existencial” tem um lado positivo e um lado negativo.

Quanto ao lado positivo, é possível reconhecer uma boa intenção na teoria. Há uma afirmação explícita de que os direitos sociais possuem uma eficácia jurídica e, dentro dessa mínima dimensão, ou seja, dentro do núcleo essencial do bem jurídico protegido, pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas de poder.

Talvez a idéia que inspire essa tese seja o princípio popular de que “quem muito abarca pouco aperta”<sup>179</sup> ou “quem tudo quer tudo perde”, de modo que seria melhor conferir alguma efetividade aos direitos sociais, mesmo que mínima, do que nenhuma. Ainda invocando bordões populares: o mínimo seria melhor do que nada. É, por isso, um considerável passo dentro da problemática da efetividade dos direitos sociais.

Há, contudo, por trás da teoria, um aspecto negativo: um intérprete mais mesquinho (dito de outro modo: um intérprete ideologicamente contra os direitos sociais) poderá utilizar a tese para esvaziar ao máximo a força jurídica dos direitos sociais, diminuindo até onde pode o conteúdo “essencial” do direito, até porque o balizamento sobre o que será esse “conteúdo mínimo” ficará a cargo da doutrina e da prática judicial. O que seria, por exemplo, o mínimo existencial em matéria de educação? Seria apenas saber escrever o próprio nome? Ou então o mínimo existencial em matéria de moradia? Seria um espaço embaixo da ponte? Não dá para responder com segurança.

<sup>178</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. p. 1-2. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-46.

<sup>179</sup> A frase foi retirada do texto PÉREZ-LUÑO, Antonio-Henrique. Concepto y concepción de los derechos humanos. In: **Revista DOXA**: cuadernos de filosofía del derecho. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 4, 1987, p. 60. No referido artigo, PÉREZ-LUÑO defende que, no campo dos direitos humanos, “quem mais abarca é também quem mais aperta” (p. 62).

De qualquer modo, se for dada uma interpretação “máxima” ao conceito de “mínimo” – melhor explicando: se se ampliar cada vez mais o núcleo essencial do direito<sup>180</sup> – certamente os aspectos negativos poderiam ser afastados, e a teoria daria uma grande contribuição à busca da máxima efetividade dos direitos sociais.

O que não se pode, por exemplo, é restringir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Afinal, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida.

Essa visão restrita da fundamentalidade dos direitos sociais seria capaz, por exemplo, de autorizar que o Judiciário obrigasse o fornecimento de medicamentos vitais para um determinado paciente, mas não autorizaria ao juiz determinar a compra de uma prótese a uma pessoa que tenha amputado a perna. Não parece que essa seja a melhor solução, pelo menos à luz do direito constitucional brasileiro, que não se pauta pelo minimalismo social.

Mas como conciliar a cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos sociais com os princípios democráticos? Em outras palavras: sabendo que o Judiciário não é (ou não deve ser), primordialmente, o ente político encarregado de implementar políticas públicas, inclusive em matéria constitucionalmente disciplinada, pois o ideal democrático certamente deseja que os órgãos do Executivo e do Legislativo sejam os encarregados dessa tarefa, como definir os limites da atuação judicial?

A resposta para a questão acima formulada exige uma delimitação do grau de fundamentalidade dos direitos sociais de natureza prestacional.

Pode-se dizer que esses direitos possuem um duplo conteúdo. Em primeiro lugar, eles possuem um núcleo essencial (não necessariamente vinculado ao mínimo existencial), não negociável no debate democrático, que outorga direitos subjetivos diretamente, capazes de serem judicialmente exigíveis, mesmo que não haja lei dispendo sobre a matéria. Ao mesmo tempo, os direitos prestacionais possuem também um outro conteúdo, situados em uma zona complementar, que seria definida pelos órgãos políticos atendendo à disponibilidade de recursos e as

---

<sup>180</sup> É o que defende o próprio Ricardo Lobo Torres ao dizer que é preciso buscar a maximização dos mínimos sociais e a otimização dos direitos sociais (TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania



prioridades políticas conjunturais<sup>181</sup>. Nesse último caso, a atuação judicial seria apenas de verificação da compatibilidade (formal e material) das políticas públicas com os princípios constitucionais, não sendo recomendado um ativismo judicial mais intenso, em respeito ao princípio da separação dos poderes. Já no primeiro caso, a atuação judicial poderá ser mais intensa, pois é justamente o núcleo essencial dos direitos sociais que possuem a nota da fundamentalidade capaz de permitir essa atuação proativa por parte do Judiciário.

Na minha ótica, o núcleo essencial dos direitos sociais não se resume ao mínimo existencial. O mínimo existencial seria tão somente um parâmetro seguro de se reconhecer, com um elevado grau de certeza, a possibilidade de concretização judicial. O mínimo existencial seria, por assim dizer, o núcleo do núcleo, o patamar básico de garantia de uma vida digna que o Estado democrático não pode negar aos indivíduos. Para a garantia do mínimo existencial, bastaria o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como reconheceu a Corte Constitucional alemã<sup>182</sup>, não sendo necessário que a Constituição previsse qualquer direito econômico, social e cultural<sup>183</sup>.

---

multidimensional na era dos direitos. p. 284. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001).

<sup>181</sup> Sobre o assunto, confira-se a seguinte decisão da Corte Constitucional colombiana: “La alternativa de realizar una interpretación armónica del artículo 44 en relación con las restantes normas constitucionales y, en especial, con aquellas que consagran el principio democrático, más cercana a los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho, supone que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales. En criterio de la Corte, esta alternativa es la única que permite la aplicación simultánea de las distintas normas constitucionales pues, de una parte, obedece el mandato constitucional que otorga, sin excepción, el carácter de fundamentales a los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 y, de otra, atiende a los imperativos insoslayables de todo Estado democrático de Derecho. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta, es la doctrina que la Corporación debe prohiar”.

<sup>182</sup> De acordo com a Corte Constitucional alemã: “Os pressupostos básicos da existência humana individual e social devem ser preservados. Do Art. 1 I GG, combinado com o princípio do Estado social, deve-se, portanto, derivar a obrigação do Estado de garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência humana digna” (SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 184).

<sup>183</sup> Defendendo que o mínimo existencial é um dos atributos da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet explica que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é “a qualidade

Para além desse patamar básico, garantido pelo mínimo existencial e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é possível que o Judiciário reconheça a nota de fundamentalidade de outros direitos socioeconômicos, levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

Imagine, por exemplo, a cirurgia de mudança de sexo em transexuais, chamada tecnicamente de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia. Em princípio, a citada cirurgia não está compreendida na noção de mínimo existencial e, certamente, seria possível, em tese, não reconhecer um direito fundamental à referida intervenção cirúrgica, tendo em vista a escassez orçamentária e a necessidade de se priorizarem os tratamentos mais graves<sup>184</sup>.

No entanto, em um determinado caso concreto, é possível que o juiz se convença da necessidade da cirurgia e, mesmo na ausência de lei, determine que o Estado arque com as despesas do tratamento, levando em conta as peculiaridades do caso, usando a técnica da ponderação, após reunir argumentos consistentes capazes de justificar a decisão.

Nesse sentido, observe o seguinte julgado:

O direito social à saúde, garantido pelo art. 196 da Constituição pode se efetivar mediante a tutela jurisdicional, independentemente do amparo em regras infraconstitucionais. Se, no caso, se apresenta uma situação que pode evoluir a eclosão de doenças gravíssimas, decorrentes da ministração de medicamentos indicados para anteceder a cirurgia de mudança de sexo, colocando em risco a vida do paciente, desde que ultrapassado determinado prazo, considerando a demora da prestação jurisdicional definitiva tornando-a ineficaz na hipótese versada, e tendo em vista a relevância do fundamento da demanda que visa preservar o bem

---

intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62)

<sup>184</sup> A propósito, confira-se o seguinte julgado: “QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CIRURGIA EM TRANSEXUAL. PAGAMENTO PELO SUS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Sistema Único de Saúde, pela sua total incapacidade financeira, não consegue atender à população necessitada do País, sendo comum os casos de óbitos ou de agravamentos de moléstias. Portanto, não é possível que o SUS arque com as despesas relativas a cirurgias para a retirada de órgãos sexuais. 2. Inexistência de verossimilhança do direito e do perigo de dano irreparável” (TRF 4ª Região - AC 466116/RS, Rel. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJU 13/2/2002, p. 592).

maior que é a vida, a ponderação desses fatores leva ao acolhimento da antecipação da tutela<sup>185</sup>.

O mesmo exemplo pode ser adotado em relação a uma cirurgia estética. As intervenções cirúrgicas meramente estéticas, obviamente, não estão abrangidas no núcleo essencial do direito à saúde. No entanto, se uma pessoa teve o rosto desfigurado em razão de um acidente automobilístico, pode, diante das circunstâncias específicas, ter o direito fundamental à realização da cirurgia, a ser custeada pelo Poder Público, bastando que demonstre, inclusive com laudos médicos, a necessidade da cirurgia para minimizar o seu sofrimento.

Nessas situações, parece possível permitir uma ação judicial, mesmo na ausência de lei, cabendo ao juiz verificar, caso a caso, se está presente um direito fundamental a ser protegido, à luz das informações contidas no processo judicial. São as circunstâncias do caso concreto que irão fornecer ao juiz os elementos necessários para tomada de decisão, cabendo ao juiz se munir do maior número de informações possíveis para julgar com correção, sempre observando a proporcionalidade e a reserva de consistência.

É lógico que, ao assumir uma tarefa que não é originariamente sua, o Judiciário corre o risco de errar. No entanto, quando está em risco a dignidade da pessoa humana, é preferível que o erro ocorra em favor desta, pois é melhor pecar pelo excesso de proteção do que por omissão, sobretudo quando os direitos mais básicos dos indivíduos têm sido historicamente negados pelo poder público.

Por outro lado, por mais que o constituinte tenha confiado no Poder Judiciário, colocando-o na posição de “guardião da Constituição”, é inegável que ele não deu um cheque em branco para que os juízes façam o que bem desejam. Os juízes não estão acima do bem e do mal e, por isso, não podem se achar uma espécie de “super-herói constitucional”, que se considera capaz de salvar todas as normas da Constituição com sua “caneta mágica”. O Juiz-Hércules<sup>186</sup>, imaginado por Dworkin, não existe no mundo real. Se o Juiz-Homem, com seus defeitos, limitações e preconceitos, não tiver humildade suficiente para perceber que não é superior a

---

<sup>185</sup> TJRJ – AI 23434/2003, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. 19/4/2005.

<sup>186</sup> O Juiz Hércules seria aquele “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas” (DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 177).

qualquer cidadão, sua atividade jurisdicional dificilmente alcançará a tão necessária legitimidade.

É nesse contexto que entra em cena o princípio da subsidiariedade.

### 6.1 Princípio da subsidiariedade

Os direitos econômicos, sociais e culturais, conforme já visto, podem ser implementados judicialmente e, conseqüentemente, podem, em determinadas circunstâncias, gerar direitos subjetivos, pelo menos em face do sistema constitucional brasileiro.

Apesar disso, não há como negar que o Judiciário não é (ou não deve ser), primordialmente, o ente político encarregado de implementar políticas públicas, inclusive em matéria constitucionalmente disciplinada. O ideal democrático certamente deseja que os órgãos do Executivo e do Legislativo sejam os encarregados dessa tarefa, e de preferência que façam bem feito. O papel do Judiciário seria, quando muito, subsidiário, dentro desse contexto ideal.

Nesse sentido, vale reproduzir trecho do voto do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na já citada ADPF 45/2004:

**É certo que não se inclui**, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Tal incumbência**, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático<sup>187</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que o Judiciário somente deve agir quando os demais poderes agirem mal (não agirem quando deveriam agir ou agirem de forma insuficiente e equivocada).

<sup>187</sup> Trecho do voto do Min. Celso de Mello, proferido na ADPF 45/2004.

Em outras palavras: o ativismo judicial deve ser limitado apenas às hipóteses extremamente necessárias. Sempre que se puder resolver a questão através do diálogo com os órgãos políticos envolvidos, sem necessitar impor obrigações unilaterais, assim deve ser feito, no intuito de preservar a harmonia entre os poderes, até porque, em última análise, os encarregados naturais da formulação de políticas públicas são o Legislativo e o Executivo. Apenas quando esses poderes falharem em sua missão ou simplesmente forem inertes na adoção de medidas necessárias à proteção e efetivação dos direitos fundamentais, será justificável (legítima) uma intervenção do Judiciário, desde que seja possível demonstrar o desacerto do agir ou do não agir desses outros poderes. Eis o conteúdo do princípio da subsidiariedade aqui defendido.

O princípio da subsidiariedade é um critério extremamente importante a ser observado pelo Judiciário, já que se trata de um elemento fundamental do princípio da separação de poderes e também da democracia.

De certo modo, o princípio da subsidiariedade tem alguns pontos em comum com a chamada “liberdade de conformação do legislador”, desenvolvida, na Alemanha, pelo Tribunal Constitucional Federal, mas com ela não se confunde.

## **6.2 Liberdade de conformação do legislador**

A liberdade de conformação do legislador é a margem de discricionariedade que o legislador possui na avaliação, valoração e conformação na regulamentação e delimitação do âmbito de incidência de direitos fundamentais. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais apenas em casos excepcionais, de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo <sup>188</sup>. Em outras palavras:

Somente a observância destes limites extremos da liberdade legislativa (proibição de arbitrariedade) é passível de controle pelo Tribunal Constitucional Federal e não a constatação de que o legislador tenha ou

---

<sup>188</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 308.

não encontrado, no caso particular, respectivamente a mais adequada, a mais razoável e a mais justa das soluções [possíveis] <sup>189</sup>.

Ao interpretar a cláusula constitucional que estabelece a adoção do Estado Social, o Tribunal Constitucional Federal tem sido particularmente reticente quanto ao controle da liberdade de conformação do legislador. Em regra, respeita-se a decisão legislativa, em nome dos princípios democráticos.

Confira-se um julgado nesse sentido:

O princípio do Estado social contém uma ordem de conformação endereçada ao legislador (cf. BVerfGE 50, 57 [108]). Este o obriga a providenciar uma harmonização das contradições sociais (cf. BVerfGE 22, 180 [204]). Além disso, ele determina que o Estado ofereça assistência social a indivíduos ou grupos que, em razão de suas circunstâncias pessoais de vida ou de desvantagens sociais, se encontram impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social (cf. BVerfGE 45, 376 [387]). Como o legislador vai realizar essa tarefa é, na ausência de uma concretização mais precisa do princípio do Estado social, [exclusivamente] de sua alçada (cf. BVerfGE 1, 97 [105]; jurisprudência consolidada) <sup>190</sup>.

Em um outro caso, em que estava em jogo a constitucionalidade de uma lei que garantia aos órfãos uma pensão somente até eles completarem a idade de 25 anos, mesmo que eles não sejam capazes de se manter, devido a uma deficiência física ou mental, o Tribunal Constitucional Federal assim decidiu:

a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência

<sup>189</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 323.

<sup>190</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 834/835. Eis outro julgado em sentido semelhante, onde o TCF respeitou a liberdade de conformação do legislador na realização de direitos decorrentes do Estado Social: “O princípio do Estado social pode tornar-se relevante para a interpretação de direitos fundamentais, assim como para a interpretação e a avaliação constitucional de – segundo a medida de uma reserva legal – leis que limitem direitos fundamentais. Ele não é, porém, adequado para limitar direitos fundamentais sem maiores concretizações pelo legislador, ou seja, diretamente. Ele fundamenta o dever do Estado, de estabelecer uma ordem social justa (cf. por exemplo: BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 s.]). Na realização desse dever, é atribuída ao legislador uma ampla margem de conformação (BVerfGE 18, 257 [275]; 29, 221 [235]). O princípio do Estado social impõe, portanto, ao Estado uma tarefa, mas nada diz sobre como essa tarefa deve ser concretamente realizada: Se isso fosse diferente, então o princípio estaria em contradição com o princípio democrático, [pois] a ordem democrática da *Grundgesetz* seria, enquanto ordem de um processo político livre, substancialmente limitada e reduzida se fosse imposta à formação da vontade política uma tal e não outra forma de cumprir a obrigação constitucional [relativa à realização do princípio do Estado social]. Por causa dessa abertura, o princípio do Estado social não pode determinar limites diretos aos direitos fundamentais” (SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 830/831).

física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente pré-definindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.

Uma violação dos princípios constitucionais do Art. 3 I e Art. 20 I GG somente estará presente, primeiramente, se a ajuda outorgada a deficientes não corresponder aos requisitos da justiça social, seja porque o grupo de pessoas do qual faz parte o titular esteja limitado de maneira irracional, seja porque, em se observando todo o espectro, se revela que a proteção social de um grupo relevante fora negligenciada. Este não é, aqui, o caso<sup>191</sup>.

Esse respeito exagerado que o Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, confere à liberdade de conformação do legislador não é totalmente compatível com o sistema constitucional brasileiro, pelo menos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

Conforme explica Andreas Krell, em matéria de direitos sociais, a incorporação de construções doutrinárias ou jurisprudenciais germânicas ao direito brasileiro deve ser vista com cautela, uma vez que, por razões históricas, existe um certo ceticismo por parte dos juristas alemães quanto à incorporação de direitos sociais no texto da Constituição<sup>192</sup>.

Também é preciso ter em mente que, em um país como a Alemanha, a intervenção judicial para implementar direitos econômicos, sociais e culturais não é tão necessária, pois, em regra, os mecanismos clássicos da democracia

---

<sup>191</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 827/829.

representativa (parlamento e governo eleitos pelo povo) conseguem fornecer para a população a realização dos mais básicos direitos de dignidade.

No Brasil, pelo contrário, os governantes, tradicionalmente, têm sido ineficientes em implementar os direitos sociais voluntariamente, apesar de a Constituição brasileira ser muito mais generosa nesse tópico do que a Constituição alemã. Aqui, os direitos sociais nunca foram mesmo levados muito a sério. Ainda se pensa que as políticas sociais são “preocupações da primeira-dama” ou então que são problemas para a caridade cristã. Ou pior: que são “moedas de voto”, como um favor que o político concede aos seus eleitores famintos em troca de apoio eleitoral<sup>193</sup>.

É por isso que, aqui no Brasil, qualquer tipo de ajuda para implementar os direitos sociais previstos na Constituição é bem-vinda e deve ser estimulada, mesmo que essa ajuda possa causar uma potencial tensão de conflito com os princípios democráticos<sup>194</sup>.

Mesmo assim, é preciso enfatizar que os juízes não podem pretender substituir a democracia representativa por um “autoritarismo judicial”, nem podem desejar tomar o papel dos demais poderes, como se fossem o “alfa e o ômega do direito constitucional”<sup>195</sup>.

Os juízes não podem almejar a “morte da política”. Dentro de uma sociedade pluralista, o Estado somente se legitima perante a sociedade se observar as regras do jogo eleitoral. Nesse cenário complexo e conturbado do processo democrático, o Judiciário é apenas mais um instrumento de pressão e de barganha e que deve intervir apenas nas situações excepcionais em que as regras do jogo eleitoral não

---

<sup>192</sup> Cf. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 45/49.

<sup>193</sup> Cf. SCHWARZER, Helmut & QUERINO, Ana Carolina. **Benefícios sociais e pobreza**: programas não-contributivos da seguridade social brasileira. Brasília: IPEA, Texto para Discussão 929, dezembro, 2002, p. 9

<sup>194</sup> Vale ressaltar que a jurisdição constitucional concretizadora de direitos sociais não será necessariamente contra-majoritária. Ou seja, nem sempre o juiz estará “legislando positivamente” para fazer valer um direito fundamental de caráter social. Na maioria das vezes, há legislação específica reconhecendo o direito. Em casos assim, o juiz nada mais estará fazendo do que efetivar direitos reconhecidos pela constituição e pelas leis, cuja implementação está sendo inviabilizada pela inércia administrativa. Não há nada de anti-democrático nisso.



estão funcionando a contento e sempre em defesa dos valores sociais da Constituição. Nesse cenário, a Constituição e o Judiciário se tornam mais um espaço de luta popular e – é importante mencionar – um legítimo espaço de luta. E dentro desse espaço de luta, o cidadão deve ser um agente ativo de mudança e não um mero receptor passivo de benefícios.

Também não podem querer os juízes exercer as funções do Executivo, até porque isso seria impossível. Aliás, é até de certo modo impróprio falar em concretização judicial de direitos sociais, pois, no final das contas, quem estará praticando o ato concreto de realização da ordem judicial é o próprio administrador e não o juiz. O juiz sempre dependerá, em maior ou menor grau, do Executivo para implementar sua ordem judicial. É por isso que não pode haver uma postura de confronto entre o Judiciário e o Executivo, como se fossem inimigos com interesses opostos. Os objetivos são os mesmos, pois é a própria Constituição quem os fixa.

Apesar de ser dever do Judiciário cooperar e compartilhar com os outros ramos do poder político a responsabilidade pela construção de uma sociedade mais justa e igualitária, conforme determinado pela Constituição<sup>196</sup>, é preciso reconhecer que o Judiciário brasileiro não tem nem prestígio, nem autoridade, nem condições de se arrogar na posição de “superego da sociedade”<sup>197</sup>. É vã ilusão pensar que os juízes, no Brasil, conseguirão se transformar em guardiões “de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais”. Não há como!

E mesmo que quisessem e pudessem, não seria salutar que o Judiciário assumisse essa tarefa de ditar os rumos da nação, já, dentro de uma democracia participativa, é a mobilização popular e a cidadania militante, vindo das bases da

---

<sup>195</sup> A idéia de que os juristas devem resistir à tentação de colocar o Poder Judiciário como o alfa e o ômega do direito é de ACKERMAN, Bruce. **Nós, O Povo Soberano** – fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 80.

<sup>196</sup> O livro “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira”, resultado de uma pesquisa envolvendo milhares de juízes, realizada durante o ano de 1995, demonstra que os magistrados brasileiros estão cada vez mais conscientes do papel político que desempenham e do compromisso que devem ter com a realização da justiça social (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997).

<sup>197</sup> A expressão é de MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. (trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque). In: **Estudos em avaliação educacional**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1999, p. 183-202. No referido livro, Maus faz uma crítica sobre o papel paternalista que a Corte Constitucional alemã exerce na sociedade, como se o povo não fosse capaz de tomar suas próprias decisões democraticamente.

sociedade, que devem tomar suas próprias escolhas políticas mais importantes; afinal, todo poder emana do povo.

### 6.3 Reserva do possível

Implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não-monetários, como pessoal especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos do que o necessário para o atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um dado direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar demandas que importem em alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que somente deve agir se estiver seguro que não causará um mal maior.

Essas idéias estão no livro “Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas”<sup>198</sup>, de Gustavo Amaral e, realmente, causam um certo embaraço em quem defende uma atuação judicial sem limites em favor dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O problema da escassez de recursos merece mesmo uma reflexão especial. “Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”<sup>199</sup>, conforme disse Cass Sunstein, na frase que inicia o livro de Gustavo Amaral.

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição. Mas não há. E é aí que entra a cláusula da reserva do possível, tão alardeada e mal interpretada pelos que são contra o ativismo judicial em matéria de direitos sociais.

O postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido Caso “**Numerus**

---

<sup>198</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>199</sup> “Taking rights seriously means taking scarcity seriously”.

**Clausus das Vagas em Universidades**”, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria no dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis.

O caso, em síntese, era o seguinte: várias universidades alemãs estabeleciam um número limitado de vagas de admissão, como, aliás, é em qualquer lugar do mundo. Um grupo de estudantes que não conseguiu ingressar na faculdade de medicina acionou a Justiça alegando que o critério de seleção dos alunos seria arbitrário e que estaria havendo violação ao direito de educação e de escolha da profissão.

A Corte, embora tenha negado o pedido, decidiu que o Estado, além de ter o dever de utilizar critérios razoáveis para a seleção dos alunos, estaria obrigado a demonstrar que o número de vagas disponíveis era mesmo o máximo possível. Foi nesse contexto que desenvolveu o princípio da reserva do possível, dizendo que o Estado não estaria obrigado a prover educação superior para todos os estudantes, pois os direitos a prestações estariam submetidos à capacidade financeira do Estado<sup>200</sup>.

Vale citar um trecho do julgamento:

A proteção constitucional do direito fundamental no âmbito do ensino e formação profissionais não se esgota, assim, na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra intervenções do poder público. O TCF asseverou várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito, e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado (BVerfGE 21, 362 [372] com outras referências). Quanto mais fortemente o Estado moderno se inclina à seguridade social e ao fomento cultural dos cidadãos, mais aparece, no contexto da relação entre cidadãos e Estado, a exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações estatais, ao lado do postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado. (...)

O reconhecimento desse direito não está à disposição do livre arbítrio do legislador. Aqui pode restar em aberto se os “direitos de participação”

<sup>200</sup> O resumo do caso foi obtido em LANGFORD, Malcom & NOLAN, Aoife. **50 Leading cases on economic, social and cultural rights: summaries**. Suíça: COHRE – Center on Housing Rights and Evictions, 2003, p. 23.

poderiam ser, em dada extensão, derivados já do fato do Estado social de direito assumir uma posição de garantidor para a concretização do sistema axiológico dos direitos fundamentais na realidade constitucional (cf. sobre isso BVerwGE 27, 360 *Privatschulfinanzierung*). (...)

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. (...)

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades].

Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada<sup>201</sup>.

A partir daí, começou a ser desenvolvida a máxima da reserva do possível, que pode assim ser sintetizada: os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível. Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível *é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade*. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer.

A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito.

Imagine, por exemplo, uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos. Uma ordem desse tipo ou seria totalmente ineficaz, por absoluta falta de recursos, ou acarretaria

a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de comprovar que existe dinheiro de sobra para a construção do hospital, o que, em última análise, faz retornar à reserva de consistência, conjugada com o princípio da proporcionalidade.

A escassez de recursos exige que o magistrado tenha uma preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto poderá prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público.

No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador. Aliás, essa questão da “plena discricionariedade do administrador” tem sido freqüentemente invocada para impedir a implementação de direitos sociais. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se posicionou nesse sentido, afirmando que não cabe ao juiz “substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas”, tendo em vista que “ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração”<sup>202</sup>.

Esse entendimento, embora possa se justificar em um ambiente clássico do constitucionalismo liberal, não é condizente com o modelo estatal traçado na Constituição de 1988, pois, ao fixar diretrizes aos poderes públicos, houve a intenção de que essas diretrizes fossem efetivamente implementadas. Se eventualmente não forem, é inquestionável que estará havendo uma violação à norma constitucional por omissão. Nesse caso, nada mais natural do que permitir que o juiz determine que o poder público efetive os comandos constitucionais, já que o Judiciário é o guardião da Constituição, devendo zelar pela sua supremacia. Se

---

<sup>201</sup> SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 276.

<sup>202</sup> RESP 169.876/SP, DJ 12/9/1998, p. 70. No mesmo sentido, RESP 252083/RJ, DJU 23/3/2002, p. 415: “o juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim,

para efetivar os comandos constitucionais for necessária a realização de despesas, natural também que essa seja a ordem do juiz, com o fim de alcançar a máxima realização dos objetivos constitucionais.

É necessário que fique claro, no entanto, que a regra é a não-interferência do Poder Judiciário na zona de discricionariedade do Administrador. Apenas quando ficar demonstrado, com base em dados empíricos e consistentes, que a atuação administrativa está aquém das expectativas constitucionais será legítimo o controle judicial, inclusive para impor obrigações de certa complexidade. Quanto maior for o diálogo e a consistência da decisão, maior será a sua legitimidade e, conseqüentemente, menor será a chance de o Judiciário ser acusado de estar interferindo indevidamente no raio de ação do administrador público<sup>203</sup>.

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.

Nesse sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Celso de Mello na já mencionada ADPF 45/2004 quando decidiu que:

a cláusula da '*reserva do possível*' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>204</sup>.

---

fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público".

<sup>203</sup> Como explica Sérgio MORO, "o juiz constitucional não deve desconhecer seus limites. Quanto mais intensa a atividade da jurisdição constitucional, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da interferência judicial em regime democrático" (**Jurisdição constitucional como democracia**. Tese de Doutorado, p. 40).

<sup>204</sup> Voto do Min. Celso de Mello, na ADPF 45/2004.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para implementar os direitos sociais é do Poder Público. É o Poder Público quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Na verdade, todos os obstáculos normalmente apontados para impedir a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, como a reserva do possível, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade política, a ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outras, são meramente contra-argumentos e não barreiras intransponíveis para a atuação judicial. Sem dúvida, eles devem ser levados em conta pelo juiz, dentro do processo ponderativo da tomada de decisão para o caso concreto. Essa é uma exigência do dever de consistência e de fundamentação da argumentação judicial. Porém, se do outro lado da balança estiverem direitos fundamentais tão essenciais que não podem ficar à mercê do jogo político, titularizados por pessoas fragilizadas social, econômica ou culturalmente, não há porque negar ao Judiciário a possibilidade de tentar concretizar esses direitos, observando, logicamente, o princípio da proporcionalidade.

## 7 CONCLUSÕES

Toda Constituição é fruto de uma ruptura com o passado e um compromisso com o futuro. A Lei Fundamental alemã de 1949 pretendeu cicatrizar as feridas do passado nazista. Com a Constituição Federal brasileira de 1988, o desejo foi sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar. A Lei de Bonn representou, para os alemães, a chama de esperança de um futuro mais humano e fraterno. A Constituição cidadã representou, para os brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada.

Mas a Constituição, por si só, é apenas uma folha de papel. Para ela ter vida, é preciso que as Cortes Constitucionais saibam fazer com que ela faça parte do dia a dia dos cidadãos, dando-lhe efetividade jurídica e social. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal conseguiu cumprir esse papel. As decisões citadas ao longo desse trabalho demonstram que o TCF sempre foi fiel ao princípio da dignidade da pessoa humana e à ordem de valores centrada nos direitos fundamentais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos dez anos, tem tentado, com algumas recaídas típicas de um período de transição, dar alguma efetividade às normas constitucionais.

A Constituição, porém, não é apenas o que os tribunais dizem que ela é. A Constituição é, na verdade, a sociedade participativa, cidadã, ditando os rumos de seu destino e tomando, com verdadeira autonomia, as suas próprias decisões políticas, sempre respeitando os parâmetros constitucionais. Os direitos fundamentais e a Constituição – conforme defendeu o jurista alemão Burkhard Hirsch – somente terão consistência quando os cidadãos os reconhecerem como sendo seus direitos, estiverem dispostos a defendê-los, e quando estiverem dispostos a assumir uma responsabilidade social própria na sociedade em que vivem<sup>205</sup>.

Na Alemanha, pelo pouco que se pôde conhecer durante o curso de especialização que ora se conclui, a Constituição faz parte da vida dos indivíduos.

---

<sup>205</sup> HIRSCH, Burkhard. Os Direitos Fundamentais na Constituição Alemã, p. 169. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 163/169.



Há um sério compromisso social – um verdadeiro dever de lealdade – para com as normas constitucionais e o sistema de valores nelas contido. Como explica Dieter Grimm, que já foi juiz do Tribunal Constitucional Federal, existe, na Alemanha, um verdadeiro “patriotismo constitucional”, que faz com que a população tenha uma grande estima e respeito pelos valores consagrados constitucionalmente, independentemente de qualquer ideologia partidária<sup>206</sup>.

No mesmo sentido, Ernst Benda, outro ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão, explica o sentimento de adesão social existente em torno dos valores consagrados pela Lei Fundamental:

Mais significativo ainda é o surgimento, na população, além de toda e qualquer diferença de opinião política cotidiana, de uma consciência do consenso acerca da Constituição. Tal consenso é veiculado sobretudo pela experiência de que os direitos fundamentais não são meras promessas, cujo cumprimento depende, como nos sistemas totalitários, da decisão irrecorrível dos donos do poder, mas que podem, em caso de necessidade, serem impostos também contra os órgãos do Estado. O prestígio extraordinário que o Tribunal Constitucional Federal pôde usufruir durante longos anos indica que a população confia, em um grau elevado, na Lei Fundamental – e no órgão constitucional que é responsável pela sua implementação. Enquanto, e à medida que, existir um consenso generalizado acerca das basilares representações de valores, contidas na Lei Fundamental e sobretudo na sua parte referente aos direitos fundamentais, os seus princípios também serão aceitos pela população<sup>207</sup>.

Já no Brasil, infelizmente, ainda não existe uma vontade de Constituição<sup>208</sup> ou sequer um “sentimento constitucional”<sup>209</sup>, capaz de gerar uma ampla e popular

<sup>206</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 96. Por honestidade acadêmica, deve-se esclarecer que não há certeza de que a expressão “patriotismo constitucional” seja de Dieter Grimm. Em vários textos consultados, atribui-se a referida expressão a autores diferentes, como Habermas, Sternberger, entre outros.

<sup>207</sup> BENDA, H. C. Ernst. O Espírito da Nossa Lei Fundamental. p. 102. In: CARNEIRO, José Mário Brasiense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 91/109.

<sup>208</sup> A já famosa expressão “vontade de Constituição” é atribuída a Konrad Hesse, extraída da seguinte passagem do seu livro *A Força Normativa da Constituição*: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 19).

adesão social em prol de uma luta consciente e mobilizada pela efetivação das normas constitucionais. O entusiasmo constitucional que houve logo após a promulgação da Constituição de 88 foi rapidamente transformado em uma decepção constitucional, ante a ausência de um compromisso político sincero em cumprir os ambiciosos objetivos previstos pelo poder constituinte. Aqui, parece válida a canção do poeta Renato Russo: “ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação. Que país é este?”

A Constituição brasileira, lamentavelmente, ainda é apenas uma miragem: ao se olhar para o papel, tem-se a impressão de estar em um oásis, cheio de beleza e abundância. Porém, quando se voltam os olhos para a realidade, o que se vê é um deserto vazio e sem vida.

Aqui, os direitos fundamentais ainda são como uma espécie de edifício com uma fachada brilhante e bela, que esconde em seu interior um prédio em ruínas<sup>210</sup>. Vivemos em um perene estado de frustração constitucional<sup>211</sup>, onde a democracia é apenas de papel, com cidadãos de papel e seus direitos de papel<sup>212</sup>. A Constituição é apenas uma ilusão<sup>213</sup>, não passando de um grande latifúndio improdutivo<sup>214</sup>.

Felizmente, há uma luz, ainda que fraquinha, no fim do túnel. E a luz no fim do túnel é a proteção judicial aos direitos fundamentais que os tribunais brasileiros estão tentando, dentro de suas limitações, proporcionar. O discurso acadêmico também – e talvez com muito mais empenho – merece elogios. A doutrina brasileira, em matéria de direitos fundamentais, deu um grande salto de qualidade nos últimos

<sup>209</sup> Sobre o sentimento constitucional, vale conferir VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>210</sup> Cf. PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. In: **Isonomia**: revista de teoría y filosofía del derecho. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 15, out, 2001, p. 81.

<sup>211</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 84.

<sup>212</sup> DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel**: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil. 19. ed. São Paulo: Ática, 2001.

<sup>213</sup> “Dá-se o nome de ilusão constitucional ao erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal jurídica, regulamentada, legal, numa palavra constitucional, mesmo quando essa ordem na verdade não existe” (FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11).

<sup>214</sup> A sugestiva comparação da Constituição com um latifúndio improdutivo é de STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais, p. 199. In: **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169-214.

anos. Os ares democratizantes da Constituição Federal de 1988 fizeram muito bem ao direito constitucional brasileiro. É cada vez mais presente, nos textos acadêmicos, a menção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e a preocupação de construção de uma Constituição “pra valer”, viva, que realmente faça parte do dia a dia dos cidadãos. Esse discurso, naturalmente, tem exercido grande influência na prática jurídica e também já é possível encontrar posições jurisprudenciais avançadas e elogiáveis em termos de proteção judicial dos direitos fundamentais. Uma coisa leva à outra.

Esse novo compromisso constitucional que, lentamente, está sendo incorporado ao discurso jurídico deve-se, em grande parte, à influência e ao intercâmbio de idéias trocadas com o direito constitucional germânico, sobretudo em matéria de proteção judicial dos direitos fundamentais.

Ao longo deste estudo, foi possível observar uma grande sintonia entre as decisões do Tribunal Constitucional alemão e as decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O discurso jurídico-constitucional também é praticamente o mesmo – talvez até mesmo com um certo exagero. Nosso passeio pelos sistemas constitucionais brasileiro e alemão foi, verdadeiramente, “de mãos dadas”, como diria Drummond.

Entre os pontos em comuns, podem ser citados: o reconhecimento da dimensão objetiva e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a adoção do princípio da proporcionalidade, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e o uso da técnica de ponderação para solução de colisão entre direitos fundamentais.

Outros institutos do arsenal germânico de proteção judicial dos direitos fundamentais, como o dever de proteção e a necessidade de uma argumentação consistente com base em elementos extra-jurídicos (reserva de consistência), ainda não são expressamente reconhecidos pelo Judiciário brasileiro, mas há sim uma aplicação, ainda que inconsciente, dessas técnicas.

No que se refere à possibilidade de efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais, pode-se dizer que a jurisprudência brasileira é – de certo modo – mais avançada do que a germânica. Aqui se aceita um ativismo judicial mais intenso em prol desses direitos, não havendo uma idolatria tão grande em

relação à liberdade de conformação do legislador. Vale ressaltar que não há, por si só, nenhum mérito nessa constatação, pois o melhor seria que os valores do Estado do Bem-estar Social fossem concretizados independentemente da atuação judicial, tal como ocorre na Alemanha. Aqui no Brasil, o ativismo judicial somente é justificável porque o governo e o parlamento têm sido, historicamente, incapazes de cumprir satisfatoriamente os objetivos constitucionais.

Por fim, merece ser ressaltado que, na Alemanha, a teoria dos direitos fundamentais existe há mais de 50 anos e, portanto, já está bem consolidada na mentalidade jurídica e social do povo germânico.

Entre nós, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que se iniciou esse novo ciclo centrado nos direitos fundamentais. Por isso, apesar de ainda existir um grande descompasso entre a norma constitucional e a realidade sócio-econômica brasileira, são nítidos os avanços conquistados nos últimos dez ou quinze anos em matéria de direitos fundamentais, com especial destaque para os chamados direitos de liberdade e os direitos políticos.

O caráter libertário, igualitário e solidário que impregna as normas constitucionais está, aos poucos, contagiando os juristas e, de certo modo, a própria sociedade. Certamente, em breve, será possível colher os frutos dessa boa nova, se é que já não se está colhendo, conforme se pôde notar com os exemplos citados ao longo trabalho.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. Apuntes sobre la Exhibilidade Judicial de los Derechos Sociales. In: **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-168.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 1999, n. 217, p. 55-66.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

\_\_\_\_\_. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENDA, H. C. Ernst. O Espírito da Nossa Lei Fundamental. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 91/109

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direita e esquerda**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia: história de deuses e heróis**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, BRYANT. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001.
- COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade, p. 14. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 11/20.
- DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 19. ed. São Paulo: Ática, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DINO, Flávio. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: **Revista Direito Federal**, Brasília: AJUFE, n. 78, 2004.
- DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Havard University Press, 2002.
- FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

FRANKERBERG, Günter. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais** – a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Fabris Editor, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. El estado constitucional europeo. In: **Cuestiones constitucionales** – Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México: UNAM, n. 2, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

HIRSCH, Burkhard. Os Direitos Fundamentais na Constituição Alemã, p. 169. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense & FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 Anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 163/169.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Co., 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

LANGFORD, Malcom. **Litigating economic, social and cultural rights: achievements, challenges and strategies – featuring 21 case studies**. Suíça: COHRE – Center on Housing Rights and Evictions, 2003.

LANGFORD, Malcom & NOLAN, Aoife. **50 Leading cases on economic, social and cultural rights: summaries**. Suíça: COHRE – Center on housing rights and evictions, 2003.

LAPORTA, Francisco. El concepto de derechos humanos. In: **Revista DOXA: cuadernos de filosofía Del Derecho**. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 4, 1987, p. 22-46.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC, 2001.

LIMA, George Marmelstein. A força normativa dos princípios constitucionais. In: **Revista da OAB-Ce**, Fortaleza: FESAC, n. 5, 2001.

\_\_\_\_\_. A hierarquia dos princípios constitucionais e a colisão de direitos fundamentais. In: **Revista independente do ministério público**, Fortaleza, n. 5, 2001.

\_\_\_\_\_. O princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação. In: **Revista Themis**, Fortaleza: Esmec, n. 1, 2000, p. 125-151.

\_\_\_\_\_. Os Juristas e os poetas. In: **Jornal da Ajufer**, Brasília, n. 5, 2002, p. 3.



\_\_\_\_\_. Servidor público – revisão geral anual da remuneração – omissão legislativa. In: **Revista de direito administrativo**, São Paulo: Renovar, n. 227, 2002, p. 362.

\_\_\_\_\_. A multifuncionalidade dos princípios constitucionais. In: **Diálogo jurídico**, Fortaleza: Universidade Farias Brito, n. 1, 2002, p. 211.

\_\_\_\_\_. Antecipação da tutela de ofício?. In: **Revista do tribunal regional federal da 5ª região**, Recife: TRF 5ª Região, n. 47, 2002.

\_\_\_\_\_. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. In: **Revista circulus**, Amazonas: JFAM, n. 3, 2004, p. 82-95.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamental à ação**. Fortaleza: Premium, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais e o poder judiciário**. Fortaleza: Premium, 2001.

\_\_\_\_\_. **A efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. Monografia de especialização em direito sanitário. Brasília: Unb/Fiocruz, 2003.

\_\_\_\_\_. **O papel social da justiça federal: garantia de cidadania**. Monografia vencedora do concurso de monografia do TRF 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, 2004.

\_\_\_\_\_. **Devaneios sobre a justiça brasileira – a reforma do judiciário vista do “olho do furacão”**. Monografia apresentada na disciplina jurisdição constitucional. Fortaleza: UFC, 2004.

\_\_\_\_\_. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de mestrado. Fortaleza: UFC, 2005.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y principios constitucionales**. Barcelona: Ariel Derecho, 1995, p. 622-623.

LLORENTE, Francisco Rubio & CAMPO, Javier Jiménez. **Estudios sobre jurisdicción constitucional**. Madrid: MacGraw-Hill, 1998.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. (trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque). In: **Estudos em avaliação educacional**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1999, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** – estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle judicial da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. Curitiba: Tese de Doutorado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. **Ius et Praxis**, 2005, vol.11, no.2, p.15-6

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Henrique. Concepto y concepción de los derechos humanos. In: **Revista DOXA: cuadernos de filosofía del derecho**, Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 4, 1987, p. 47-66.

PEREIRA, Jane Reis Golçaves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-262.

PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. In: **Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho**. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 15, out, 2001

QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos Fundamentais – teoria geral**. Coimbra: Coimbra editora, 2002

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 165-218.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: **Interesse público** n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001, p. 91-107.

\_\_\_\_\_. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição, p. 121. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, n. 66, 1996.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

\_\_\_\_\_. **Livres e Iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006

SCHWARZER, Helmut & QUERINO, Ana Carolina. **Benefícios sociais e pobreza**: programas não-contributivos da seguridade social brasileira. Brasília: IPEA, Texto para Discussão 929, dezembro, 2002

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002, pp. 23/50.

\_\_\_\_\_. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, n.1, 2003, pp. 607/630.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito

constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169-214.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, p. 243. In: **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-46.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de direito administrativo**, São Paulo: Renovar, n. 177, 1989, p. 29-49.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997

## SÍTIOS CONSULTADOS

Biblioteca Virtual da Universidade do México: <http://www.bibliojuridica.com>

Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com>

Central de Atendimento ao Juiz Federal: <http://www.justicafederal.com>

Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.gov.br>

Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br>

European Court of Human Right: <http://www.echr.coe.int/>

Fundação Casa Rui Barbosa: <http://www.casaruibarbosa.gov.br>

Fundação Konrad Adenauer: <http://www.adenauer.org.br>

Google: <http://www.google.com.br>

Judgments of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht):  
<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/bverfg/BVerfG.htm>

Justiça Federal: <http://www.justicafederal.gov.br>

Site pessoal: <http://www.georgemlima.hpg.com.br>

Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.gov.br>

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br>

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: <http://www.tjrj.gov.br>

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: <http://www.tjrs.gov.br>

Tribunal Superior do Trabalho: <http://www.tst.gov.br>