

**REVISTA DOS TRIBUNAIS
CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL
E CIÊNCIA POLÍTICA**

Diretor:

Celso Bastos

Coordenação:

Maria Garcia

Conselho Editorial:

Ada Pellegrini Grinover, Ana Candida da Cunha Ferraz,
Bolivar Lamounier, Clèmerson Merlin Clève, Edgard Silveira Bueno Filho,
Elival da Silva Ramos, Fábio Nusdeo, Gilmãr Ferreira Mendes,
Ives Gandra da Silva Martins, Jacques Marcovitych, Jorge Miranda,
Jorge Reinaldo Vanossi, José Alfredo de Oliveira Baracho,
José Celso de Mello Filho, José Joaquim Gomes Canotilho,
José Manoel Arruda Alvim Netto, Luiz David Araújo,
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Maria Garcia, Miguel Reale Júnior,
Oscar Dias Corrêa, Péricles Prade, Raul Machado Horta,
Regina M. Macedo Nery Ferrari, Régis Fernandes de Oliveira,
Roberto Rosas e Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

IBDC

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Rua Tabatinguera, 140 – 10.º andar – conj. 1.016-1.017

Tel. (011) 239-1822 – Fax (011) 3105-4724

CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil

e mail: ibdc@aldeiaglobal.com.br – *Home page:* www.ibdc.com.br

REVISTA DOS TRIBUNAIS



ANO 7 – N. 29 – OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1999

29

**CADERNOS DE DIREITO
CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA**

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL**

reclamam a imposição de deveres ao Estado para efetivá-los. Aqui, depara-se a relação cidadão e sociedade em frente do Estado. Aos primeiros, os direitos; ao último, os deveres. Ou, para concluir com a síntese de Eduardo Garcia Maynez,

“Los deberes jurídicos, a diferencia de los de orden ético, no lo son del sujeto obligado para con su propia conciencia, sino del pasible del deber frente al titular del derecho correlativo. El derecho atribuido a uno de los sujetos encuentra su complemento en el deber impuesto al otro, porque la conducta que de éste se exige es

la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor” (*Lógica del concepto jurídico*, Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 184).

Ao termo destas considerações, cabe reafirmar o complexo de positividade de direitos que encerra a Constituição de caráter democrático de 5 de outubro de 1958. Os deveres que nela se exigem têm como sujeito obrigado o Estado, em plano saliente, consoante acima frisado. É da própria lógica do Estado Democrático de Direito, na sua feição social – o Estado Democrático Social –, que assim decorre.

1. DOCTRINA

1.7

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CARACTERÍSTICAS

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG

SUMÁRIO: 1. Fundamentalidade – 2. Universalidade e internacionalização – 3. Inalienabilidade – 4. Indivisibilidade – 5. Historicidade – 6. Positividade e constitucionalidade – 7. Sistemática, inter-relação e interdependência – 8. Abertura e inexauribilidade – 9. Projeção positiva – 10. Perspectiva objetiva – 11. Dimensão transindividual – 12. Aplicabilidade imediata – 13. Concordância prática ou harmonização – 14. Restringibilidade excepcional – 15. Eficácia horizontal ou privada – 16. Proibição de retrocesso – 17. Maximização ou efetividade – Bibliografia

A doutrina concorda, em essência, ao atribuir características aos direitos fundamentais, embora divirja sobre a quantidade e a nomenclatura. Tais características fornecem o regime jurídico dos direitos fundamentais, através do qual preenchem eles suas funções.

Embora o desenvolvimento dos direitos fundamentais tenha conduzido a espécies distintas, o que impede uma apreciação absolutamente homogênea e impõe atenção às diferenças, o gênero comum apresenta características básicas. Esta é uma proposta de apresentação das características dos direitos fundamentais.

1. Fundamentalidade

Os direitos fundamentais constituem a base (axiológica e lógica) sobre a qual se assenta um ordenamento jurídico. Nesse sentido, pode-se aludir também à *originalidade*, para dizer que os direitos fundamentais são os primeiros a se levar em conta na compreensão do sistema jurídico.

A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo do direito (o que é dito: referência aos valores supremos do ser humano e preocupação com a promoção da digni-

dade da pessoa humana) e revela-se também pela posição normativa (onde e como é dito: expressão no ordenamento jurídico como norma da Constituição). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito.

Convém acentuar a dimensão material (relativa ao conteúdo) dos direitos fundamentais, à medida que consagram, a partir de um amplo consenso social, valores constitucionalmente definidos e, assim, subtraídos à discussão (política e judicial) ordinária, visto que dotados de uma legitimidade (constituente) reforçada. O modo (racional e participativo) de estabelecimento dos direitos fundamentais é importante e revela, em seu próprio desenvolvimento, a realização de direitos fundamentais, porém não basta uma legitimação exclusivamente através do procedimento.

A nota da fundamentalidade é essencial para a revelação de direitos fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição, permitindo uma interpretação extensiva. Indispensável uma avaliação acerca da fundamentalidade para o reconhecimento de direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios (adotados na Constituição)(...) ou dos tra-

tados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, conforme reza o art. 5.º, § 2.º, da Constituição brasileira. O direito de resistência à opressão, por exemplo, conquanto não previsto textualmente, pode ser considerado integrante da Constituição em virtude de sua fundamentalidade.

É ainda a fundamentalidade que impõe respeito a um conteúdo básico e mínimo aos direitos determinados, aquém do qual não se toleram contenções. É o caso das pesquisas genéticas, que não poderiam ser realizadas sem o conhecimento e o consentimento dos implicados nem avançar certos limites morais (como a pretensão de purificação racial humana).

2. Universalidade e internacionalização

A Declaração de Viena, adotada por ocasião da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de 1993, consignou expressamente, no item 5, como características dos direitos humanos a universalidade, ao lado da indivisibilidade, da interdependência e da inter-relação.

Diz-se dos direitos fundamentais que são *universais* porque inerentes à condição humana. Peculiaridades locais ou ocasionais não teriam o condão de afastar o dever de respeito e promoção dos direitos fundamentais.

Tal característica, no entanto, precisa ser devidamente compreendida. Se é certo que a noção de direitos fundamentais parte e gira em torno da idéia de atributos do ser humano por sua mera condição existencial, a indicação do conteúdo desses direitos fica a cargo da consciência desenvolvida por determinada comunidade em cada momento histórico. A universalidade não deve ocultar o diferente significado que um “mesmo” direito fundamental (uma mesma expressão normativa) assume em contextos diversos – o que implica uma consideração constitucional

das distintas realidades, como a dos países “periféricos” (subdesenvolvidos).

Vai daí, também, o esconjuro de “fundamentalismos”: repudia-se a imposição de determinado valor como absoluto (independentemente de sua aceitação pela sociedade).

Ademais, o caráter universal como vetor de massificação, com seu cunho opressivo, depõe contra o reconhecimento das particularidades de grupos minoritários ou dissidentes, quando, justamente, os direitos fundamentais devem zelar pelo respeito às diferenças e identidades (por exemplo, de minorias étnicas), embora não devam perder-se em setorializações incompatíveis, que acabariam por consagrar a marginalização ou o privilégio. A validade universal, portanto, não significa uma necessária e absoluta uniformidade.

A opressão com fundamento em determinados valores evoca diversas e tormentosas questões, como a evangelização dos índios e, por outro lado, a reserva de terras às populações indígenas; a condição das mulheres muçulmanas; as “cruzadas de moralidade”; os “expurgos” por razões ideológicas. Em linha de princípio, guiada pelo respeito às diferentes sensibilidades culturais, não se deveria admitir a imposição de situações que não contassem com a aceitação consciente das respectivas comunidades e que, portanto, representassem violações de direitos fundamentais sob a perspectiva dos próprios titulares.

Além da universalidade, o que se percebe com destaque, nos tempos que correm, é uma *internacionalização* dos direitos fundamentais (internacionalizam-se os direitos fundamentais e internacionaliza-se a concepção universalista deles), seja através do reconhecimento desses direitos pelas comunidades de Estados (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948, e a Declaração Ameri-

cana dos Direitos e Deveres do Homem, do mesmo ano; a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), seja pela previsão de meios de proteção – especialmente a instituição de tribunais com jurisdição internacional (Corte de Haia, Corte de Estrasburgo, Corte de São José da Costa Rica), o estabelecimento de procedimentos pertinentes e a imposição eficaz de sanções. Essa preocupação internacional tem-se revelado inclusive em domínios específicos, como o da proteção dos refugiados (Convenção e Protocolo relativos ao Estatuto dos Refugiados, respectivamente de 1951 e 1966) e das mulheres (Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, 1994; Declaração de Pequim, 1995).

Se os cidadãos passam a ter reconhecida a possibilidade de acesso direto às instâncias internacionais (sujeição ativa), são ainda os Estados sujeitos à responsabilidade pelas violações (sujeição passiva). A franca admissão de particulares também como destinatários de sanções internacionais talvez consista no próximo passo de desenvolvimento da jurisdição internacional de proteção aos direitos fundamentais, revelando um desdobramento da universalidade e uma dimensão supranacional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3. Inalienabilidade

O sujeito não pode desinvestir-se de seus direitos fundamentais, embora possa deixar de atuá-los na prática, aplicando-se aqui a clássica distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível). Ainda por força da *inalienabilidade*, tem-se que os direitos fundamentais não se perdem com

o tempo, sendo imprescritíveis inclusive quanto a seu exercício.

A indisponibilidade dos direitos fundamentais reflete-se em questões polêmicas como a eutanásia e a doação presumida de órgãos.

4. Indivisibilidade

Pode-se compreender esta característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se pode aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos. Para ilustrar, na primeira acepção, não seria admissível a aplicação da liberdade de ensino em qualquer educandário, apenas quanto ao local, mas desacompanhada da eleição dos métodos didáticos julgados adequados, ou seja, impondo-se o modo de ensinar; na segunda acepção, e no contexto da atual Constituição brasileira, que prevê tanto o direito à assistência quanto o direito à previdência social, não seria admissível que o Poder Público negasse o primeiro.

A indivisibilidade dos diversos direitos fundamentais indica a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias de direitos fundamentais – assim, os direitos de proteção (especialmente os clássicos direitos individuais ou liberdades públicas) como os direitos a prestação (especialmente os direitos sociais) – e, nesse sentido complementar, evoca a interdependência, inter-relação dos direitos fundamentais.

Atente-se, contudo, a que a realização de um direito fundamental pode dar-se em diferentes graus de intensidade, embora exigindo sempre o respeito à unidade de conteúdo. Assim também a quantidade de direitos fundamentais reconhecidos, bem como a forma desse reconhecimento, varia, conquanto todos os direitos fundamen-

tais que estejam reconhecidos mereçam realização.

5. Historicidade

Orechaço à transcendência (fundamentação absolutista e exclusivamente metafísica dos direitos fundamentais) e o reconhecimento dos direitos fundamentais com base na experiência social apontam-lhes a *historicidade*. Esse dado conjuntural não elide, porém, a hipótese de reconhecimento de direitos comuns na história das diversas sociedades, nem a concepção de uma teoria evolucionista, em que direitos clássicos vão sendo aperfeiçoados e direitos novos vão sendo firmados, formando-se um repertório de direitos fundamentais que constitui patrimônio comum da humanidade.

6. Positividade e constitucionalidade

Os direitos fundamentais fazem parte da pré-compreensão (inclusive emocional e afetiva) que a comunidade tem da idéia de Direito que a rege. Nesse sentido, eles são anteriores à positividade e por ela não podem ser esgotados. Ocorre que a revelação dos direitos fundamentais faz-se, primordialmente (por questão de representatividade democrática, de racionalidade e de segurança), através da positividade histórica em dado ordenamento jurídico. Daí falar-se da *positividade* (em oposição a uma concepção transcendentalista) dos direitos fundamentais.

E mais: essa positividade ocorre ao nível das normas de hierarquia constitucional, de onde a *constitucionalidade* dos direitos fundamentais. Portanto, do ponto de vista material, os direitos fundamentais participam das opções constituintes, encerrando os mais caros valores sociais (fundamentalidade material). Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais acabam cercados de um regime jurídico qualificado, que, para ilustrar com a Cons-

tituição brasileira de 1988, confere-lhes, por exemplo, um procedimento dificultado de reforma (rigidez constitucional), e toma-os como parâmetros para fins de controle de constitucionalidade.

Ultrapassando as fronteiras dos países, a positividade dos direitos fundamentais conhece atualmente uma dimensão internacional (internacionalização), por intermédio de convenções, declarações e similares.

7. Sistemática, inter-relação e interdependência

Cedo o reconhecimento dos direitos fundamentais reivindicou uma concepção lógica que permitisse compreendê-los de modo organizado. Foi primeiro uma construção da doutrina, que contribuiu decisivamente para a positividade dos direitos fundamentais e, por via reflexa, vem sendo desenvolvida nesse ambiente de ordenamentos jurídicos *sistematizados*.

A *inter-relação* dos direitos fundamentais indica que eles interagem, influenciando-se reciprocamente e devendo ser sopesados por ocasião de concorrência ou colisão entre si. Há *mútua dependência* entre os direitos fundamentais porque o conteúdo de certos deles vincula-se ao de outros, complementando-se os diversos direitos fundamentais, e uns mostrando desdobramentos de outros. Por exemplo, a liberdade de expressão (Constituição brasileira, art. 5.º, IX), de que é corolário a liberdade de informação ou comunicação social (art. 220, *caput*), deve sempre respeitar a intimidade e a privacidade (art. 5.º, X). A liberdade de consciência (art. 5.º, VI), a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) e a liberdade de expressão (art. 5.º, IX) são complementares. O direito de associação profissional ou sindical (art. 8.º, *caput*) é um desdobramento da liberdade de associação (art. 5.º, XVII). As garantias (como o *habeas corpus*: art. 5.º, LXVIII)

complementam os direitos (no caso, a liberdade de locomoção: art. 5.º, XV). Não há vida com dignidade (art. 5.º, *caput*), combinado com o art. 1.º, III) sem garantias à saúde (art. 6.º, *caput*, e art. 196).

8. Abertura e inexauribilidade

São também os direitos fundamentais dotados de *abertura*, no sentido de que têm possibilidade de expandir-se (expandibilidade dos direitos fundamentais). A interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer. Essa propriedade também é dita eficácia irradiante dos direitos fundamentais. À guisa de ilustração, refira-se à extensão, que vem sendo aceita pela jurisprudência, da assistência judiciária gratuita (art. 5.º, LXXIV, da Constituição brasileira) às pessoas jurídicas necessitadas.

O catálogo previsto de direitos fundamentais nunca é exaustivo (*inexauribilidade* ou não-tipicidade dos direitos fundamentais), a ele podendo ser sempre acrescidos novos direitos fundamentais. Um novo aporte pode advir de normas internacionais (abertura externa), além da revelação de direitos fundamentais – expressos ou implícitos – no íntimo do próprio sistema jurídico nacional (abertura interna). Exatamente nessa linha, a dicção do § 2.º do art. 5.º da Constituição brasileira de 1988, traduzindo uma “cláusula de abertura”. O direito de resistência, já mencionado, pode ser considerado um direito fundamental implícito ao princípio (republicano) da soberania popular (art. 14, *caput*).

Tocante à abertura externa de nosso sistema constitucional, ainda se verificam reticências, a exemplo da posição que a doutrina mais tradicional e a opinião ainda dominante do Supremo Tribunal Federal conferem às normas advindas de tratados internacionais (equiparadas às leis ordinárias). Assim, o Supremo Tribunal

Federal não admitiu que a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, devidamente incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, fizesse as vezes de lei complementar para o efeito de proteção do emprego contra despedida arbitrária, conforme dispõe a Constituição brasileira no art. 7.º, I (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480 – UF, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 25.09.1996), nem, por mais forte motivo, que norma de pacto internacional desautorizasse a prisão por dívida para depositário infiel, autorizada pela Constituição brasileira no art. 5.º, LXVII (*Habeas Corpus* 72.131 e 75.306 – RJ, Relator Ministro Moreira Alves, j. em 19.08.1997 e publicado no DJU de 12.09.1997).

Do caráter inexaurível dos direitos fundamentais, cujo número pode sempre crescer, surge a preocupação com uma “inflação” de direitos fundamentais. A rotulagem das mais diversas situações como direitos fundamentais e o fato de que a enunciação normativa de direitos fundamentais dificilmente consegue fazer-se acompanhar de garantias eficientes acarretam uma ineficácia e, por conseguinte, um desprestígio desses direitos, tendente à sua banalização. É preciso ter sempre em conta a “reserva do possível”, vale dizer, a capacidade real de implementação de condições de sucesso dos direitos fundamentais, sob pena de se beirar a utopia.

Contudo, a realização efetiva dos direitos fundamentais será uma inesgotável tarefa a cumprir, uma constante promessa da democracia, um estímulo ao envide de esforços; por mais que se avance no assecuramento dos direitos fundamentais, haverá um novo estádio a galgar, rumo à excelência. Por isso, a parcimônia e o realismo com que se devem traduzir normativamente os direitos fundamentais não devem elidir uma dimensão prospectiva nem esmorecer a contínua luta pelo reconheci-

mento de novos direitos. Por mais que se aproxime, o salário mínimo poderá sempre proporcionar um ainda melhor atendimento às necessidades de "moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social", conforme indica platonicamente o art. 7.º, IV, da Constituição brasileira de 1988.

9. Projeção positiva

Embora surgidos como direitos de defesa, com a principal preocupação de conferir espaços de liberdade individual ao abrigo da ingerência pública (estatal), os direitos fundamentais passaram a adquirir uma notável *projeção positiva*, reclamando uma ação – sobretudo do Poder Público, mas também de entes privados – que proporcione a satisfação das necessidades e a realização dos valores estipulados. Trata-se de propiciar condições e estímulos para o desfrute de direitos fundamentais, não apenas garantias contra violações ou reparações compensatórias. Surgem, assim, direitos de participação e de prestação.

Com a superação do modelo liberal de Estado pela concepção de Estado social e intervencionista, aparecem direitos fundamentais cuja violação não ocorre apenas a partir do cometimento de atos, senão que igualmente a partir de omissões que não os implementem. A prestação do serviço público de assistência judiciária (Constituição, art. 5.º, LXXIV) pode ser tão importante para o carente quanto grave seria a condenação arbitrária de alguém à revelia das garantias processuais (art. 5.º, LV).

A projeção positiva dos direitos fundamentais, como deveres jurídicos do Estado e mesmo de outros possíveis proporcionadores, levada ao exagero pela previsão descomedida de modalidades de tutela, poderia fomentar a acomodação das pessoas (paternalismo estatal de desestí-

mulo). Isso, contudo, longe está de ocorrer em nossa realidade, nem tanto pela quantidade (aceitável) de direitos propostos, mas principalmente pela carência de condições de efetivação deles.

10. Perspectiva objetiva

Os direitos fundamentais não se resumem a um enfoque sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares: servem também para a construção de situações jurídico-objetivas que concorram ao atendimento das expectativas por eles fomentadas. Funcionam os direitos fundamentais como regras de definição (negativa: limitação) de competência, especialmente em relação ao Poder Público. E atribuem deveres – especialmente ao Estado – de implementar e desenvolver os direitos fundamentais independentemente de pretensões individuais ("direitos subjetivos").

Assim, e em conexão com outras características apontadas, extraem-se dos direitos fundamentais algumas relevantes funções, como a dirigente, que impõe ações positivas ao Estado (e não só a ele) e o incumbe de deveres de proteção, que não se restringem a situações individuais e alcançam uma dimensão organizacional e procedimental, caracterizando, muitas vezes, garantias de índole institucional. A determinação constitucional ao legislador de instituir crime específico para a prática do racismo (art. 5.º, XLII), embora não confira um imediato direito subjetivo, é um modo de tutela institucional da igualdade no campo étnico.

As dimensões organizacional e procedimental dos direitos fundamentais fomentam a criação de organizações e o estabelecimento de procedimentos hábeis a fornecer, na prática, condições para a concretização dos direitos fundamentais, além de permitirem a realização dos direitos fundamentais ao longo do próprio funcionamento dessas organizações e proce-

dimentos. Para ilustrar, o procedimento administrativo de desapropriação (Constituição, art. 5.º, XXIV) deve oferecer ocasião a que o administrado possa reportar-se com tranqüilidade ao Poder Público expropriante e deste obter um comportamento honesto (envolvendo o conhecimento dos fundamentos dos atos administrativos, por exemplo), de modo a que o expropriado seja respeitado em sua dignidade de participante do procedimento; por outro lado, a disposição da organização administrativa e a previsão de um procedimento expropriatório adequado constituem condições para a garantia eficiente do direito de propriedade (art. 5.º, XXII). De mais fácil percepção, a garantia de um tratamento adequado à saúde, em que o próprio tratamento haverá de levar em consideração o bem-estar da população atendida, num esforço conjugado que deve envolver meios (profissionais, hospitalares, aparelhos...) e modos (políticas de financiamento, campanhas de educação, técnicas médicas...) garantidores da prestação, cujo escopo reside na efetiva prevenção ou cura.

Ressalta da perspectiva objetiva que acompanha os direitos fundamentais servirem eles como critério de interpretação/aplicação do Direito em geral. Nessa medida, desempenham o relevante papel de parâmetro para as modernas técnicas de fiscalização abstrata de constitucionalidade (direcionada primeiramente à proteção institucional do ordenamento jurídico).

11. Dimensão transindividual

À titularidade individualizada da primeira concepção (liberal) de direitos fundamentais (basicamente, direitos do indivíduo contra o Estado, de cunho predominantemente negativo) e à titularidade grupal ou coletiva da segunda concepção (social) de direitos fundamentais (basicamente, direitos dos indivíduos por meio do

Estado, de cunho predominantemente positivo), veio somar-se uma titularidade transindividual vinculada a uma concepção moderna (baseada na solidariedade) de direitos fundamentais (basicamente, direitos de toda a coletividade em relação com o Estado e a sociedade, de cunho predominantemente positivo).

São situações jurídicas que podem ser encaradas inclusive sob o ângulo subjetivo (direitos subjetivos), porém articuladas por sujeitos de representatividade metaindividual (como o cidadão em nome da coletividade, as associações, os entes públicos) e cujas conseqüências atingem todos, com repercussão temporal que ultrapassa a existência de uma geração. A ciência processual cunhou, a propósito, a noção de direitos difusos (definidos legislativamente, entre nós, no art. 81, par. ún., I, do Código de Defesa do Consumidor), levando em consideração, justamente, a titularidade transindividual de direitos fundamentais como o direito ao desenvolvimento, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz.

12. Aplicabilidade imediata

Para superar a discussão a respeito da possibilidade de incidência das normas (melhor: do programa normativo) de direitos fundamentais às situações de fato ocorridas, em função da completude ou não dessa previsão normativa, sustenta-se, sempre que viável, a *aplicabilidade imediata ou direta* dos direitos fundamentais, para afirmar-se que, sob o aspecto jurídico-normativo, eles são tendencialmente completos, aptos a incidir, podendo ser desde logo alegados pelos interessados. A Constituição brasileira de 1988 dispõe expressamente no art. 5.º, § 1.º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Conseqüência desta característica é a necessidade de previsão de mecanismos

de garantia dos direitos fundamentais, do que decorre: (i) que a própria Constituição deve, além de apontar os direitos, fornecer-lhes meios assecuratórios adequados; (ii) que também os meios assecuratórios devem ser dotados de aplicabilidade direta ou imediata; (iii) que os meios assecuratórios nunca podem, a pretexto de regular o direito constitucional, restringir-lo; (iv) que, na ausência da previsão de meios específicos, pode-se utilizar os meios ordinariamente previstos (por exemplo, o procedimento judicial comum); (v) que os direitos fundamentais devem valer mesmo que não estejam acompanhados de garantias jurisdicionais (não correlação necessária).

Evidentemente, a estrutura normativa (especialmente quando remete a uma integração) e as limitações práticas (sobretudo de recursos: reserva do possível) impõem temperos à pretensão de aplicação imediata dos direitos fundamentais, devendo ser compreendida como tentativa máxima, em que se envidam esforços para extrair um conteúdo satisfatório da previsão normativa e não se toleram pretextos impeditivos da plena eficácia.

Em nossa atual Constituição, a despeito da preocupação com a questão, tendo sido estabelecidos meios judiciais destinados a combater a indevida omissão na aplicação de direitos fundamentais (seja no plano abstrato, do que dá mostras a ação direta de inconstitucionalidade por omissão: art. 103, § 2.º; seja no plano concreto, como mostra o mandado de injunção: art. 5.º, LXXI), alguns dispositivos consagradores de direitos fundamentais não foram considerados de aplicabilidade imediata, citando-se a greve na administração pública (art. 37, VII) e a limitação das taxas de juros (art. 192, § 3.º) – que pode, em alguma medida, ser referida ao direito fundamental de propriedade.

13. Concordância prática ou harmonização

Em relação à equivalência de importância dos diversos direitos fundamentais e à possibilidade de concorrência (conflito positivo) ou oposição (conflito negativo) entre eles, diante de situações de fato, impõe-se uma adequação dos respectivos âmbitos normativos e um balanceamento do respectivo peso em concreto, num esforço de *concordância prática ou harmonização*. A concorrência ou a colisão (oposição) de direitos fundamentais não podem acarretar o sacrifício definitivo de algum deles, sendo resolvidas, na prática, através do critério da proporcionalidade, buscando-se o máximo de aplicação com um mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos. Basta pensar, por exemplo, na tão polêmica tensão entre os direitos de informação pública e de privacidade.

14. Restringibilidade excepcional

Para acentuar que os direitos fundamentais não podem ser diminuídos pela interpretação, e sobretudo pela atividade normativa infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição esteja expressamente prevista na própria Constituição ou decorra da interação com outras disposições constitucionais, e nesse caso a limitação nunca poderá atingir o núcleo (essência, conteúdo mínimo) do próprio direito fundamental; e que os direitos fundamentais podem apenas ser retomados e minudenciado seu exercício – quer dizer, ser regulamentados – por disciplina normativa infraconstitucional (incompressibilidade normativa infraconstitucional), menciona-se a *restringibilidade excepcional*. Enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa, inadmitindo-se cláusulas genéricas de restrição.

Ademais, a disciplina infraconstitucional em geral e as restrições expressas em especial devem ser, em regra, editadas por meio de lei (reserva legislativa de regulamentação e restrição). A atividade legislativa deve ser guiada pela proporcionalidade (razoabilidade), sob pena de incidir em excesso (abuso) de legislativo.

O constituinte brasileiro de 1988 estipulou, por exemplo, a liberdade de “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, autorizando somente à lei estabelecer o atendimento a “qualificações profissionais” (art. 5.º, XIII). De outra parte, é discutível se a regulamentação legal poderia ter ido ao ponto de estabelecer prazo decadencial para a propositura de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 18 – embora o Supremo Tribunal Federal aceite que a lei fixe prazo: Recurso em Mandado de Segurança 21.476 – DF, 1.ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 16.06.1992, RTJ 1451/86) ou de condicionar o cabimento de *habeas data* a “informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações” (Lei 9.507/97, art. 1.º, par. ún.) – desconsiderando o princípio da publicidade que impera no âmbito da administração pública (Constituição, art. 37, *caput*).

15. Eficácia horizontal ou privada

Ao lado de uma clássica eficácia vertical dos direitos fundamentais, que obriga ao respeito pelo Poder Público, insiste-se na *eficácia horizontal ou privada* (*erga omnes*), que cobra cumprimento dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Evidentemente, o efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público. O princípio básico da

liberdade não tolera ingerências muito estritas no domínio privado. A contratação de um empregado poderia levar em conta as preferências pessoais do empregador, respeitando-se eventuais simpatias e indisposições que interferem nas relações humanas.

Todavia, já se admite que, onde haja uma disparidade de poder social, à semelhança da diferença de poder entre o Estado e os particulares, devem ser considerados os direitos fundamentais. Por exemplo, é sustentável a tese do cabimento de *habeas corpus* contra constrangimento de particular (Superior Tribunal de Justiça – Recurso em *Habeas Corpus* 4.120-0 – RJ, 6.ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, j. em 29.04.1996, publicado no DJU de 17.06.1996, RT 733/521), como quando diretor ou médico de hospital privado nega-se a conceder alta a paciente como forma de coagir ao pagamento das despesas. Nas grandes indústrias, os critérios de admissão e demissão de empregados já não podem ser discriminatórios ou arbitrários.

Cada vez mais os direitos fundamentais cobram cumprimento nas relações jurídicas privadas. A dignidade humana já não tolera violências perpetradas na intimidade do lar, entre os companheiros ou destes para com os filhos, por exemplo. Essa é uma dimensão da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que vem contaminando inclusive a esfera do particular. Contudo, é preciso evitar com bastante cuidado uma excessiva ingerência nesse campo, que conduziria à opressão do totalitarismo.

A doutrina aponta que a eficácia privada dos direitos fundamentais pode ainda ser considerada como faceta da perspectiva objetiva destes. Com efeito, além de se exigir dos particulares que não violem os direitos fundamentais, pode-se cobrar também deles concurso para a implementação desses direitos. A Constituição brasileira dispõe, para ilustrar, sobre a educação,

que é “direito de todos e dever do Estado e da família, [e] será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” (art. 205); atribui-se o dever de a família, a sociedade e o Estado zelarem pelas crianças e adolescentes (art. 227), bem como pelos idosos (art. 230, *caput*).

16. Proibição de retrocesso

Representando marcos da conquista civilizatória, os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem ser abandonados nem diminuídos: o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação. Há aqui uma proteção traduzida pela *proibição de retrocesso*, sendo que essa eficácia impeditiva (negativa) é imediata e por si só capaz de sustentar um controle de constitucionalidade (tanto em relação à ação quanto à omissão indevidas).

Perceba-se que, no plano normativo, a eficácia impeditiva de retrocesso fornece diques contra a mera revogação de normas que consagram direitos fundamentais, ou contra a substituição daquelas por outras menos generosas para com estes; e, no plano dos atos concretos, a proibição de retrocesso permite impugnar, por exemplo, a implementação de políticas públicas de enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Para ilustrar, a previsão de um salário mínimo, ainda que dependente de lei que o fixe (Constituição brasileira, art. 7.º, IV), não autoriza o estabelecimento irrestrito da livre negociação entre empregadores e empregados, nem a fixação de critérios ou valores que amesquinhem o nível remuneratório já alcançado, caracterizando-se a inconstitucionalidade ativa (positiva) dos atos normativos que porventura disponham nesses sentidos. A manutenção do valor nominal do salário mínimo, a despeito da corrosão inflacionária, revela indevida omissão legislativa, por re-

presentar decréscimo do valor real da remuneração do trabalho.

A eficácia impeditiva de retrocesso vale igualmente para a excepcional possibilidade de restrição de direito fundamental, que jamais poderá avançar sobre o estágio de desenvolvimento jurídico-normativo por este atingido.

Também sobre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais repercute a proibição de retrocesso, pois – para citar – serve esta de parâmetro à aferição da constitucionalidade em abstrato, bem como protege os direitos a prestações e garantias institucionais (impedindo o desmantelamento de organizações e projetos de assistência social, por exemplo).

17. Maximização ou efetividade

Deve-se sempre procurar extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, de onde uma *maximização* ou otimização, não apenas em termos teóricos – que devem ultrapassar a linguagem genérica e adotar disposições específicas –, mas igualmente de repercussão prática, assim que se busque uma real implementação dos direitos fundamentais (*efetividade* dos direitos fundamentais), a despeito das vicissitudes – como a ausência de regulamentação suficiente ou a não-inclusão entre as prioridades políticas de governo. Há de se ter em vista que a elaboração teórica dos direitos fundamentais encontra-se bastante apurada mas, infelizmente, não se faz acompanhar de uma prática efetiva.

A propósito, podem ser referidas as tentativas de alcançar uma isonomia material e concreta, como as ações afirmativas, que buscam compensações para desigualdades de fato verificadas, como é a destinação de um percentual dos cargos e empregos públicos a portadores de deficiência (Constituição brasileira, art. 37,

VIII; Lei 8.112/90, art. 5.º, § 2.º) e como seria a destinação de um número de vagas nas universidades públicas aos alunos oriundos de escolas públicas.

Bibliografia

- ABRANTES, José João Nunes *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- ALEXU, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto *O direito constitucional e a efetividade de suas normas Limites e possibilidades da Constituição brasileira* 3 ed Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro *Curso de direito constitucional*. 19 ed São Paulo : Saraiva, 1998.
- BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J ; HESSE, Conrado e HEYDE, Wolfgang *Manual de derecho constitucional*. Madrid : Marcial Pons, 1996.
- BONAVIDES, Paulo *Curso de direito constitucional*. 6. ed São Paulo : Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J J Gomes *Direito constitucional* 6 ed Coimbra : Almedina, 1993.
- e MOREIRA, Vital *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991.
- CARRIÓ, Genaro R *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1990.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : RT, 1995.
- FARIAS, Edilson 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 Antonio Fabris, 1996.

GICQUEL, Jean *Droit constitutionnel et institutions politiques* 11. ed Paris : Montchrestien, 1991.

LAFER, Celso *A reconstrução dos direitos humanos. um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.

LORENZETTI, Ricardo Luis *Fundamentos do direito privado*. São Paulo : RT, 1998.

MENDES, Gilmar F *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 24, São Paulo : RT, jul.-set 1998.

— *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo : Celso Bastos, 1998.

MIRANDA, Jorge *Manual de direito constitucional* 2 ed Coimbra : Coimbra, 1993, t. IV.

MORAES, Alexandre de *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Atlas, 1997.

— *Direito constitucional* 3. ed São Paulo : Atlas, 1998.

PIOVESAN, Flávia *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo : RT, 1995.

— *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho *A cooperação política europeia*. Paulo Borba Casella (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico*. São Paulo : LTr, 1996.

ROTHENBURG, Walter Cláudio. Réquiem para o *habeas data* (O *habeas data* e a nova Lei 9.507/97). Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Habeas data*. São Paulo : RT, 1998.

— *Princípios constitucionais*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.