

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mário Coraíni Júnior¹

RESUMO

O presente estudo versa os direitos fundamentais e, em face deles, principalmente dos direitos sociais, a atuação do Poder Judiciário ao promover a concretização desses direitos, mediante uma interpretação principiológica da Constituição, diante da ausência ou insuficiência da legislação infraconstitucional ou do não atendimento deles pela administração pública, incidindo, assim, o Poder Judiciário no que a doutrina convencionou denominar politização do direito e judicialização da política.

A metodologia utilizada foi a lógica dedutiva, com base em pesquisas de natureza bibliográfica e jurisprudencial, mediante a análise do fenômeno como se apresenta nas esferas dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais, direitos sociais, pós-positivismo e neoconstitucionalismo, estado social de direito, politização do direito e ativismo judicial.

¹ Mestrando em Direito pelo Curso de Pós-graduação do UNIVEM, Professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário da Faculdade de Direito de Marília (UNIVEM), Advogado formado pela Faculdade de Direito de Marília (UNIVEM), Especialista em Direito Tributário pelos Cursos de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Marília (UNIVEM, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) e Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC).

Abreviaturas e siglas:

Art.= Artigo

CF=Constituição Federal

CRFB=Constituição da República Federal do Brasil

EC=Emenda Constitucional

CPC=Código de Processo Civil

NCPC=Novo Código de Processo Civil

SV=Súmula Vinculante.

O conceito de direitos fundamentais

É tarefa difícil definir de forma simples o conceito de direitos fundamentais, em virtude das transformações pelas quais historicamente passou esse conceito.

A dificuldade se apresenta, de plano, pela terminologia utilizada para designá-los, haja vista as seguintes expressões nesse sentido: direitos fundamentais do homem, direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas.

José Afonso da Silva explica os respectivos significados nos seguintes termos:²

Direitos fundamentais do homem é a expressão reservada para designar, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas pessoas.

Direitos naturais equivalente a direitos inatos, ou seja, direitos que o homem possui pela sua própria condição humana, isto é, simplesmente por ser homem.

Direitos humanos é a designação preferencialmente utilizada em acordos e outros documentos internacionais, denominação essa contra a qual se objeta que não há direitos que não sejam do homem, pois, somente o ser humano seria titular de direitos.

Direitos individuais refere-se a direitos do indivíduo isoladamente, terminologia repudiada por grande parte da doutrina, porém ainda utilizada para designar os direitos e as liberdades civis, representando no texto constitucional o

² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 5 de rev. e ampl. de acordo com a nova constituição. São Paulo : Editora Revistas Tribunais 1989. págs.157/160.

conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade;

Direitos públicos subjetivos é expressão que tem sentido técnico-jurídico, exprimindo prerrogativas estabelecidas por regras de direito objetivo, cujo exercício ou não depende exclusivamente da vontade do titular, configurando, assim, uma situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, colocando os direitos fundamentais no campo do direito positivo. Todavia, por indicar que o seu exercício depende unicamente da vontade do seu titular, que pode deles dispor, transmiti-los, e até renunciar, caracteriza-os como prescritíveis, sendo, pois, a expressão impópria por abranger situações incompatíveis com a concepção do que sejam os direitos fundamentais do homem.

Liberdades fundamentais ou **liberdades públicas**, por fim, são expressões consideradas inadequadas pela maioria dos doutrinadores, eis que limitativas e insuficientes para exprimir o conceito por se referirem apenas aos direitos de liberdade na sua formulação tradicional individualista.

Mais adequada, pois, para exprimir o conceito de direitos fundamentais, parece ser a expressão “**direitos fundamentais do homem**”, mesmo porque é a utilizada pela Constituição Federal em seu Título II, que no artigo 17, refere-se expressamente a “**direitos fundamentais da pessoa humana**.”

As características dos direitos fundamentais

Segundo José Afonso da Silva³ as características dos direitos fundamentais são as seguintes:

I - historicidade, pois, como qualquer direito, os direitos fundamentais nascem, modificam-se e desaparecem e a sua concepção varia de época para época e de lugar para lugar, tanto que na França da Revolução, resumiam-se aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade; atualmente, o seu conceito alcança até mesmo questão inimaginável naquela época, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput) e, da mesma forma, a igualdade entre os sexos é um direito fundamental no Brasil (CF, art. 5º, I), mas não o é nos países de tradição muçulmana;

³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 5 de rev. e ampl. de acordo com a nova constituição. São Paulo : Editora Revistas Tribunais 1989. pág.162.

II - inalienabilidade, uma vez são intransferíveis, inegociáveis, porque não têm conteúdo econômico-patrimonial e a ordem constitucional os confere a todas as pessoas, não podendo estas deles dispor; poquanto possuem eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos subjetivos; são de interesse da própria coletividade, razão pela qual não se pode vender um órgão humano, mesmo com a concordância do doador-vendedor, mas é claro que existem exceções, como o direito à propriedade, que é, por óbvio, alienável;

III - imprescritibilidade; no sentido de que não podem, em regra, ser perdidos pela passagem do tempo, de vez que o exercício dos direitos fundamentais se dá pelo simples fato de existirem reconhecidos pela ordem jurídica, nunca deixam de ser exigíveis, posto que não são de natureza patrimonial, mas personalíssimos., sendo sempre exercíveis e exercidos, não havendo intercorrência temporal de exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição, o que implica que não se os perde pela falta de uso e, assim, por exemplo, não é porque alguém passou 30 anos sem usar da liberdade de religião que terá perdido esse direito, característica essa que é geral, mas não absoluta, pois alguns direitos são prescritíveis, como é o caso do direito de propriedade, perdível pelo usucapião;

IV - Irrenunciabilidade, porque podem até não ser exercidos, mas não se admite sejam renunciáveis, uma vez que, geralmente, são indisponíveis, não se podendo fazer com eles o que bem se quer, pois possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas, sim, interessam a toda a coletividade.

Também, no tocante à essa **Irrenunciabilidade**, há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é exceção. Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.

Embora José Afonso da Silva entenda que o caráter absoluto que se reconhecia nos direitos fundamentais não pode mais ser aceito, noticia esse celebrado doutrinador que “Pontes de Miranda, contudo, sustentava que há direitos fundamentais absoluto e relativos. Os primeiros são os que existem, não conforme a lei os cria ou regula, mas a despeito da lei que os pretenda modificar ou conceituar, enquanto os relativos existem mas, *valem* conforme disponha a lei. José Afonso da Silva entende inaceitável essa teoria, por estar ela fundamentada na teoria formulada por Pontes de Miranda que afirmava a existência de *direitos fundamentais supra-*

estatais, teoria essa que não seria diferente do jusnaturalismo.

Como se vê, nenhum direito fundamental é absoluto, uma vez que, como ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco,⁴

“(…) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.”

A restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ⁵, veiculada no seguinte acórdão:

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO

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. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”.

A **imediatividade e máxima eficácia** também é característica essencial dos

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional, SP; Saraiva, 2007. págs. 230/231.

⁵ RMS 23.452/RJ, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, pag. 20.

direitos fundamentais. Não se podem deixar de ser aqui mencionadas, porque a CF/88 as consagra no art. 5º, § 1º.

A imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais é entendida como vedadeira *norma-princípio*, por estabelecer determinação para que a eles se confira a maior eficácia possível.

Como se vê, os direitos fundamentais constituem um conjunto de direitos que definem e conformam o sistema e, por isso, não podem ser analisados de maneira isolada. O desrespeito a qualquer deles é, na verdade, o desrespeito a todos. Abrir exceção com relação a um é fazê-lo em relação a todos.

Conclui-se, pois, que os direitos fundamentais podem ser definidos como os direitos considerados básicos para que qualquer ser humano possa ter uma existência digna, independentemente de suas condições pessoais específicas. São direitos que integram um núcleo intangível de direitos condizentes com a dignidade da pessoa humana, estabelecidos por uma determinada ordem jurídica.

Classificação dos direitos fundamentais

A classificação dos direitos fundamentais no Direito Constitucional Brasileiro tem como critério de seu conteúdo, resultando daí as seguintes espécies:

a) *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem a autonomia dos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado, sendo por isso reconhecidos como direitos individuais (art. 5º) e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia;

b) *direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade*, que a Constituição adotou como *direitos coletivos*;

c) *direitos fundamentais do homem social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º);

d) *direitos fundamentais do homem nacional*, que são os que têm conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades;

e) *direitos fundamentais do homem cidadão*, que são os *direitos políticos* (arts. 14 a 17), chamados também de *direitos democráticos* ou *direitos de participação política*

(impropriamente designados liberdades políticas, pois estas são apenas aspectos dos direitos políticos).

Tais direitos fundamentais encontram-se especificados na CF em: a) direitos individuais (art. 5º); b) direitos coletivos (art. 5º); c) direitos sociais (arts. 6º e 193 e seguintes); d) direitos à nacionalidade (art. 12); e) direitos políticos (arts. 14 a 17).

Existem, ainda, pode-se dizer, direitos fundamentais econômicos tratados na Constituição Federal, no Capítulo I (arts. 170 a 192), do Título VII, que versa a ordem econômica.

Na verdade, essa classificação não esgota o assunto, pois cada espécie comporta sub-espécies.⁶

Outro critério de classificação dos direitos fundamentais tem por base a ordem cronológica em que esses direitos foram sendo conquistados e a natureza de que se acham revestidos. Nesse sentido são classificados em direitos fundamentais de primeira geração, de segunda geração, de terceira e quarta geração, observando que o vocábulo geração não significa que os direitos pertencentes à uma geração posterior tenha substituído os relativos à geração antecedente, mas a esta se acrescentaram.

O vocábulo *dimensão*, no caso, é sinônimo de geração, tendo-se, assim, respectivamente, direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão.

Os **direitos de primeira geração**, também denominados individuais ou negativos, foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade. Relacionam-se à luta pela liberdade e segurança em face do Estado. Estabelecem limitações e proibições ao poder estatal. Determinam, por exemplo, o respeito à igualdade formal perante a lei, às liberdades de crença religiosa, à livre manifestação de pensamento, o direito à vida e o direito à propriedade, inclusive vedando o confisco.

Os **direitos de segunda geração** são os direitos sociais, econômicos e culturais garantidos aos grupos sociais menos favorecidos. Impõem ao Estado obrigação de fazer, de prestar os serviços de atendimento à saúde, à educação e à segurança públicas, bem como possibilitar a moradia, e prover alimentação às

⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 5 de rev. e ampl. de acordo com a nova constituição. São Paulo : Editora Revistas Tribunais 1989. pág.164.

pessoas caarentes de recursos, mediante trabalho de assistência social (EC 64/10)

Visam a promoção da igualdade material, mediante a redução das desigualdades sociais no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas, principalmente de educação e saúde, para exercê-la. Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria.

Os **direitos de terceira geração**, que são denominados também de direitos difusos e coletivos são direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos *metaindividuais*, porquanto estão além do indivíduo, ou *supraindividuais* por estarem acima do indivíduo isoladamente considerado..

Esses chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução tecnocientífica, ou seja, na terceira revolução industrial, que consistiu na revolução dos meios de comunicação e de transporte, responsável por uma humanidade *conectada* em valores compartilhados, A humanidade passou a perceber que, na sociedade de massa, há determinados direitos que pertencem a *grupos* de pessoas, grupos esses, às vezes, absolutamente indeterminados.

Por exemplo: o recente rompimento das barragens da represa de Bento Rodrigues, no distrito do município de Mariana-MG, que causou a morte e desaparecimento de dezenas de pessoas e poluiu o Rio Doce, do qual se servem para abastecimento de água várias localidades de Minas Gerais e do vizinho Estado do Espírito Santo.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, ao desenvolvimento e os direitos dos consumidores são espécies de direitos fundamentais de terceira geração.

No Brasil, o Direito Processual Civil distingue os **direitos coletivos em sentido estrito** dos **direitos individuais homogêneos** e dos **direitos difusos**. O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 81, parágrafo único, define tais direitos, nos seguintes termos:

“I interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas

ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Destarte, os **direitos difusos** são direitos de todos, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. São de grupos cuja titularidade é absolutamente indeterminada. É também exemplo o direito do consumidor contra a propaganda abusiva.

Os **direitos coletivos em sentido estrito** são direitos de grupos determinados, mas que não pertencem a nenhum membro isoladamente, mas ao grupo como um todo. É exemplo o direito da classe dos advogados de participar dos tribunais por meio do “quinto constitucional” (art. 94 da CF). Trata-se de um direito de classe determinada, que não pertence a nenhum advogado específico, mas a todo o seu grupo.

Os **direitos individuais homogêneos** constituem subespécie dos direitos coletivos. São direitos de cada pessoa isoladamente, mas que podem ser protegidos em conjunto, de forma “homogênea”.. Exemplo é o: direito dos consumidores lesados com um brinquedo defeituoso, que é um direito de cada consumidor, mas que pode ser tutelado em conjunto.

Teori Zavascki,⁷ ministro do STF, afirma que:

“(...) os direitos individuais homogêneos são (...) um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles”

Quanto aos **direitos de quarta geração** ainda não há consenso na doutrina quanto ao seu conteúdo, havendo quem diga que são os direitos relacionados à área da engenharia genética, sendo essa a posição de Norberto Bobbio⁸, enquanto outros, como Paulo Bonavides, relacionam tais direitos à luta pela participação democrática.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo, São Paulo: RT, 2007, pág. 42.

⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, págs. 6/44

Fundamentos histórico-filosóficos dos direitos fundamentais

A história dos direitos fundamentais está intrinsecamente relacionada como o constitucionalismo, pois este é que constituiu o movimento que possibilitou a sociedade à limitação dos poderes estatais.

Várias correntes doutrinárias divergem a respeito de quando teria se manifestado pela primeira vez a limitação do poder do Estado.

A maioria dos autores entende que foi em 1215, com a *Magna Charta Libertatum*, documento esse imposto a João Sem-Terra, rei da Inglaterra, que ocorreu a primeira limitação do Estado ao terem os barões feudais ingleses se insurgido contra a imposição de tributos sem serem antes consultados pelo rei.

Autores há que remontam ao Torah e à Lei das Doze Tábuas para explicar a origem do fenômeno da limitação dos poderes do Estado.

Para a doutrina positivista a fonte primeira desse fenômeno seria a Constituição Americana, de 1787.

Os fundamentos filosófico-jurídicos dos direitos fundamentais são os princípios que regem o Estado de Direito e o respeito à dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana como se sabe, constitui um princípio aberto, isto é, não admite definição única, concreta e específica. Vários filósofos já tentaram defini-la, ao que parece, sem sucesso.

Em resumo, poder-se-ia dizer que o respeito à dignidade humana consiste em reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos, que são, justamente, os direitos fundamentais.

A grande maioria dos doutrinadores concorda que os direitos fundamentais têm seus alicerces no respeito à dignidade humana. Desse respeito à dignidade humana decorreriam todos os direitos fundamentais.

Essa é a posição majoritária, defendida por Ingo Wolfgang Sarlet⁹, Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰, Paulo Bonavides¹¹ e Dirley da Cunha Jr¹², entretanto, não é compartilhada por José Joaquim Gomes Canotilho¹³, para quem reduzir

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, págs. 117/118.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 16.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. págs. 21-28, 186/484/563-571.

¹² CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2010. pág.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. págs. 393/1099-1102.

o fundamento dos direitos fundamentais à dignidade humana é restringir suas possibilidades de conteúdo.

Os direitos fundamentais e as teorias do Direito

Jorge Miranda anota a dificuldade em se apontar qual a teoria do direito que justifica os direitos fundamentais. Na verdade, esse problema deriva do fato de que, hoje, quase todas as teorias jurídicas defendem a existência de direitos básicos do ser humano.

Para os adeptos do **jusnaturalismo**, os direitos fundamentais decorrem da própria natureza humana, e já existem antes do seu reconhecimento pelo Estado. São direitos pré-positivos, isto é, direitos anteriores mesmo à própria Constituição.

O **positivismo jurídico** considera que os direitos fundamentais são aqueles como tal expressamente reconhecidos e positivados em normas constitucionais. A Constituição Federal do Brasil, como se constata do seu art. 5º, § 2º, reconhece ainda a existência de direitos implícitos no sistema, ou seja, não expressamente referidos, porém revelados pela interpretação dos princípios abertos do próprio ordenamento.

O **realismo jurídico norteamericano**, que é a mais atual teoria do direito, considera, consoante a lição de Canotilho,¹⁴ que os direitos fundamentais são aqueles *conquistados* historicamente pela humanidade, .

A eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

A idéia de que os direitos fundamentais somente estabelecem relações entre o Estado, como ente superior, e o cidadão, como ente inferior, ou seja, de cima para baixo, por assim dizer e, por isso, denominadas de relações de eficácia vertical, é equivocada.

Realmente, pois, os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares, isto é, de uma pessoa individual privada para outra, estabelecendo, assim, relações de eficácia horizontal.

Entretanto, conforme noticia Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵, “no *Direito Americano*, predomina a tese de que os direitos fundamentais são *oponíveis apenas ao*

¹⁴ Idem.

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al.. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 272.

Estado”, porquanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos considera que os direitos fundamentais só são exigíveis nas relações dos particulares com o poder público (*state action theory*) ou, pelo menos, com um particular que desenvolva atividade nitidamente pública (*public function theory*).

No direito brasileiro, aplica-se a teoria da eficácia direta e imediata, ou seja, os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. Por isso, os particulares são tão obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais quanto o poder público. As obrigações decorrentes das normas constitucionais definidoras dos direitos básicos têm por sujeito passivo o Estado (eficácia vertical) e os particulares, nas relações entre si (eficácia horizontal direta ou imediata).

A titularidade dos direitos fundamentais

Uma interpretação estritamente gramatical do art. 5º, *caput*, da CF poderia levar à conclusão de que apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros *residentes no país* seriam titulares de direitos fundamentais.

Entretanto o STF entende que estrangeiros de passagem pelo país também podem ser protegidos – embora, obviamente, não possam titularizar todos os direitos fundamentais (pois alguns são privativos de brasileiro, e outros de brasileiros natos). Nesse sentido: STF, 1ª Turma, RE 215.267/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie.

Os direitos fundamentais são universais, todavia alguns deles aplicam-se exclusivamente a destinatários específicos, como por exemplo, o direito à nacionalidade..

O STF entende que esses direitos são aplicáveis até mesmo a estrangeiros fora do país, caso sejam atingidos pela lei brasileira, pois caso a lei brasileira o alcança para acusar, tem de alcançá-lo também para dar meios de defesa.¹⁶

Pode-se, assim, afirmar que no direito brasileiro são titulares de direitos fundamentais como pessoas físicas: a) os brasileiros natos; b) os brasileiros naturalizados; c) os estrangeiros residentes no Brasil; d) os estrangeiros em trânsito pelo território nacional; e) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira, cabendo, contudo, a ressalva de que existem determinados direitos fundamentais cuja titularidade é restringida pelo próprio Poder Constituinte.

Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas, (inclusive as de Direito Público, desde que sejam compatíveis com a natureza delas.

¹⁶ STF, HC 94.016/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ. de 16.09.2008:

Fontes dos direitos fundamentais

A primeiramente dessas fontes é, obviamente, a Constituição. Todavia, o texto constitucional no tocante aos direitos e garantias fundamentais não é fechado, exaustivo, mas sim meramente exemplificativo, como se vê do art. 5º, §2º. Destarte, o fato de um direito fundamental não se encontrar expressamente previsto não significa que ele não é reconhecido pelo sistema.

Outra fonte dos direitos fundamentais são os tratados internacionais firmados pelo País que, de acordo com a jurisprudência do STF, estão situados hierarquicamente *acima das leis mas abaixo da Constituição*.

Limites dos direitos fundamentais

O primeiro limite que os direitos fundamentais encontram é a própria existência de outros direitos, tão fundamentais quanto eles. Daí os conflitos entre esses direitos, que na verdade são apenas aparentes.

Outro limite é o poder discricionário dado ao legislador na definição do direito, denominado liberdade de conformação, no tocante à definição do direito.

Nos casos em que a própria Constituição determina que o legislador regulamente por meio de lei um determinado direito fundamental, especificando-o e estabelecendo ou não as restrições que a lei poderá impor, tem-se o que denomina reserva legal.

Cumpre observar que existe o que se pode chamar de limites dos limites, segundo o qual *“é proibido proibir o exercício do direito além do necessário”*¹⁷

Ademais o legislador autorizado a restringir os direitos fundamentais não pode atingir o núcleo essencial desses direitos. A limitação a ser realizada pela lei não pode restringir tais direitos a ponto de torná-los inócuos ou vazios. Enfim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado em hipótese alguma.

Direitos fundamentais, judicialização da política e politização do direito

Fenômeno que provocou importantes mudanças na esfera dos direitos fundamentais foi o advento, no início do século XX, do Estado Social de Direito,

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, São Paulo: RT, 2007. p. 152.

também denominado Estado do Bem-Estar (Welfare State) e Estado Previdência, que foi consequência do desprestígio da ideologia do Estado Liberal clássico, provocado pelas idéias que inspiraram a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha após a 1ª Guerra Mundial e a Revolução Mexicana, o que culminou com a edição da Constituição do México de 1917, com a Constituição de Weimar de 1919, e com a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado na Rússia Revolucionária de 1918.

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a apresentar uma relação de direitos sociais, no que foi seguida pela Constituição de Weimar, de 1919.

Nesse particular aspecto, pode-se afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 representa modelo avançado da evolução cultural da espécie humana em matéria de direitos sociais..

È que, sobretudo pela ameaça socialista representada pela Revolução Russa de 1917, os Estados de regime capitalista tiveram que se reestruturar, passando a se preocuparem mais com a realização do bem estar social e isso os levou a procurar conjugar, com os direitos individuais apregoados no ideário liberal, o reconhecimento dos direitos sociais, surgindo, daí, a concepção de um Estado intervencionista, com o objetivo de garantir a todos os membros da comunidade, não só iguais oportunidades na vida social, como o direito à saúde, à educação, ao emprego e tantos outros direitos indispensáveis a uma existência digna.

A propósito, explica BONAVIDES¹⁸:

“Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classe na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.”

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, São Paulo: Malheiros, 2004. p.186.

Com o Estado Social de Direito surge, então o pós-positivismo e com este o neoconstitucionalismo que veio a influenciar os legisladores constituintes na formulação de novas constituições com um retono aos ideais de realização da justiça e dos valores individuais e sociais, buscando preponderantemente garantir padrões mínimos de vida digna para o indivíduo e a sociedade.

A constiuição passa então a ser interpretada como um sistema aberto de princípios e de direitos fundamentais, traduzidos frequentemente em esquemas genéricos, no qual as idéias de justiça e de realização desses direitos e princípios constituem a sua essência.

O ideário do Estado Social de Direito alcançou o seu mais elevado estágio com a utilização da doutrina de Lord John Maynard Keynes, notável economista defensor da idéia de que a busca do pleno emprego deve ser feita sempre pelo governo, mesmo à custa do endividamento público, entendendo que, à falta de investimentos na economia por parte do setor privado, deve o Estado suprir essa falta, ainda que valendo-se da tomada de empréstimos públicos.

Entretanto, a partir da década de 1970, a crise do petróleo promoveu grande recuo nas ações estatais de cunho social, provocando o retorno dos governantes à ideologia do Estado Liberal, que alcançou o seu ponto mais crítico durante os governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América, e Margareth Thatcher, na Inglaterra, com a celebração em 1989 do acordo, conhecido como “Consenso de Washington”, pelo qual os países que o assinaram reconheciam a prevalência do controle dos gastos públicos em relação às finalidades sociais do Estado, a despeito de qualquer imperativo axiológico. Nesse cobtexto é qjue veio a lume a concepção do Estado Neoliberal

Consequentemente, como a implementação dos direitos sociais individuais e coletivos dependem necessariamente da atuação positiva do Estado, então, revelando-se esta deficiente ou insuficiente, principalmente porque só é possível o exercício dos direitos fundamentais de primeira dimensão a partir da garantia de um mínimo existencial exigido pelo princípio da dignidade humana, tem-se não só um sentimento geral de injustiça, como um desrespeito à Constituição, que, de uma ou outra forma, chega aos ouvidos dos Poderes Executivo, Legislativo Judiciário.

Como se sabe, no Brasil, em virtude do princípio constitucional da tripartição dos poderes, em resumo, incumbe ao Legislativo produzir a lei, ao Executivo promover a sua execução, e, ao Judiciário, interpretá-la, aplicando-a ao caso concreto que lhe for submetido. Assim, constitucionalmente, um poder não pode invadir a área de competência do outro. Todavia, não é isso que vem ocorrendo, haja vista os inúmeros casos em que se tem registrado a interferência da atuação do

Poder Judiciário na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como da invasão do Legislativo na área do Judiciário.

Frequentemente, a atuação do Judiciário decorre, dentre outros motivos, da não implementação de direitos fundamentais individuais ou coletivos em virtude da ineficiência da atuação política, no tocante à elaboração da lei necessária para a solução do caso *sub judice*, das dificuldades da própria administração pública, da malversação dos recursos públicos e várias outras circunstâncias, inclusive o fato de que os valores e prioridades dos políticos são valores e prioridades locais, corporativos ou de grupos, ou mesmo de interesses exclusivamente dos próprios políticos.

Em razão disso, o poder judiciário, valendo-se da textura aberta do texto constitucional em matéria de princípios e direitos fundamentais, vem assumindo posição de relevo na área política como garantidor e implementador de inúmeras promessas ou normas programáticas relativas a esses princípios e direitos fundamentais,, quando não cumpridas pelos poderes legislativo e executivo.

De se observar que, com base na ideologia do pós-positivismo e do neo-constitucionalismo, os magistrados, em vez de aplicarem a lei geral editada, passam a julgar por princípios, ignorando normas que a seu ver não correspondam às diretivas principiológicas de nosso Estado de Direito, usurpando, assim, a função dos legisladores ao produzirem normas como ocorreu no julgamento sobre as uniões homoafetivas, sobre as doações de pessoas jurídicas aos partidos políticos, sobre a fidelidade partidária, bem como sobre questões de biossegurança, pesquisas em matéria de células-tronco embrionárias,¹⁹ suspensão de dispositivos a Lei de Imprensa,²⁰ invadindo não apenas a área de atuação reservada constitucionalmente ao Poder Legislativo, como área de competência do Executivo, tal como ocorreu no caso da demarcação das terras indígenas do caso Raposa Serra do Sol.²¹

Mais recentemente, o STF, em decisão proferida em ADI interposta pelo Conselho Federal da OAB, promoveu alteração na legislação eleitoral vedando o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas privadas.

A politização do judiciário, a judicialização da política e o ativismo judicial

Essa invasão do poder judiciário na área de atuação constitucionalmente

¹⁹ STF – ADIn 3150

²⁰ STF - ADI 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132

²¹ STF - ACO 1167.

reservada aos poderes legislativo e executivo, ampliando assim o grau de discricionariedade do juiz, ao promover escolhas políticas e não estritamente jurídicas, a doutrina passou a denominar **politização do direito**, distinguindo, nesse contexto, o que se passou a chamar, de um lado, **judicialização da política** e, de outro, **ativismo judicial**.

Embora parecidos esses institutos não são iguais. A diferença está na origem da atuação judicial além dos limites da interpretação, porquanto, na judicialização o fenômeno deriva da vontade do legislador constituinte, enquanto, no ativismo, decorre da vontade do intérprete proativo, que é o juiz.

Ocorre que no Brasil, esse fenômeno caracterizado pelo exercício das funções típicas de outros poderes decorreu, em parte, da própria CF/88, que outorgou prerrogativas por meio das Súmula Vinculantes e do Mandado de Injunção, e, de outra parte, da textura aberta caracterizadora da linguagem dos referidos princípios e direitos fundamentais.

Essa participação do Poder Judiciário, de maneira mais ampla e intensa na concretização dos valores e finalidades constitucionais, atuando com maior interferência no âmbito das atribuições dos outros dois poderes, os doutrinadores denominaram "**ativismo judicial**".

Segundo Baracho²², as origens do **ativismo judicial** encontra-se na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana ao se manifestar inicialmente de maneira conservadora e proativa em caso que setores reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral. Entretanto, a partir de 1950 a situação se inverteu com a produção de uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, especialmente nas questões envolvendo os negros.

O significado da expressão **ativismo judicial** tem sentido ambíguo, não encontra consenso no âmbito doutrinário, podendo, assim, ter significados diversos.

No Brasil apresenta-se de variadas formas, tanto na aplicação direta da Constituição a hipóteses por ela não contempladas expressamente e à revelia da manifestação do legislador ordinário, como na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados o poder Legislativo, bem como na imposição de posturas comissivas ou omissivas ao Poder Público.

O **ativismo judicial** é fenômeno que deriva da vontade do intérprete

²² BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, SAMPAIO, José Adércio Jurisprudência constitucional e direitos fundamentais. 1ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2003, págs. 315/345.

proativo, tendo por protagonista do fenômeno o juiz e, em regra, regula-se pelo julgamento conforme a Constituição.

Assim, pode ele ser definido como a atuação do poder judiciário caracterizada por extrapolar sua competência constitucional mediante invasão das áreas de atuação reservadas ao poderes Legislativo e Executivo, objetivando implementar e garantir aos cidadãos direitos constitucionais fundamentais que estejam sendo desrespeitados dada a ausência, insuficiência ou inadequação da devida legislação infraconstitucional ou em virtude de falta do devido atendimento pela administração pública em razão das mais diversas ordens de justificativas.

É, entendido, pois, como uma atuação do juiz com o objetivo de proteger valores que são importantes para a sociedade, entre eles especialmente aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, mas que por deficiência ou ineficiência legislativa ou má aplicação de instrumentos políticos que possam abalar tais direitos e princípios fundamentais acabam tendo sua garantia e efetivação assumidas pelos magistrados ao serem reclamadas como objeto de solução judicial.

Elival da Silva Ramos²³, sem deixar de advertir quanto aos limites dessa atuação, ensina que:

“ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legislação, que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição ao órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.”

Quanto à **judicialização da política**, trata-se de fenômeno que deriva da vontade do legislador constituinte; o legislador é o protagonista. A própria CF/88 é quem a promove, haja vista ter outorgado ao Poder Judiciário prerrogativas, historicamente nunca anteriormente concedidas, especialmente por meio das súmulas vinculantes e do mandado de injunção..

Nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da *civil law* a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, porque existe na área do *common law* uma proximidade bem maior

²³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. Saraiva, SP, 2010. págs.116/117.

entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas, uma vez que o direito legislado é visto como fonte excepcional do direito.

Por isso, nos sistema do *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, até as situações em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função do órgão jurisdicional, sem que haja nesse ativismo sentido negativo, por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas

A atuação harmônica dos poderes do Estado, em face do princípio da separação dos poderes, exige prudente exercício das competências que lhes foram atribuídas, motivo suficiente para que cada poder observe limites.nessa atuação..

No Brasil, a usurpação de funções de um poder pelo outro constitui ofensa ao princípio constitucional da tripartição das funções do Estado (art. 2º, CF/88), Para Dworkin, o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico e a inexistência de uma regra para o caso concreto, não autoriza, nem justifica a sua criação pelo juiz, que, se o fizer, estará legislando “*ex post factum*”.²⁴ Essa verdade é inquestionável, ressalvada a exceção para o caso do mandado de injunção, no direito brasileiro, ou equivalente em outro ordenamento jurídico externo. Segundo John Hart Ely²⁵ quem não foi eleito democraticamente não está legitimado para governar ou legislar, pois decisões morais são decisões do povo e não do Poder Judiciário.

Segundo Edinilson Donisete Machado, a função originária das decisões judiciais é o controle das opções políticas e não as escolhas políticas e os direitos sociais que implementam políticas públicas não podem ser concretizados pela via judicial, sob pena de romper com o princípio da igualdade, atribuindo a um indivíduo direitos sociais que os demais não gozarão (ofensa ao princípio da universalidade). A transferência das decisões sobre políticas públicas à função jurisdicional além de romper com o princípio da separação dos poderes deixa de tornar efetivo o princípio da igualdade. Afirmando que o ativismo judicial somente poderá ser admitido para garantia das minorias e para desobstrução dos canais democráticos, conclui que deslocar a esfera da decisão política dos legitimamente responsáveis democraticamente para depositá-la nas mãos da função jurisdicional

²⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pág.349.

²⁵ ELY, John Hart. Democracia and distrust: a theory of judicial review, 2.ed. Gambridge: Harvard University Press, 1999. págs. 45, 132/133 e 214.

não promoverá a efetividade, mas trará falsa expectativa e destruição da utopia que seria o governo dos juízes.”²⁶

Em síntese, parece-nos que o ativismo judicial, embora deva ter limites, não é condenável quando exercitado para garantia das minorias e para desobstrução dos canais democráticos, porém há que se assegurar a manutenção do princípio constitucional da separação dos poderes com equilíbrio, sem ofensa ao princípio do acesso à justiça a todos que a procurem em busca da implementação dos direitos sociais individuais e coletivos previstos principalmente nas normas programáticas constitucionais, principalmente porque só é possível o exercício dos direitos fundamentais de primeira dimensão a partir da garantia de um mínimo existencial que é exigido pelo princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, SAMPAIO, José Adércio (coord),Jurisprudência constitucional e direitos fundamentais. 1ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutic e Interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editores, 2002.

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

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.*. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.

CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALARI, Dalomo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo. Saraiva, 1996.

²⁶ MACHADO Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas. 2011, págs.156/157.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, São Paulo: RT, 2007

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. Democracia and distrust: a theory of judicial review, 2.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes, PAGANELLI, Celso Jefferson Messias, SIMÕES, Alexandre Gazetta, Ativismo judicial, Paradigmas atuais, ed. Letras Jurídicas, São Paulo, 2011.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACHADO Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas. 2011.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2010.

REALE, Miguel, Lições preliminares de direito, 4. ed. Saraiva, São Paulo, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1989.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo, São Paulo: RT, 2007.