

# TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

PROF. JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO

twitter.com/jtrindadeprof

- \* Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)
- \* Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
- \* Professor de Direito Constitucional dos cursos de Pós-Graduação em Gestão Pública e Auditoria Governamental do GranPós/UDF e dos cursos preparatórios para concursos do Grancursos e da Procuradoria Geral da República
- \* Servidor efetivo do MPU (Procuradoria Geral da República), na função de assessor jurídico de Subprocurador-Geral da República (atuação na matéria criminal perante STF e STJ)
- \* Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)
- \* Ex-professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)
- \* Colaborador permanente do *site* Jus Navigandi
- \* Autor das obras:
  - a) pela Editora GranCursos: “Roteiro de Direito Constitucional”, “Lei nº 8.112/90 Comentada Artigo por Artigo” e “Legislação Aplicada ao MPU”
  - b) pela Editora JusPodivm: “Servidor Público” e “Processo Administrativo” (ambos da coleção “Leis Especiais para Concursos”)

## 1. FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS

### 1.1. Constitucionalismo e direitos fundamentais

#### 1.1.1. Origens

O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais.

Dessa forma, é preciso estudar o movimento constitucional para entender como surgiram os direitos fundamentais.

Há várias correntes que divergem, sobre quando teria se manifestado pela primeira vez a limitação do poder do Estado por meio de uma Constituição ou de algo a ela assemelhado. Analisemos as principais teses.

Para a doutrina tradicional, a maioria dos autores defende que o fenômeno constitucional surgiu com o advento da *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra (Inglaterra, 1215). Trata-se, como veremos, de um documento que foi imposto ao Rei pelos barões feudais ingleses.

Já Carl Schmitt<sup>1</sup> defende que a Magna Charta não pode ser considerada a primeira Constituição, pois não era direcionada para todos, mas apenas para a elite formada por barões feudais. Dessa forma, a primeira Constituição propriamente dita seria o *Bill of Rights* (Inglaterra, 1688/1689), que previa direitos para todos os cidadãos, e não apenas uma classe deles.

Por outro lado, Karl Loewenstein considera que a primeira Constituição teria surgido ainda na sociedade hebraica, com a instituição da “Lei de Deus” (Torah). O autor alemão aponta que, já naquele Estado Teocrático, a “Lei de Deus” limitava o poder dos governantes (chamados, naquela época, de “Juizes”).

Por fim, é de se apontar que, para a doutrina positivista, a primeira Constituição escrita (e com essa denominação) seria a Constituição Americana, de 1787.

#### 1.1.2. Constitucionalismo na Antiguidade

---

1 *Teoría de La Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

Retomando as lições de Karl Loewenstein, podemos citar que os hebreus já possuíam um “Estado” teocrático limitado pela Torah. Os Juizes (como eram chamados os governantes) tinham que seguir as disposições da Torah (Lei de Deus). É nesse sentido que o autor alemão vê, nesse caso, um prelúdio do Constitucionalismo<sup>2</sup>.

Na Grécia, já se fazia a distinção entre as normas fundamentais da sociedade (*nomoi*) e as meras regras (*pséfismata*). Naquela civilização, a modificação de *pséfismata* poderia ser feita de forma mais simples do que a alteração das normas fundamentais (*nómos*)<sup>3</sup>. Guardadas as devidas proporções, seriam institutos parecidos com a lei ordinária e as emendas constitucionais, atualmente.

Também podemos citar, na Antiguidade, a Lei das XII Tábuas, aprovada em Roma, assegurando direitos conquistados pelos plebeus, fixados em leis escritas.

### 1.1.3. Constitucionalismo medieval

A história do constitucionalismo medieval é, basicamente, a história do movimento constitucional na Inglaterra.

#### 1.1.3.1. Precedentes (1066-1215)

Com a derrocada do Império Romano do ocidente (473 d.C.), ocorreram várias invasões bárbaras na Europa. Nessa época, a Inglaterra foi invadida por anglos, saxões, jutos e celtas.

Houve o domínio da Grã-Bretanha pelos anglos e saxões, até 1066, quando ocorreu a chamada invasão normanda. Os normandos (francos), comandados pelo rei Guilherme de Orange (Guilherme II), invadiram a Inglaterra. Foi nessa época que se criaram as Cortes Feudais, para julgar os casos de acordo com o direito costumeiro, ou direito *comum* jurisprudencial (*Common Law*).

#### 1.1.3.2. Magna Charta (1215)

Quando o rei João Sem-Terra assumiu, em plena época feudal, não possuía quaisquer feudos, pois não era o primogênito. Isto é: era um rei politicamente frágil, pois não tinha terras, numa época em que esse era o principal fator de poder.

Aproveitando-se disso, os barões feudais anglo-saxões (que já estavam insatisfeitos desde a ocupação normanda, em 1066) forçaram o rei, logo que assumiu, a assinar uma Carta de Direitos – que ficou, então, conhecida como a *Carta maior de Liberdade* (ou *Magna Charta Libertatum*).

Essa, que foi a primeira declaração formal de direitos, positivou vários aspectos daqueles que hoje são considerados direitos fundamentais. Prerrogativas até hoje existentes no Direito Constitucional, como o *habeas corpus*, o tribunal do Júri, o devido processo legal, a anterioridade tributária, etc.

### 1.1.4. Constitucionalismo moderno

---

2 Cf. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

3 CAPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. No mesmo sentido: ARNAOUTOGLU, Ilias. *Leis da Grécia Antiga*. São Paulo: Odisseus, 2002.

Aqui, a Constituição passa a ser considerada como uma norma jurídica suprema, principalmente a partir das revoluções ocorridas nos EUA, França e Inglaterra (as chamadas revoluções liberais, que visavam a instaurar um Estado de Direito (= Estado de poderes limitados) em substituição ao Estado Absolutista que até então existia).

#### 1.1.4.1. Revolução Gloriosa e Bill of Rights (1688, entrando em vigor em 1689)

Após a Revolução Gloriosa, passou a vigorar definitivamente na Inglaterra o regime parlamentar, tal como hoje nós o conhecemos: com a figura do Rei como mero Chefe de Estado, cabendo a Chefia de Governo ao Primeiro-Ministro.

O *Bill of Rights* foi um documento que sacramentou a perda do poder absoluto do Rei, que passou a dividir a tarefa de governar com o Parlamento. Na prática, instalou-se a partir daí a supremacia do Parlamento.

#### 1.1.4.2. Pacto de Mayflower (New Plymouth, 1620)

Foi um pacto firmado entre os futuros colonizadores dos EUA, ainda a bordo do navio que os levaria à Terra Nova (o navio *Mayflower*), no qual se reconheceram vários direitos básicos dos cidadãos.

#### 1.1.4.3. Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colônias (1776)

Com a Independência, declarada em 1776, as 13 colônias inglesas na América se declararam independentes e passaram a formar, primeiramente, uma Confederação e, depois, uma Federação (Estados Unidos da América).

Nesse contexto, as declarações de direitos proliferaram, garantindo aos cidadãos determinadas prerrogativas básicas, o que desaguaria nas várias emendas realizadas à Constituição americana de 1787.

#### 1.1.4.4. Constituição Federal dos Estados Unidos da América (assinada pela última colônia em 1787)

É considerada a primeira Constituição escrita da humanidade. Ressalte-se que essa Carta não possuía, originalmente, qualquer declaração de direitos, que só foram incluídos com as sucessivas emendas que lhe foram acrescentadas (principalmente a Quinta Emenda).

Não obstante, foi a primeira Constituição escrita da humanidade, o que significa um marco histórico na defesa de direitos básicos dos cidadãos.

#### 1.1.4.5. Revolução Francesa (1789) e Constituições escritas (1791 e seguintes)

A Revolução Francesa (mesmo com todos os abusos que em nome dela foram depois perpetrados, na chamada época do *Terror*) representa a derrocada final do Absolutismo (em que o Rei tinha poder absoluto), justamente no país em que tal fenômeno foi mais presente.

Embora, em termos cronológicos, essa tenha sido a última das três grandes revoluções liberais (foi precedida pela Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e pela

Independência americana, de 1776), teve uma importância histórica muito grande, pois “popularizou” a defesa dos direitos dos cidadãos, como demonstra a declaração de 1791 (*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*).

#### 1.1.5. Constitucionalismo contemporâneo:

Atualmente, o movimento constitucionalista passou a lutar por vários outros objetivos (democracia efetiva, desenvolvimento econômico e ambiental, etc.). Mas, mesmo assim, não perdeu de vista a defesa dos direitos fundamentais, que continua sendo uma de suas matérias básicas.

### 1.2. Fundamentos filosófico-jurídicos

É preciso estudar quais os fundamentos dos direitos fundamentais, ou seja, quais os princípios jurídicos básicos que justificam logicamente a existência dos direitos fundamentais.

Podemos apontar, basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à Idea de direitos fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana.

#### 1.2.1. Dignidade humana

Trata-se, como se sabe, de um princípio aberto, mas que, em uma apertada síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais.

Essa é a posição da maioria da doutrina brasileira (é o caso, por exemplo, de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>4</sup>, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>5</sup>, Paulo Bonavides<sup>6</sup> e Dirley da Cunha Jr.<sup>7</sup>). Há que se registrar, porém, a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem reduzir o fundamento dos direitos fundamentais à dignidade humana é restringir suas possibilidades de conteúdo<sup>8</sup>.

É certo que o conceito de dignidade humana é aberto, isto é, não admite um único conceito concreto e específico. Vários filósofos já tentaram defini-la, nem sempre com sucesso.

#### 1.2.2. Estado de Direito

O conceito de Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*) pode ser entendido, em poucas palavras, como o *Estado de poderes limitados*, por oposição ao chamado *Estado Absoluto* (em que o poder do soberano era ilimitado).

---

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

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

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

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

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

Nesse sentido, José Afonso da Silva adverte que o conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais<sup>9</sup>.

É certo que, hoje, fala-se mais em submissão à *Constituição*, antes mesmo da submissão à lei, com o que ganha corpo o conceito de Estado *Constitucional* de Direito. Mesmo assim, logo se vê que o conceito de Estado de Direito traz como consequência lógica a existência (e garantia) dos direitos fundamentais.

É por isso mesmo que José Afonso da Silva prossegue: “*A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres*”<sup>10</sup>.

### 1.3. 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 o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos pré-positivos, isto é, direitos anteriores mesmo à própria Constituição; direitos que decorrem da própria natureza humana, e que existem antes do seu reconhecimento pelo Estado.

Já o Positivismo Jurídico considera que direitos fundamentais são aqueles considerados como básicos na norma positiva (=norma posta), isto é, na Constituição. Isso não impede que se reconheça a existência de direitos implícitos, em face do que dispõe, por exemplo, o art. 5º, § 2º, da CF<sup>11</sup>.

Por fim, o Realismo Jurídico norteamericano considera (em posição bastante interessante) que os direitos fundamentais são aqueles *conquistados* historicamente pela humanidade<sup>12</sup>.

### 1.4. Conceito de direitos fundamentais

Há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina. Podemos registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, etc. É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial<sup>13</sup>.

Consideramos que, no direito interno, a nomenclatura mais adequada é a que ora utilizamos, ou seja, *direitos fundamentais*. Essa é a posição, também, de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins<sup>14</sup>. Isso porque a Constituição utiliza essa terminologia (Título II). Ademais, as outras nomenclaturas são inadequadas, por vários motivos.

---

9 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 113. São Paulo: Malheiros, 2006.

10 **Op. Cit.**, p. 113.

11 Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2005. No mesmo sentido, de forma mais específica: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

12 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 527. São Paulo: Saraiva, 2010.

13 Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

14 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 53. São Paulo: RT, 2007.

“Liberdades públicas” é demasiadamente restrito, pois se refere apenas aos chamados *direitos de primeira geração*. “Direitos do Homem” e “direitos da pessoa humana” são, ao mesmo tempo, excessivamente genéricos e indefinidos. Afinal, só existem direitos da pessoa.

Por outro lado, “direitos humanos” parecer ser mais adequado na esfera internacional<sup>15</sup>.

Realmente, direitos fundamentais e direitos humanos, estes (humanos) são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo). Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição Brasileira, Lei Fundamental Alemã etc.).

Essa tese é corroborada pela CF: quando trata de assuntos internos, a Constituição costuma se referir a “Direitos e garantias *fundamentais*”, ao passo que, quando trata de tratados internacionais, se refere a direitos *humanos*.

Em verdade, o conteúdo de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo.

Realmente, é a teoria prevalente na doutrina brasileira, como noticia Dirley da Cunha Jr, embora haja posições contrárias<sup>16</sup>.

Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

## 2. CARACTERÍSTICAS

### 2.1. Historicidade

Os direitos fundamentais são uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Na França da Revolução, por exemplo, os direitos fundamentais podiam ser resumidos a liberdade, igualdade e fraternidade; atualmente, porém, o conceito de direitos fundamentais alcança até mesmo questão inimaginável naquela época, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput). 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.

Como afirmava o saudoso professor Norberto Bobbio:

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

(...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”<sup>17</sup>.

### 2.2. Relatividade

15 Embora haja autores que adotem como sinônimas as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. É o caso, por exemplo, de Alexandre de Moraes. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010. Essa, porém, não é a tese majoritária.

16 No mesmo sentido: LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**, p. 28. São Paulo: Atlas, 2009.

17 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.

Como ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco:

“(…) 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”<sup>18</sup>.

Todavia, como veremos em breve, essas limitações que os direitos fundamentais sofrem não são ilimitadas, ou seja, não se pode limitar os direitos fundamentais além do estritamente necessário.

Por outro lado, a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Segundo a jurisprudência alemã, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade – que se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – é parâmetro de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

De acordo com Konrad Hesse:

“A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.”<sup>19</sup>.

Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20:

“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.”.

---

18 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007.

19 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

### **2.3. Imprescritibilidade**

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, é dizer, não são perdidos pela falta de uso (prescrição). Assim, por exemplo, não é porque alguém passou 30 anos sem usar da liberdade de religião que terá perdido esse direito<sup>20</sup>.

Trata-se de uma regra geral, mas não absoluta, pois alguns direitos são prescritíveis, como é o caso da propriedade, que pode ser perdida pelo instituto da usucapião.

Na verdade, a expressão “imprescritibilidade” não é utilizada de forma muito técnica. Realmente, na Teoria Geral do Direito a perda do direito é denominada *decadência*, sendo que a prescrição é a perda da *pretensão*. Todavia, no Direito Constitucional, dizer que os direitos fundamentais são imprescritíveis significa dizer que não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo.

### **2.4. Inalienabilidade**

Alienar significa transferir a propriedade. Via de regra, os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade. Por isso não se pode vender um órgão, mesmo com a concordância do doador-vendedor. Claro que existem exceções: por exemplo, o direito à propriedade é, por óbvio, alienável.

### **2.5. Indisponibilidade (irrenunciabilidade)**

Geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade.

Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção. Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.

### **2.6. Indivisibilidade**

Os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de maneira separada, isolada. Assim, o desrespeito a um deles é, na verdade, o desrespeito a todos. Abrir exceção com relação a um é fazê-lo em relação a todos. Não se pode desrespeitar direitos fundamentais “só um pouquinho”, ou “só para uma pessoa”.

### **2.7. Eficácia vertical e horizontal**

Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão).

---

20 Questão de concurso: Cespe/Anac/Analista/2009: “É imprescritível a ação tendente a reparar violação dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Gabarito: Certo.

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia *horizontal* ou *efeito externo* dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*).

Em suma: pode-se dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

### 2.7.1. Origens da teoria da eficácia horizontal

Aceita-se como caso-líder dessa teoria o “Caso Lüth”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958.

Erich Lüth era crítico de cinema e conclamou os alemães a boicotarem um filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor da época do nazismo (dirigira, por exemplo, *Jud Süß*, filme-ícone da discriminação contra os judeus). Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão.

Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública<sup>21</sup>.

Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (*drittwirkung*, eficácia horizontal).

### 2.7.2. As várias teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

#### 2.7.2.1. Estados Unidos: as teorias da *state action* e da *public function*

Nos Estados Unidos, por força da tradição liberal vigente, não é muito aceita a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Por isso, a Suprema Corte 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*)<sup>22</sup>.

É dizer: nos Estados Unidos, a Suprema Corte reconhece apenas a eficácia *vertical* dos direitos fundamentais.

#### 2.7.2.2. Teoria da eficácia indireta e mediata

Para os partidários dessa teoria, os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma *indireta* (mediata), por meio das chamadas *cláusulas gerais* do Direito Privado.

---

21 Cf. narrativa completa do caso, inclusive com a ementa do julgado, em DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, pp. 264 e ss. São Paulo: RT, 2007.

22 Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que, “no Direito Americano, predomina a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.*. **Curso de Direito Constitucional**, p. 272. São Paulo: Saraiva, 2007.

Em outras palavras: a regra geral, no Direito Privado (relações entre os particulares), seria a autonomia privada; os direitos fundamentais incidiriam apenas por meio de cláusulas gerais existentes no próprio Direito Privado, como *ordem pública*, *liberdade contratual*, *boa-fé*, etc.

Exemplificando: se alguém aderir ao estatuto de uma associação, e essa norma prever a possibilidade de exclusão sumária, tal regra seria admissível, pois derivou da autonomia privada do associado em aceitá-la. O direito à ampla defesa não incidiria diretamente na relação entre o associado e a associação, mas apenas de forma indireta (mediata), quando, v.g., a associação tomasse uma posição contrária à boa-fé objetiva, induzindo o associado a crer que tal norma não seria aplicada: nessa situação, a cláusula geral da boa-fé autorizaria a incidência (indireta) dos direitos fundamentais.

No dizer do Tribunal Constitucional Alemão, os direitos fundamentais serviriam como uma “eficácia irradiante” sobre a interpretação do Direito Privado, mas não incidiriam diretamente nas relações particular-particular.

Foi a posição que o Tribunal tomou no julgamento do já citado *Caso Lüth*<sup>23</sup>.

Essa tese é criticada por Canaris, que sustenta a incompatibilidade desse pensamento com a Lei Fundamental alemã:

“Se (...) se partir do artigo 1º, n. 3 da LF, esta conclusão não pode ser considerada correcta, pois esta disposição impõe, justamente, uma eficácia normativa imediata dos direitos fundamentais”<sup>24</sup>.

Sendo assim, de forma idêntica se pode sustentar a incompatibilidade dessa teoria com o ordenamento brasileiro, já que o artigo 5º, §1º, prevê que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem *aplicabilidade imediata*<sup>25</sup>.

### 2.7.2.3. Teoria da eficácia direta e imediata

Defendida na Alemanha por setores minoritários da doutrina e da jurisprudência, essa foi a tese que prevaleceu no Brasil, inclusive no Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup>.

Segundo o que preconiza essa corrente, os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. É dizer: os particulares são tão obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais quanto o poder público o é. 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)<sup>27</sup>.

23 Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 530. São Paulo: Saraiva, 2010.

24 CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 29. Coimbra: Almedina, 2006 (tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto).

25 É a posição, entre outros, de Paulo Branco: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p. 269. São Paulo: Saraiva, 2007. Cf. também CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, p. 616. Salvador: JusPodivm, 2010.

26 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p. 269. São Paulo: Saraiva, 2007.

27 Nem toda a doutrina brasileira, porém, concorda com a adoção da teoria da eficácia direta ou imediata. Para uma postura crítica, inclusive considerando que há uma tendência no STF a reverter essa posição, confira-se: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 530. São Paulo: Saraiva, 2010. No mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 57. São Paulo: RT, 2007.

Não concordamos, porém, com a crítica de que essa teoria transformaria todas as teses do Direito Privado em teses constitucionais. A constitucionalização do direito é um fenômeno inegável, e, com isso, qualquer aplicador do Direito tem que, antes de aplicar as leis, verificar-lhes a compatibilidade

Como já dissemos, essa teoria é aceita no Brasil, tanto pelo STF quanto pelo STJ. Um exemplo de aplicação prática da eficácia horizontal foi a decisão do STF que impôs à Air France (empresa privada) igualdade de tratamento entre trabalhadores franceses e brasileiros<sup>28</sup>; bem como o acórdão, também do Supremo Tribunal Federal, que impôs a obrigatoriedade do respeito à ampla defesa para a exclusão de associado em associação privada<sup>29</sup>.

Jurisprudência: STF, Segunda Turma, RE 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006:

“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 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.(...)”.

## **2.8. Conflituosidade (concorrência)**

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Ex: direito à vida x liberdade de religião; direito à intimidade x liberdade de informação jornalística. Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer. Mesmo assim, deve-se buscar uma solução “de consenso”, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito (não se deve sacrificar totalmente nenhum dos direitos em conflito).

## **2.9. Aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º)**

---

com a Constituição. Embora não as possam declarar inconstitucionais (só os juízes ou tribunais têm autorização para fazê-lo), os intérpretes devem ler as leis à luz da Constituição (princípio do Estado *Constitucional* de Direito). Ademais, a autonomia privada deve ser *sempre* sopesada com o respeito aos direitos fundamentais.

28 STF, RE 161.243, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.1997.

29 STF, RE 158.215-4/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07.06.1996.

O art. 5º, §1º, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, cabe aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) desenvolver esses direitos.

Isso, porém, não quer dizer – como ressaltam José Afonso da Silva e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>30</sup> – que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressos em normas de eficácia plena ou contida. Não. Essa é a regra, mas há normas definidoras de direitos que são claramente de eficácia limitada, como o art. 5º, XXXII, o qual prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

### **3. GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso a doutrina prefere a denominação “dimensões”.

#### **3.1. Direitos de primeira geração (individuais ou negativos)**

Foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder: o Estado NÃO PODE desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não-fazer.

São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.

#### **3.2. Direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais ou direitos positivos)**

São direitos *sociais* os de segunda geração, assim entendidos os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar (direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública e, agora, com a EC 64/10, também a alimentação).

Baseiam-se na noção de igualdade material (=redução de desigualdades), no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (educação, saúde) para exercê-la. Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria.

Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste saúde, educação etc. Trata-se, portanto, de direitos positivos (impõem ao Estado uma obrigação de fazer). Ex: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores.

---

30 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p 243. São Paulo: Saraiva, 2007. Adverte o autor: “Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, §1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata na norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível”.

### 3.3. Direitos de terceira geração (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* (estão além do indivíduo) ou *supraindividuais* (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), a revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a 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: a poluição de um riacho numa pequena chácara em Brazlândia-DF atinge as pessoas que lá vivem. Mas não *só* a elas. Esse dano ambiental atinge também a todos os que vivem em Brasília, pois esse riacho deságua na barragem que abastece de água todo o Distrito Federal. E mais: atinge todas as pessoas *do mundo*, pois é interesse mundial manter o meio-ambiente ecologicamente equilibrado<sup>31</sup>.

Exemplos de direitos de terceira geração: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à paz, ao desenvolvimento, direitos dos consumidores<sup>32</sup>.

No Direito Processual Civil, faz-se a distinção entre direitos coletivos *em sentido estrito*, direitos *individuais homogêneos* e direitos *difusos*. A definição desses direitos está no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

“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”.

Embora se trate, repitamos, de um assunto mais afeto ao Direito Processual Civil, podemos citar, ainda que de passagem, a distinção entre esses três grupos de direitos.

Os direitos *difusos* são direitos de *todos*, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. São de grupos cuja titularidade é absolutamente indeterminada. Ex: direitos dos consumidores contra a propaganda abusiva (atinge a todos, mesmo que não tenham uma ligação jurídica uns com os outros).

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

31 Lembre-se de que, segundo a *teoria do caos*, uma pequena alteração num sistema caótico (=imprevisível) pode ter conseqüências indefiníveis e grandiosas. Como se diz, em linguagem simples: o bater de asas de uma borboleta no Pacífico pode causar uma tempestade do outro lado do mundo.

32 Tema já cobrado em prova do Cespe (Detran-DF/Agente de Trânsito/2009): “O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado direito fundamental de terceira geração”. Gabarito: Certo.

Por fim, citam-se também os chamados direitos *individuais homogêneos*. Apesar do nome (“individuais”) e da discordância de parte da doutrina<sup>33</sup>, a maior parte dos estudiosos<sup>34</sup> considera que esses direitos são uma subespécie dos direitos coletivos<sup>35</sup>. Ou seja: de individuais, só têm o nome. São direitos de cada pessoa isoladamente, mas que podem ser protegidos em conjunto (de forma “homogênea”). Ex: direito dos consumidores lesados com um brinquedo defeituoso. Trata-se de um direito de cada consumidor, mas que podem ser tutelados (=protegidos) em conjunto.

Pode-se fazer um quadro comparativo entre essas três espécies de direitos de terceira geração<sup>36</sup>:

	Direitos difusos	Direitos coletivos ( <i>stricto sensu</i> )	Direitos individuais homogêneos
<b>Titularidade</b>	Grupo indeterminado	Grupo determinado	Indivíduos
<b>Ligação entre as pessoas</b>	Fato	Relação jurídica básica	Origem comum
<b>Natureza do direito</b>	Indivisível (não pode ser exercido individualmente)	Indivisível (não pode ser exercido individualmente)	Divisível (pode ser exercido individualmente)
<b>Exemplos</b>	Meio-ambiente; direito dos consumidores atingidos por propaganda enganosa	Direito dos advogados ao “quinto constitucional”; direito da classe dos trabalhadores a participar do fundo gestor do FGTS	Direito dos consumidores lesados por defeitos do produto ou do serviço

### 3.4. Direitos de quarta geração

Há autores que se referem a essa categoria, mas ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos. Há quem diga tratarem-se dos direitos de engenharia genética (é a posição de Norberto Bobbio<sup>37</sup>), enquanto outros referem-nos à luta pela participação democrática (corrente defendida por Paulo Bonavides).

Por isso mesmo, é discutível a importância dessa categoria.

### 3.5. Quadro comparativo entre as três principais gerações de direitos<sup>38</sup>

	1ª geração	2ª geração	3ª geração
<b>Titularidade</b>	Indivíduo	Grupos sociais	Difusa
<b>Natureza</b>	Negativos	Positivos	Supraindividuais

33 Sobre o tema, Teori Zavascki ensina: “(...) 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” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, p. 42. São Paulo: RT, 2007).

34 Cf., por todos, DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 4, Processo Coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2009.

35 Essa foi a posição adotada pelo Pleno do STF no RE 163.231-3/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 29.06.2001.

36 O quadro é baseado em esquema semelhante elaborado por GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**, p. 138. Salvador: JusPodivm, 2008.

37 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

38 Essa comparação entre as várias gerações dos direitos fundamentais também já foi cobrada em concurso: Cespe/Defensoria Pública do Espírito Santo/Defensor/2009: “Os direitos de primeira geração ou dimensão (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da igualdade; os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da liberdade; os direitos de terceira geração — que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais — consagram o princípio da solidariedade.”. Gabarito: Errado.

	<i>1ª geração</i>	<i>2ª geração</i>	<i>3ª geração</i>
<b>Contexto histórico</b>	Revoluções liberais	Revolução industrial e Revolução Russa	Revolução Tecnocientífica
<b>Exemplos</b>	Vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei	Saúde, educação, moradia, lazer, assistência aos desamparados, garantias trabalhistas	Meio ambiente, comunicação social, criança, adolescente, idoso
<b>Valor-objetivo</b>	Liberdade	Igualdade real (material)	Solidariedade e fraternidade

## 4. TITULARIDADE

### 4.1. Pessoas físicas

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais são universais. Porém, como observa Paulo Gustavo Gonet Branco, essa afirmação deve ser encarada com ressalvas, uma vez que alguns direitos fundamentais são voltados a destinatários específicos (veja-se, por exemplo, o direito à nacionalidade)<sup>39</sup>.

Poderíamos acrescentar que os direitos fundamentais, como são reconhecidos em um determinado Estado (e momento histórico), limitam-se, necessariamente, ao âmbito de incidência do ordenamento jurídico desse País. Seria um tanto quanto pretensioso, por exemplo, o Brasil declarar que os direitos fundamentais previstos na CF são destinados a todos os indivíduos, universalmente.

Pois bem. O art. 5º, *caput*, da CF, declara que "...". Uma interpretação meramente gramatical poderia levar à conclusão de que apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros *residentes no país* seriam titulares de direitos fundamentais<sup>40</sup>.

Porém, 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.

Aliás, a Corte Suprema tem um entendimento bastante ampliativo dos direitos fundamentais. Considera-se que tal espécie de direitos é aplicável até mesmo a estrangeiros fora do país, caso sejam atingidos pela Lei brasileira. Por exemplo: um estrangeiro que mora em outro país, mas que está sendo processado no Brasil, terá direito a se defender. Se a lei brasileira o alcança para acusar, tem de alcançá-lo também para dar meios de defesa (Caso “Boris Berezowski”)<sup>41</sup>.

Jurisprudência: STF, HC 94.016/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 16.09.2008:

“HABEAS CORPUS’ (...) ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM

39 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p. 229. São Paulo: Saraiva, 2007.

40 É a posição, com algumas peculiaridades, de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 59. São Paulo: RT, 2007.

41 Já houve questão de concurso especificamente sobre esse tema: Cespe/TRT-17ª Região/Analista Judiciário/2009: “O estrangeiro sem domicílio no Brasil não tem legitimidade para impetrar habeas corpus, já que os direitos e as garantias fundamentais são dirigidos aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes”. Gabarito: Errado.

CONSEQUÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA (...). O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS".

- O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.”.

Em resumo, poderíamos dizer, então, que podem ser titulares de direitos fundamentais (pessoas físicas): a) brasileiros natos; b) brasileiros naturalizados; c) estrangeiros residentes no Brasil; d) estrangeiros em trânsito pelo território nacional; e) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira (pelo ordenamento jurídico brasileiro)<sup>42</sup>.

É preciso, porém, fazer uma ressalva: existem determinados direitos fundamentais cuja titularidade é restringida pelo próprio Poder Constituinte. Por exemplo: existem direitos que se direcionam apenas a quem esteja pelo menos em trânsito pelo território nacional (garantias contra a prisão arbitrária); outros direcionam-se apenas aos brasileiros, sejam natos ou naturalizados (direito à nacionalidade, direitos políticos); e, por sua vez, outros são destinados apenas aos brasileiros natos (direito à não-extradução, direito de ocupar determinados cargos públicos). Pode-se dizer que existe, então, uma verdadeira *gradação* na ordem enumerada anteriormente: os brasileiros natos possuem mais direitos que os brasileiros naturalizados que possuem mais direitos que os estrangeiros residentes, etc.

## 4.2. Pessoas jurídicas

Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas (inclusive as de Direito Público), desde que sejam compatíveis com a natureza delas<sup>43</sup>. Assim, por exemplo, pessoas jurídicas têm direito ao devido processo legal, mas não à liberdade de locomoção, ou à integridade física.

A doutrina reluta em atribuir às pessoas jurídicas (empresas, associações, etc.) direito à vida; com razão, prefere-se falar em “direito à existência”. Todavia, em

42 Perceba-se que, pela amplitude, a letra e) resume todas as demais hipóteses.

43 É a posição da doutrina e da jurisprudência majoritárias. Há, contudo, discordâncias. Dimoulis e Martins consideram que as pessoas jurídicas só são titulares de direitos fundamentais nos casos explicitados na Constituição (principalmente art. 5º, XVII a XXI). Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 63. São Paulo: RT, 2007.

É também o que se vê no Direito Comparado. Por exemplo, o art. 19, 3, da GG (Lei Fundamental Alemã), dispõe que “*Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas coletivas nacionais quando a sua natureza o permitir*”. Da mesma forma, o art. 12º, 2, da Constituição Portuguesa, dispõe: “*As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres **compatíveis com a sua natureza***”.

concursos públicos, o CESPE/UnB já deu como correta questão que afirmava terem as pessoas jurídicas direito à vida<sup>44</sup>.

Por outro lado, é pacífico que pessoas jurídicas não possuem direito à liberdade de locomoção. Justamente por isso é que em favor delas não se pode impetrar *habeas corpus* (pois esse é um remédio constitucional que protege apenas a liberdade de locomoção: art. 5º, LXVIII).

Nesse sentido: STF, HC 92.921/BA, 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25.09.2008. A ementa do acórdão dá a entender que o HC teria sido concedido, mas a leitura do inteiro teor revela: “*A Turma, preliminarmente, por maioria de votos, deliberou quanto à exclusão da pessoa jurídica do presente habeas corpus, quer considerada a qualificação como impetrante, quer como paciente; vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator*”.

A jurisprudência considera que as pessoas jurídicas (empresas, associações, partidos políticos, etc.) podem pleitear indenização por danos morais: “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*” (STJ, Súmula nº 227)<sup>45</sup>.

Segundo entendemos, as pessoas jurídicas podem também ser vítimas de crimes contra a honra, exceto injúria. Com efeito, calúnia e difamação atingem a honra *objetiva* (como a pessoa é vista pelos outros), o que é compatível com a situação das pessoas jurídicas. Apenas a injúria, que atinge a honra *subjetiva* (a autoimagem da pessoa) é impossível de ser perpetrada contra pessoa de existência meramente jurídica.

Todavia, essa não é a posição dos tribunais. O STJ considera que as pessoas jurídicas não podem ser consideradas sujeito passivo de nenhum crime contra a honra<sup>46</sup>. Já no STF há um precedente segundo o qual a pessoa jurídica “*pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia*”<sup>47</sup>.

É de se relevar, ainda, que mesmo as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais. Tal afirmação não deixa de ser peculiar: se os direitos fundamentais surgiram para defender o *cidadão* contra o *Estado*, como justificar que uma pessoa jurídica *de direito público* (isto é, integrante do próprio Estado) possa ter direitos fundamentais?

Simple. Com o agigantamento da Administração Pública, os órgãos e entidades passaram a atuar de forma autônoma uns dos outros, o que pode ensejar conflitos de interesses, quando surge a necessidade de garantir direitos básicos. Vide o exemplo de um órgão que impetre mandado de segurança em defesa das próprias prerrogativas.

Em resumo, podemos dizer que as pessoas jurídicas (inclusive as de direito público) são titulares dos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza.

## 5. FONTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Passando ao largo da discussão entre jusnaturalistas, positivistas e realistas (tópico 1.3.), a pergunta que agira se faz é a seguinte: *onde* podemos encontrar a informação sobre *quais* direitos podem ser considerados fundamentais?

Primeiramente, é claro, na Constituição. Porém, o rol de direitos e garantias fundamentais expressos na Carta Magna não é fechado, exaustivo, mas sim meramente exemplificativo (art. 5º, §2º)<sup>48</sup>. Logo, não é porque um direito não está expressamente

44 Cespe/STJ/Técnico Judiciário/Área Administrativa/2004.

45 Questão de concurso: Cespe/TRE-MT/Técnico/2010: “*O dano moral, que atinge a esfera íntima da vítima, agredindo seus valores, humilhando e causando dor, não recai sobre pessoa jurídica*”. Gabarito: Errado.

46 STJ, Quinta Turma, HC 42.781/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 05.12.2005.

47 STF, Primeira Turma, RHC 83.091/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 26.09.2003.

48 Essa tema é objeto de várias questões de concurso, principalmente do Cespe. Por exemplo:

previsto que não será reconhecido. Parte da doutrina aceita, por exemplo, que o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental implícito<sup>49</sup>.

A questão interessante é saber: e os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam no ordenamento brasileiro com que hierarquia?

A jurisprudência tradicional do STF considerava que os tratados internacionais ingressavam no sistema constitucional brasileiro com força de mera lei ordinária, o que autorizava até a revogação por uma lei posterior<sup>50</sup>. A EC 45/04, no entanto, incluiu um §3º no art. 5º, prevendo que “*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*”.

Após a referida Emenda, portanto, passou-se a ter a seguinte situação: a) os tratados internacionais que não fossem sobre direitos humanos continuavam a valer com força de meras leis ordinárias; mas b) os tratados *sobre direitos humanos* e que *forem aprovados pelo mesmo trâmite das emendas constitucionais* (3/5 dos votos de cada Casa do Congresso, por dois turnos em cada uma delas) passaram a ter força de *emenda constitucional*, isto é, força de *norma constitucional (derivada)*, incorporando-se ao texto da Constituição.

Repita-se: a partir de 2004, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ingressarão como se fossem emendas à Constituição, se forem aprovados de acordo com o trâmite de reforma (emenda) previsto no art. 60 da CF: dois turnos de discussão e votação em cada Casa do Congresso (Câmara e Senado), com aprovação pelo quórum de 3/5 (=60%) dos membros de cada Casa<sup>51</sup>.

Porém, uma questão ficou ainda em aberto: e os tratados internacionais *de direitos humanos* mas que tinham sido aprovados *antes de 2004*, quando ainda não havia o trâmite de aprovação equiparado ao das emendas constitucionais? Deveriam ter qual hierarquia?

Após longa discussão, o STF refutou a tese de que esses tratados teriam força de mera lei ordinária. Com efeito, isso seria equiparar os tratados *de direitos humanos* aos demais pactos internacionais. Por outro lado, a Corte também se distanciou da tese de que os tratados de direitos humanos aprovados antes de 2004 teriam força de emenda constitucional. Como observou o Ministro Gilmar Mendes, tal proceder equipararia esses tratados à Constituição, mesmo sem terem sido aprovados pela regra do art. 5º, §3º.

E então, o que fazer com esses tratados? O STF decidiu que eles teriam uma força *intermediária*, é dizer, *supralegal*. Estão *acima das leis* mas *abaixo da Constituição*. Estão acima das leis porque tratam de direitos humanos; estão abaixo da CF porque não foram aprovados pelo trâmite das emendas constitucionais. Revogam todas as *leis* que lhes sejam contrárias, mas não alteram o que está na Constituição (ver mais à frente transcrição da ementa do julgado).

---

Cespe/TRT-1ª região/Analista Judiciário/2008: “*Os direitos fundamentais dos indivíduos estão taxativamente enumerados na CF*”. Gabarito: Errado. Outra prova em que esse tema foi cobrado: Cespe/TRE-MT/Analista Judiciário – Área Judiciária/2010.

49 Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3, p. 20. Salvador: JusPodivm, 2007.

50 Por exemplo: STF, HC 73.044-SP, relator Ministro Mauricio Corrêa, RTJ, 164:213.

51 Vários concursos cobram esse tema. Por exemplo: Cespe/DPU/Analista/2010: “*Os tratados e convenções internacionais acerca dos 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*”. Gabarito: Certo.

De modo que, hoje, os tratados internacionais podem ter no ordenamento brasileiro três diferentes posições hierárquicas: a) hierarquia *constitucional* (tratados de direitos humanos aprovados pelo trâmite das emendas constitucionais: art. 5º, §3º); b) hierarquia *supralegal* (tratados de direitos humanos aprovados antes de 2004 – e, portanto, sem ser pelo trâmite de emenda constitucional); c) hierarquia *legal*, força de *lei ordinária* (tratados que não sejam sobre direitos humanos).

Alguns exemplos podem tornar mais clara a questão.

- 1) *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (Convenção de Nova York<sup>52</sup>): tratado internacionais de direitos humanos aprovado em 2007, pelo trâmite de emenda constitucional – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL.
- 2) *Convenção de Varsóvia sobre indenização tarifada em caso de extravio de bagagem em voos internacionais*: tratado que não é de direitos humanos – HIERARQUIA LEGAL (força de mera lei ordinária<sup>53</sup>).
- 3) *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica): tratado de direitos humanos, mas aprovado antes de 2004 (em 1992) – HIERARQUIA SUPRALEGAL.

Numa tabela:

#### TRATADOS INTERNACIONAIS – HIERARQUIA

Espécie	Hierarquia	Previsão
Tratado sobre direitos humanos E aprovados pelo trâmite de emenda constitucional	Constitucional (força de emenda)	Art. 5º, §3º
Tratado sobre direitos humanos E aprovados antes de 2004 (sem ser pelo trâmite de emenda constitucional)	Supralegal (acima das leis mas abaixo da CF)	Jurisprudência do STF
Tratados que não sejam sobre direitos humanos	Legal (força de lei ordinária)	Jurisprudência do STF

É importante lembrar que foi por reconhecer o *status* supralegal do Pacto de San José da Costa Rica que o STF declarou revogadas todas as normas infraconstitucionais que previam a prisão civil do depositário infiel, pois tal constrição é vedada pelo citado Pacto (art. 7º, 7).

Confira-se a ementa do caso-líder:

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”<sup>54</sup>.

Também é esclarecedor o voto do Ministro Gilmar Mendes. Veja-se um trecho:

“Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base

52 Promulgado pelo Decreto presidencial nº 6.949, de 25.08.2009.

53 STF, Segunda Turma, RE 297.901, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 31.03.2006.

54 STF, Pleno, RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 04.06.2009.

legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002).<sup>55</sup>

Aliás, o entendimento de que a prisão civil do depositário infiel não mais subsiste no ordenamento brasileiro foi objeto de súmula vinculante e súmula do STJ:

“É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO” (Súmula Vinculante nº 25).

“Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.” (STJ, Súmula nº 419).

Desnecessário acrescentar a importância prática do tema, bem como sua relevância para fins de concursos públicos.

## 6. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 6.1. Relatividade dos direitos

Como já dissemos (tópico 2.2.), os direitos fundamentais são relativos, quer dizer, nenhum direito fundamental é absoluto.

É costumeiro dizer isso por dois motivos:

a) Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros, o que determina se imponham limitações recíprocas. Assim, por exemplo, o direito à liberdade de expressão não é absoluto, porque pode chocar-se com o direito à intimidade.

b) Nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para a prática de atos ilícitos. Com efeito, os direitos fundamentais só protegem o seu titular quando este se move na seara dos atos lícitos, pois seria uma contradição em termos definir uma mesma conduta como um direito e um ilícito. Logo, se o direito define uma conduta como ilícito (crime, por exemplo), não se pode considerar como justo o exercício de um direito fundamental que leve a essa conduta. Não é válido, por exemplo, alegar liberdade de manifestação do pensamento para propagar idéias racistas ou discriminatórias, conforme reiterada jurisprudência do STF<sup>56</sup>.

55 Já houve questão de concurso sobre essa passagem específica do voto do Ministro Gilmar Mendes: Cespe/TRF1/Juiz Federal/2009: “O Decreto-lei n.º 911/1969, que permite a prisão civil do devedor-fiduciante, foi revogado pelo Pacto de San José da Costa Rica”. Gabarito: Correto.

56 Decisão importantíssima (embora não imune a críticas, até de ordem técnica jurídico-penal) foi a tomada pelo STF no “Caso Ellwanger”, em que Siegfried Ellwanger foi condenado por racismo, pelo fato de ter publicado obra na qual defendia que o holocausto não teria existido. Confira-se trecho da ementa:

“(…) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004.

Nas palavras de André Ramos Tavares:

“Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.”<sup>57</sup>.

Ora, como nenhum direito fundamental é absoluto, faz-se necessário estudar os mecanismos de limitação desses direitos.

Inicialmente, registre-se que há duas teorias sobre as limitações dos direitos fundamentais: a teoria *externa* e a *interna*. A primeira considera que as restrições a direitos fundamentais são externas ao conceito desses mesmos direitos. É dizer: existe um direito à liberdade, que pode sofrer restrições (externas) em casos concretos<sup>58</sup>. Já para a teoria *interna*, o conteúdo de um direito só pode ser definido após ser confrontado com os demais: não existem restrições a um direito, mas definições de até onde vai esse direito<sup>59</sup>. Acharmos preferível a teoria externa, pois é difícil definir que o conteúdo de um direito só poderá ser conhecido quando se confrontar esse direito com todos os demais, ainda mais se lembrarmos que a vida não pode ser prevista em seu devir.

Estudemos, a partir de agora, as limitações que podem ser impostas aos direitos fundamentais.

## 6.2. Limites dos direitos fundamentais

### 6.2.1. Concorrência de direitos

O primeiro limite que os direitos fundamentais encontram é a própria existência de outros direitos, tão fundamentais quanto eles. É daqui que surgem os conflitos (aparentes) entre os direitos.

Uma vez adotada a teoria externa, como parecer ser a tendência do Supremo Tribunal Federal, o conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido com base no princípio hermenêutico da *harmonização*, ou *cedência recíproca*, ou *concordância prática*, do qual já falamos quando comentamos sobre os princípios da hermenêutica constitucional. Em outras palavras: o conflito de direitos fundamentais não se resolve de forma abstrata, mas sim à luz do caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos em conflito para ver qual deles deverá prevalecer, *naquele caso*.

57 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 528. São Paulo: Saraiva, 2010.

58 É a posição, no Brasil, de Gilmar Ferreira Mendes: cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p. 291. São Paulo: Saraiva, 2007.

59 É a tese mais próxima das lições de Habermas, adotada, no Brasil, por Eros Grau. Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Por exemplo: no conflito entre o direito à vida e a segurança do Estado, qual deve prevalecer? Resposta: DEPENDE. De acordo com as condições do caso concreto, pode ser que prevaleça a vida (por exemplo: um homicida não pode ser morto “para segurança do estado”), ou pode ser que ceda à segurança do Estado (existe a pena de morte em caso de guerra declarada). Por isso, nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida.

Casos e mais casos podem ser citados como exemplo de concorrência entre direitos fundamentais:

a) direito à vida vs liberdade de religião, quando alguém que professa a crença das “Testemunhas de Jeová” recusa submeter-se a tratamento que demande transfusão de sangue ou transplante de órgãos;

b) direito à liberdade de informação jornalística vs direito à intimidade, quando atriz é filmada mantendo relações sexuais na praia (Caso Cicarelli) ou quando pessoa pública é fotografada dentro de um clube privado (Caso Caroline de Mônaco: *Hannover vs Alemanha*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, dando ganho de causa à Princesa);

c) direito à liberdade de expressão vs proibição do racismo (Caso Ellwanger<sup>60</sup>);

d) direito à liberdade de expressão vs proibição da incitação à prática de crimes, como foi o caso da banda Bidê ou Balde, obrigada a deixar de executar publicamente a música “E por que não?”, cuja letra retratava relação de pedofilia;

e) direito à liberdade de expressão vs proibição de atos obscenos, como no Caso Gerald Thomas, em que o STF considerou que a prática do diretor de teatro de mostrar as nádegas ao público, em retaliação às vaias sofridas em peça de teatro voltada ao público adulto não poderia ser criminalizada como ato obsceno<sup>61</sup>.

### 6.2.2. Liberdade de conformação

Alguns direitos fundamentais precisam ser concretizados pelo legislador. Nesses casos, admite-se que o legislativo possui uma esfera discricionária de definição do direito, chamada de *liberdade de conformação* (=liberdade de definição).

É o que explicam Dimoulis e Martins:

“Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art. 5º, *caput* e inciso XXII, da CF), pois a Constituição federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo *poder de definição*.”<sup>62</sup>.

60 STF, HC 82.424/RS.

61 STF, Segunda Turma, HC 83.966/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 26.08.2005: “*Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em 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 via estreita do habeas corpus”.*

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

### 6.2.3. Reserva legal

Como já dissemos no tópico anterior, é importante entender, também, que o legislador pode especificar e delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, usando da chamada liberdade de conformação. Admite-se, em tal caso, a restrição a um direito fundamental, uma vez que expressamente outorgada pela Constituição essa tarefa ao legislador ordinário. Nesse sentido, Canotilho adverte:

“Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido”<sup>63</sup>.

Há, porém, casos em que a própria Constituição determina que o legislador regule um determinado direito fundamental, especificando-o, *desde que o faça por meio de lei*. É o caso da chamada *reserva de lei (reserva legal)*.

É preciso, porém, diferenciar a reserva legal *simples* da *qualificada*. Realmente, a reserva legal é a determinação constitucional de que um determinado assunto seja tratado apenas por meio de lei em sentido formal (reserva legal simples) – como, por exemplo, quando exige lei para a definição de crimes e penas. Fala-se em reserva legal qualificada quando a Constituição exige lei específica para tratar de um determinado assunto e a própria Constituição já estabelece as restrições que a lei pode estabelecer (como, por exemplo, na quebra do sigilo das comunicações telefônicas, em que a Constituição já prevê as possibilidades de quebra).

Perceba-se: o princípio da legalidade é a submissão genérica à lei; a reserva legal (que muitas vezes está ligada ao princípio da legalidade) é a reserva que a Constituição impõe para que determinada matéria só seja objeto de regulamentação por meio de lei (ex: art. 88: “*A lei [e não o decreto, etc.] disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública*”).

	<i>Reserva legal simples</i>	<i>Reserva legal qualificada</i>
<b>Distinção</b>	Constituição apenas exige lei	Constituição exige lei e já prevê o conteúdo que o ato deverá ter
<b>Fundamento</b>	Conferir maior estabilidade à matéria, que só poderá ser tratada/modificada por lei	Conferir maior estabilidade à matéria e garantir o respeito a determinados princípios
<b>Exemplos</b>	“não há crime sem lei anterior que o defina”; “A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”	“é inviolável o sigilo (...) das comunicações telefônicas, salvo (...) por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer <u>para fins de investigação criminal ou instrução processual penal</u> ”; “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)”.

### 6.3. Teoria dos “limites dos limites”

63 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 788. Coimbra: Almedina, 2007.

Embora os direitos fundamentais sejam realmente limitados, é preciso que essas restrições não sejam tão profundas a pontos de torná-los verdadeiras conchas vazias. Para garantir que a atividade do legislador ordinário não possa efetivamente esvaziar de conteúdo os direitos fundamentais, surge a teoria segundo a qual as próprias limitações a tal classe de direitos sofre limitações: é a *teoria dos limites dos limites*.

Como adverte o professor Dimitri Dimoulis, “*é proibido proibir o exercício do direito além do necessário*”<sup>64</sup>.

Podemos apontar como limites aos limites dos direitos fundamentais: a necessidade de respeito ao *núcleo essencial* desses direitos e a obrigatoriedade de adequação ao princípio da *proporcionalidade*.

### 6.3.1. Proteção do núcleo essencial

De acordo com essa teoria, muito difundida na Alemanha, o legislador, ao restringir os direitos fundamentais, não pode ultrapassar uma determinada fronteira, isto é, não pode esvaziá-los. Em outras palavras: o legislador é autorizado a *restringir* os direitos fundamentais; não pode, contudo, restringi-los tanto que os torne inócuos ou vazios.

Um exemplo pode esclarecer essa distinção. O próprio texto constitucional permite (CF, art. 5º, XIII) que o Congresso Nacional edite leis regulamentando o exercício de algumas profissões, ao exigir, por exemplo, determinadas qualificações técnicas para o desempenho de algumas tarefas. É legítimo, portanto, exigir que alguém só possa clinicar se possuir o curso superior de Medicina.

Porém, seria constitucional exigir que só podem exercer a advocacia pessoas que ostentassem o título de pós-doutor (P.h.D.) em Direito? Certamente não. E por que? Porque essa restrição desbordaria do razoável, restringiria tanto o direito fundamental que o tornaria vazio. Dito de outra forma: porque essa restrição violaria o próprio *núcleo essencial* (=essência) do direito em questão.

Nesse sentido, o STF já decidiu que a exigência de diploma de jornalista para exercer essa profissão é exagerada, violando o próprio núcleo essencial do direito. Confira-se parte da ementa desse julgado:

“ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. **A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.**”<sup>65</sup>.

64 *Apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 530. São Paulo: Saraiva, 2010.

65 STF, Pleno, RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12.11.2009.

A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais não é citada expressamente na Constituição brasileira<sup>66</sup>, ao contrário do que se vê, por exemplo, na *Grundgesetz* (Lei Fundamental Alemã), cujo art. 19, 2, dispõe que “*Em nenhum caso pode um direito fundamental ser desrespeitado em seu núcleo essencial*”.

Porém, é inequívoco que essa teoria é adequada ao ordenamento jurídico brasileiro. Afinal de contas, quando a Constituição prevê, no § 4º do art. 60, que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda *tendentes a abolir* os direitos e garantias individuais, impõe uma proteção ao *núcleo essencial* desses direitos. Foi o que já reconheceu o STF: “(...) *as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege*”<sup>67</sup>.

Pode-se dizer, então, que o Brasil adota a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas que tal regra não está expressamente prevista na Constituição.

### 6.3.1.1. Teorias sobre o núcleo essencial

É preciso, ainda que *en passant*, referir a existência de duas teorias sobre o núcleo essencial: a teoria *absoluta* e a teoria *relativa*.

De acordo com a teoria *absoluta*, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado em hipótese alguma. Já de acordo com a corrente *relativa*, esse núcleo básico poderia variar de acordo com o caso concreto<sup>68</sup>.

Consideramos mais correta a teoria absoluta. Afinal, defender que existe um núcleo essencial, mas que ele é relativo significaria, na prática, retirar-lhe qualquer utilidade<sup>69</sup>.

Mas cuidado! Não se está dizendo que os direitos são absolutos. Não. O que se diz é que o *núcleo essencial* de tais direitos é que tem essa característica.

### 6.3.2. Princípio da proporcionalidade

O vocábulo “proporcional” deriva do latim *proportio*, que se refere principalmente à divisão em partes iguais ou correspondentes a uma dada razão. É umbilicalmente ligado à idéia de quantidade, de justa medida, de equilíbrio.

Começou a ser utilizado na Ciência Jurídica moderna por influência do direito germânico, notadamente da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), que, na resolução de casos concretos, formulou uma verdadeira teoria sobre o princípio.

Por meio desse princípio, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

---

66 Isso já foi tema de questão de concurso elaborado pela ESAF (Receita Federal do Brasil/Analista Tributário/2009): “*A Constituição Federal de 1988 previu expressamente a garantia de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais*”. Gabarito: Errado.

67 STF, Pleno, ADIn 2024/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 21.06.2007.

68 Essa distinção também já foi cobrada pela ESAF na prova para Analista Tributário da Receita Federal (2009): “*Quanto à delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a doutrina se divide entre as teorias absoluta e relativa. De acordo com a teoria relativa, o núcleo essencial do direito fundamental é insuscetível de qualquer medida restritiva, independentemente das peculiaridades que o caso concreto possa fornecer*”. Gabarito: Errado.

69 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 168. São Paulo: RT, 2007.

São tradicionalmente apontados como elementos da proporcionalidade, em atenção à teoria formulada no Direito alemão: a adequação, a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros, como já explicado, correspondem à idoneidade do meio para atingir o fim (adequação) e à imprescindibilidade de sua utilização (necessidade). O terceiro se relaciona mais diretamente à estimação da quantidade da utilização do meio e da mensuração do fim: serve para investigar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente. Aborda, portanto, o equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência jurídica.

Em suma: o princípio da proporcionalidade diz respeito à compatibilidade quantitativa entre meios e fins, ou seja, permite a análise da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação destes. Não sem razão, é também chamado de "princípio da proibição do excesso". E, na feliz formulação de Jellinek, corresponde à máxima de que "não se abatem pardais com tiros de canhão".

Por outro lado, a proporcionalidade significa não só a necessidade de limitar a restrição de direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido negativo), como também a obrigação do Estado de proteger de forma eficiente os bens jurídicos mais caros à sociedade (proporcionalidade positiva).

Como afirma Ingo Sarlet, "*o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio*"<sup>70</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADIn nº 3.112, assim resume as diversas feições do princípio da proporcionalidade:

"Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

(...) levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbote*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador certas margens de ação, para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais.

(...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção".

Numa tabela, teríamos:

---

70 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**. Revista de Estudos Criminais, vol. 3, n. 12, p. 111. Porto Alegre: 2003.

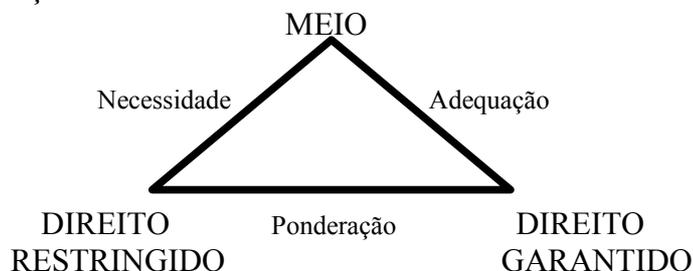
<b>Proporcionalidade</b>	<b>Sentido positivo</b> (proibição da proteção deficiente)	O Estado tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais de modo suficiente
	<b>Sentido negativo</b> (proibição do excesso)	<i>Adequação</i> : meio usado para restringir o direito deve ser adequado ao fim que se quer alcançar
		<i>Necessidade</i> : o meio usado para restringir o direito deve ser estritamente necessário (meio menos gravoso possível)
		<i>Ponderação</i> (proporcionalidade em sentido estrito): o direito fundamental deve ser restringido o menos possível

Ainda em termos teóricos, podemos afirmar, com base no que explica Jairo Schäfer, que a proporcionalidade é um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entrem em conflito com outros direitos também fundamentais<sup>71</sup>.

De acordo com o referido professor, temos sempre três aspectos em análise: a) um direito que é objeto de restrição; b) um direito que é objeto de proteção; c) o meio que se usa para restringir um direito em benefício de outro.

Nesse contexto, a restrição a um direito deve ser proporcional, isto é: a) o direito restringido só deve sê-lo se isso servir a alcançar o bem que se quer atingir (adequação); b) o direito restringido deve ser limitado com o meio menos gravoso possível (necessidade); c) o direito restringido deve ser limitado apenas na medida em que isso for exigido para garantir o direito que é assegurado (ponderação, proporcionalidade em sentido estrito).

Ainda de acordo com Jairo Schäfer, pode-se imaginar um diagrama para representar essa situação:



Exemplos podem tornar mais claro esse esquema. Vejamos.

Um exemplo julgado pelo STF tratou sobre a obrigatoriedade, imposta por lei estadual do Paraná, de que os revendedores de gás liquefeito de petróleo (GLP) realizassem a pesagem do botijão na presença do consumidor. Nesse precedente, a Corte Suprema julgou que a lei era inconstitucional, por desproporcionalidade. Senão, vejamos.

A lei tratava sobre a proteção do consumidor, um direito fundamental (art. 5º, XXXII). Esse era o direito garantido. Para assegurá-lo, o legislador estadual restringiu a liberdade de empresa (livre iniciativa). Esse é o direito restringido. E qual o meio que se utilizou para essa restrição? A obrigação de pesagem dos botijões na presença do consumidor.

71 SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**, p. 108. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Nesse caso, o meio utilizado era adequado para assegurar o direito garantido. Passou no teste da adequação. Porém, segundo entendeu o STF, havia meios menos gravosos para assegurar o direito à proteção dos consumidores, sem restringir tanto a livre iniciativa<sup>72</sup>. É possível, por exemplo, estabelecer a obrigatoriedade de que os produtores de GLP providenciem lacres de segurança. Como se vê, a restrição ao direito fundamental foi considerada inconstitucional por violação ao critério da proporcionalidade, especificamente no aspecto da necessidade<sup>73</sup>.

Outro exemplo pode ser citado: a condenação de uma famosa empresária brasileira a 92 anos de prisão por ter sonegado tributos. Qual é o direito garantido? O respeito ao erário e a segurança pública. E qual o direito restringido? A liberdade de ir e vir da ré. Por fim, qual foi o meio utilizado para a restrição? A pena de prisão (reclusão).

Verifiquemos se essa pena (restrição a um direito fundamental) passa no teste da proporcionalidade.

Primeiramente: a pena é adequada? Sim, a reclusão é um meio adequado para proteger a segurança pública e inibir a sonegação tributária. Por outro lado, a restrição é necessária? Sim, pois não há outro meio menos gravoso de garantir o direito em questão. Basta imaginar se uma condenação a prestar serviços à comunidade seria suficiente para reprimir a supressão de impostos (com certeza não).

Mas ainda resta um teste: o da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja: o direito garantido justifica, no caso concreto, uma restrição tão grande ao direito preterido? Consideramos que não. Ora, a pena mais grave que há no ordenamento penal brasileiro é a reclusão de 30 anos, para crimes como o homicídio, por exemplo (CP, art. 121). Será que uma sonegação de impostos – por maior que tenha sido – justifica a imposição de uma pena *três vezes mais grave que a maior pena aplicada ao homicídio*? Entendemos que não, o que determina a inconstitucionalidade da medida, por ser desproporcional, porque, embora seja adequada e necessária, foi aplicada em um *quantum* maior que o devido.

Podemos então, para resumir, usar um questionário para verificar se a restrição ao direito fundamental é ou não proporcional:

**1. A restrição é adequada para garantir o respeito ao direito que se quer assegurar?**

1.1. **Não:** a restrição é desproporcional, por violar o subprincípio da adequação

1.2. **Sim:** passa-se ao teste seguinte.

**2. A restrição configura um meio estritamente necessário? Trata-se do meio menos gravoso para restringir o direito preterido e assegurar o direito garantido?**

---

72 Eis a ementa do julgado: “*Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, ue obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente*”.

73 No caso concreto, a Corte considerou que a lei violava também a adequação, já que a medida era “*de duvidosos efeitos úteis*”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *et al. Curso de Direito Constitucional*, p. 325. São Paulo: Saraiva, 2007.

2.1. **Não:** a restrição é desproporcional, por violar o subprincípio da necessidade.

2.2. **Sim:** passa-se ao teste seguinte.

**3. O direito restringido foi mitigado numa medida compatível com a garantia dada ao direito assegurado? Há um equilíbrio entre a vantagem obtida e a restrição aplicada?**

3.1. **Não:** a restrição é desproporcional, por violar o subprincípio da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

3.2. **Sim:** a restrição é proporcional e, portanto, admissível.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que equipara os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – acolhe a lição alemã, como atestam vários precedentes:

“A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.” (STF: Pleno, ADIn-MC nº 2.667/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.03.2004, p. 36).

## QUADRO-RESUMO: TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1. FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS

- \* Os direitos fundamentais estão ligados ao fenômeno do *constitucionalismo*
- \* Constitucionalismo antigo:
  - # Torah dos Hebreus limita o poder dos governantes
  - # Grécia: distinção entre *nomoi* e *pséfismata*
  - # Roma: Lei das XII Tábuas garante direitos da plebe
- \* Constitucionalismo medieval
  - # Magna Charta Libertatum, de João sem-Terra (1215), garante direitos até hoje assegurados
- \* Constitucionalismo Moderno
  - # Revolução Gloriosa (Inglaterra, 1688): promulga-se o *Bill of Rights*, uma importante declaração de direitos
  - # Independência Americana (1776) foi precedida por diversas declarações de direitos
  - # Revolução Francesa (1789) foi sucedida por várias declarações, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão
- \* Fundamentos filosóficos:
  - # Dignidade humana: todo ser humano tem um valor intrínseco e é titular de direitos fundamentais
  - # Estado de Direito: é o estado de poderes limitados, que reconhece direitos fundamentais dos cidadãos
- \* Conceito de direitos fundamentais: os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

### 2. CARACTERÍSTICAS

- \* Historicidade: variam de acordo com a época e o lugar
- \* Relatividade: nenhum direito fundamental é absoluto; podem ser entrar em conflito uns com os outros e não podem ser usados para justificar atos ilícitos
- \* Imprescritibilidade: não são perdidos pela passagem do tempo
- \* Inalienabilidade: os direitos não podem ser transferidos a terceiros
- \* Indisponibilidade: o titular não pode fazer o que quiser com os direitos fundamentais
- \* Indivisibilidade: os direitos fundamentais são um conjunto. O desrespeito a um deles é, na verdade, o desrespeito a todos.
- \* Eficácia vertical e horizontal: os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)
  - # Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais:
    - a) EUA: *state action* (aplica-se apenas quando o Estado estiver presente) e *public function* (aplica-se a quem desempenhar função pública).
    - b) Teoria da eficácia indireta e mediata: s direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma indireta (mediata), por meio das chamadas cláusulas gerais do Direito Privado.
    - c) Teoria da eficácia direta e imediata: os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. Essa teoria é aceita no Brasil, tanto pelo STF quanto pelo STJ.
- \* Conflituosidade (concorrência): Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros.
- \* Aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º): as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, cabe aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) desenvolver esses direitos.

### 3. GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

	<i>1ª geração</i>	<i>2ª geração</i>	<i>3ª geração</i>
<b>Titularidade</b>	Indivíduo	Grupos sociais	Difusa
<b>Natureza</b>	Negativos	Positivos	Supraindividuais
<b>Contexto histórico</b>	Revoluções liberais	Revolução industrial e Revolução Russa	Revolução Tecnocientífica
<b>Exemplos</b>	Vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei	Saúde, educação, moradia, lazer, assistência aos desamparados, garantias trabalhistas	Meio ambiente, comunicação social, criança, adolescente, idoso
<b>Valor-objetivo</b>	Liberdade	Igualdade real (material)	Solidariedade e fraternidade

### 4. TITULARIDADE

- \* Pessoas físicas: podem ser titulares de direitos fundamentais (pessoas físicas): a) brasileiros natos; b) brasileiros naturalizados; c) estrangeiros residentes no Brasil; d) estrangeiros em trânsito pelo território nacional; e) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira (pelo ordenamento jurídico brasileiro).
- \* Pessoas jurídicas: Os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas (inclusive as de Direito Público), desde que sejam compatíveis com a natureza delas. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (STJ, Súmula nº 227).

## 5. FONTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

\* Rol constitucional não é taxativo, mas meramente exemplificativo (art. 5º, §2º)

\* Tratados internacionais: podem ter no ordenamento brasileiro três diferentes posições hierárquicas: a) hierarquia constitucional (tratados de direitos humanos aprovados pelo trâmite das emendas constitucionais: art. 5º, §3º); b) hierarquia supralegal (tratados de direitos humanos aprovados antes de 2004 – e, portanto, sem ser pelo trâmite de emenda constitucional); c) hierarquia legal, força de lei ordinária (tratados que não sejam sobre direitos humanos).

# Pacto de São José da Costa Rica: hierarquia supralegal. Revogou todas as leis que previam a prisão civil do depositário infiel.

# “É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO” (Súmula Vinculante nº 25).

# “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.” (STJ, Súmula nº 419).

## 6. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

\* Direitos fundamentais são relativos, e não absolutos.

# teoria interna: o conteúdo de um direito só pode ser definido após ser confrontado com os demais: não existem restrições a um direito, mas definições de até onde vai esse direito.

# teoria externa: as restrições a direitos fundamentais são externas ao conceito desses mesmos direitos.

\* Limites dos direitos fundamentais:

# Concorrência de direitos: O primeiro limite que os direitos fundamentais encontram é a própria existência de outros direitos, tão fundamentais quanto eles. É daqui que surgem os conflitos (aparentes) entre os direitos.

# Liberdade de conformação: o legislativo possui, em alguns casos, uma esfera discricionária de definição do direito, chamada de liberdade de conformação (=liberdade de definição).

# Reserva legal: há, porém, casos em que a própria Constituição determina que o legislador regulamente um determinado direito fundamental, especificando-o, desde que o faça por meio de lei. É o caso da chamada reserva de lei (reserva legal).

a) reserva legal simples: determinação constitucional de que um determinado assunto seja tratado apenas por meio de lei em sentido formal

b) a Constituição exige lei específica para tratar de um determinado assunto e a própria Constituição já estabelece as restrições que a lei pode estabelecer

\* Limites dos limites: “é proibido proibir o exercício do direito além do necessário” (Dimitri Dimoulis).

# Proteção do núcleo essencial: o legislador é autorizado a restringir os direitos fundamentais; não pode, contudo, restringi-los tanto que os torne inócuos ou vazios.

a) Teorias sobre o núcleo essencial: de acordo com a teoria absoluta, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado em hipótese alguma. Já de acordo com a corrente relativa, esse núcleo básico poderia variar de acordo com o caso concreto.

# Princípio da proporcionalidade: a proporcionalidade é um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entrem em conflito com outros direitos também fundamentais1..

Analisa-se compatibilidade quantitativa entre meios e fins, ou seja, a equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação destes. Para Jellinek: “não se abatem pardais com tiros de canhão”.

<b>Proporcionalidade</b>	<b>Sentido positivo</b> (proibição da proteção deficiente)	O Estado tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais de modo suficiente
	<b>Sentido negativo</b> (proibição do excesso)	<i>Adequação</i> : meio usado para restringir o direito deve ser adequado ao fim que se quer alcançar
		<i>Necessidade</i> : o meio usado para restringir o direito deve ser estritamente necessário (meio menos gravoso possível)
		<i>Ponderação</i> (proporcionalidade em sentido estrito): o direito fundamental deve ser restringido o menos possível