

# PARTE VII – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

## **CAPÍTULO I - TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **1. NOMENCLATURA ADEQUADA**

Tanto a referência à direitos humanos quanto à direitos fundamentais são adequadas e no geral querem se referir aos direitos fundamentais da pessoa humana, se alguma distinção pode ser feita será referente à origem ou à positivação.

#### **1.1. DIREITOS HUMANOS**

A referência a direitos humanos tem origem norte-americana e, em essência, diz respeito aos direitos que pertencem às pessoas humanas, independentemente do tempo e do espaço. Seriam direitos invariáveis no tempo e no espaço e por isso, ainda que não declarados, são sempre inatos aos seres humanos.

No texto constitucional atual são previstos como princípio a ser prevacente nas relações internacionais da República Federativa do Brasil (Art. 4º II).

Também são previstos como fundamentos da República Federativa pelo fato de estarem contido dentro do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso há remissão a tratados internacionais sobre direitos humanos no Art. 5º §3º.

#### **1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A expressão direitos fundamentais tem origem alemã e também procura designar um conjunto de direitos que são essenciais às pessoas humanas, são fundamentais. A tradição brasileira tem preferido tal expressão. Podemos dizer que direitos fundamentais dizem respeito aos direitos positivados, ou seja, pode-se dizer que são espécies de direitos humanos, porque são direitos humanos reconhecidos e declarados por uma determinada ordem jurídica.

Neste sentido, porém, variam no tempo e no espaço posto que dependem do reconhecimento de cada Estado dentro de seu ordenamento jurídico.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais na Constituição de 1988 são os direitos humanos reconhecidos, declarados e protegidos pelo Estado Brasileiro atualmente.

Esta expressão será a mais utilizada neste trabalho devido, principalmente, ao fato de ter sido utilizada pelo texto constitucional em vigor.

### **1.3. LIBERDADES PÚBLICAS**

A expressão liberdades públicas já não é aconselhada para qualquer direito humano ou fundamental, porque, em essência, designa apenas os direitos fundamentais de *status* negativo, ou seja, aqueles direitos que impõem ao Estado um não fazer, um não atuar, uma inação nas liberdades individuais.

As liberdades públicas referem-se a um grupo mais restrito de direitos, apenas aqueles que são exigidos contra o próprio Estado.

Liberdades públicas são direitos fundamentais (ou humanos) relacionados à propriedade, intimidade, liberdade... mas não são úteis para se referenciar direitos de igualdade material, direitos sociais e outros.

## **2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos e garantias fundamentais (direitos humanos do Brasil) são agrupados, topograficamente na Constituição em cinco espécies.

- Direitos individuais e coletivos (Art. 5<sup>o</sup>);
- Direitos sociais (6<sup>o</sup> ao 11);
- Direitos relacionados à nacionalidade (12 e 13);
- Direitos políticos (14 a 16);
- Direitos relacionados aos partidos políticos (17).

### **2.2. CONCEITOS**

Para um melhor aprendizado é necessário diferenciar alguns conceitos que permeiam tal matéria e podem muito bem ser confundidos até mesmo pelos mais experientes estudiosos, vejamos:

### **2.3. DIREITOS**

São as disposições declaratórias, é o que se atribui a alguém. O que se pretende proteger.

Direitos são disposições contidas em normas que atribuem a alguém a titularidade de uma prerrogativa sobre um bem, um valor ou ainda sobre faculdades reconhecidas pela ordem jurídica.

## **2.4. GARANTIAS**

São as disposições assecuratórias. São normas instrumentais para garantir os direitos declarados. São instrumentos formais (procedimentos, processos e ou meios) que a ordem jurídica disponibiliza para os sujeitos do ordenamento jurídico com a finalidade de evitar lesão ao direito declarado ou, havendo lesão, reparar ou minimizar os efeitos da lesão, ou ainda, fazer com que o sujeito de um direito declarado possua a capacidade de exigir dos outros sujeitos e do próprio Estado o respeito ao seu direito declarado.

### **2.4.1. Garantias fundamentais gerais**

Correspondem às garantias genéricas, atribuídas pela ordem jurídica como forma de proteção a diversos tipos de direitos declarados. Procuram proteger os indivíduos contra o arbítrio estatal e são basicamente:

**A. Art. 5º II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – Princípio da legalidade:** Assegura aos sujeitos da ordem jurídica a proteção contra exigência de conduta que não esteja prevista em lei. O princípio da legalidade, conforme será analisado de forma mais profunda em seguida, gera aos particulares a liberdade de poderem atuar conforme ou não contrário à ordem jurídica estabelecida.

**B. Art. 5º XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; - Princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário:** Assegura às pessoas a proteção de que os direitos poderão ser exigidos e tutelados em juízo, de que a lei não poderá afastar a lesão ou ameaça ao direito declarado, da proteção pelo Poder Judiciário que goza de autoridade suficiente para impedir a lesão ou repará-la.

**C. Art. 5º LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente – Princípio do juízo natural (também do promotor natural):** Significando que a possibilidade da jurisdição ser exercida em desfavor do sujeito só se dará em razão de um órgão de acusação e de julgamento previamente investidos e com previsão constitucional. Impede, principalmente, a formação de tribunais de exceção (5º XXXVII) porque o juiz natural é aquele que detém competência constitucional para julgar e imparcialidade necessária para julgar de forma justa.

**D. Art. 5º LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal – Princípio do devido processo legal:** Princípio de grande conteúdo jurídico e de essencialidade indiscutível. Analisado em vertente formal ou judicial mostra que o processo deve ser um encadeamento de atos capaz de invadir a liberdade ou a propriedade de alguém de maneira justa, previsto em lei e conduzido de forma imparcial. O Devido processo legal impõe o direito que todos têm de não serem privados da liberdade e da propriedade, ambos em sentido amplo, sem um processo em que se assegure às partes a igualdade, o conhecimento, o contraditório, a defesa, a capacidade de provar as alegações...

**E. Art. 5º LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla**

**defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – Princípio do contraditório e da ampla defesa:** Permite que todos possam interagir no processo (judicial ou administrativo) tomando ciência e tendo direito de intervir para formar a convicção do julgador com elementos probatórios lícitos, só assim o processo poderá ser devido.

**F. Art. 5º LX: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem – Princípio da publicidade dos atos processuais:** Permite que todos tenham a garantia de que o processo é conduzido de forma devida, legal, honesta, imparcial. Quando o povo ou os interessados podem tomar ciência dos atos processuais é maior a possibilidade de evitarem-se fraudes e abusos.

#### **2.4.2. Garantias fundamentais específicas – Remédios Constitucionais**

Tem por função proteger os direitos declarados de forma singular ou pelo menos de forma mais direta, a própria ordem jurídica instrumentaliza os meios e procedimentos para que se busque tutelar os direitos por ela declarados, como serão estudados de forma mais profunda em capítulo à parte, fica apenas a menção aos remédios do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

#### **2.4.3. Garantias fundamentais nas próprias normas jurídicas**

Não só de garantias genéricas ou de remédios os sujeitos da ordem jurídica tem proteção aos direitos declarados pelo texto constitucional, no próprio rol de direitos e garantias podem ser citados:

- Ao direito à vida corresponde a garantia da proibição, como regra, de pena de morte;
- Ao direito à liberdade correspondem garantias de Direito Penal e de Processo Penal;
- À liberdade de manifestação do pensamento há a garantia da proibição de censura;
- À inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e liberdade de exercício de cultos religiosos exige-se a garantia, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.
- À liberdade de associação existe a proibição do Estado de exigir autorização para criação de associações, a proibição de interferência estatal em seu funcionamento e a exigência de decisão judicial transitada em julgado para a dissolução compulsória das associações.

### **2.5. DEVERES**

Os deveres constituem em obrigações que a ordem jurídica impõe, ou seja, em situações de fazer ou não fazer algo para a necessária convivência harmônica na sociedade.

Os deveres não precisam ser redigidos de forma tal, posto que quando se atribui um direito ao sujeito da ordem jurídica, como por exemplo o direito à vida privada, está se estabelecendo aos demais sujeitos da ordem jurídica o dever de respeito ao direito declarado ao primeiro.

### **3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1. HISTORICIDADE**

Os direitos fundamentais têm caráter histórico, são frutos de uma lenta e contínua evolução em que os debates e confrontos no seio social fazem surgir declarações de direitos em prol da convivência mais harmônica e mais humana entre os seres.

Os direitos declarados são como revelações de direitos humanos já naturais ou como formas de descobertas de direitos que ainda não haviam sido identificados no atual estágio de evolução.

Ponto fundamental é entender que a historicidade dos direitos fundamentais irá levar, fatalmente, à idéia de que os novos direitos declarados não excluem os anteriores, ou seja, as declarações que se sucedem sempre devem primar pela agregação ou acumulação, jamais pela revogação de direitos fundamentais. Por isso a tendência dos direitos fundamentais é a acumulação ou ampliação, a descoberta de novos direitos.

##### **3.1.1. Embriões das declarações de direitos**

Antes das declarações de direitos das revoluções liberais burguesas do século XVIII, os homens já contavam com alguns avanços em relação à humanização dos direitos, são tidos como fenômenos importantes para se chegar as declarações de direitos o Cristianismo e a Magna Carta do Rei João Sem Terra em 1215 na Inglaterra.

##### **3.1.2. 1ª Geração ou dimensão**

Os primeiros direitos fundamentais surgem com o fenômeno do **Constitucionalismo** – elaboração das primeiras constituições escritas – Declarações Americana de 1787 e Francesa de 1791.

O período histórico é o século XVIII e XIX em que a revolução francesa e a conseqüente instauração do **liberalismo** fizeram com que o povo conquistasse, contra o próprio Estado, um conjunto de prerrogativas **individuais, civis e políticas**.

Os primeiros direitos fundamentais são considerados como liberdades clássicas, **negativas** ou formais porque apregoavam uma inação do Estado, o Estado deveria abster-se de invadir a esfera mínima de direitos relacionados à liberdade individual e particular. A burguesia que ascende ao poder deseja que o Estado não interfira nos negócios privados e o Estado assume o papel de **Estado-polícia** ou o Estado do “deixe fazer deixe passar”.

Estes primeiros direitos civis e políticos – individuais por natureza, surgem das teorias jusnaturalistas que dedicavam ao homem um conjunto de prerrogativas que este seria titular por natureza, pelo fato de ser homem deveria ter um conjunto de direitos mínimos contra a intervenção abusiva do Estado. Lembre-se que o período histórico anterior era o absolutismo em que o rei era o senhor de tudo, exercia o *jus imperium* em sua forma mais ampla

possível e por isso não havia limitações ao poder estatal. Portanto, apesar das críticas que os primeiros direitos e seu regime liberal sofrem a *posteriori*, cabe dizer que estes primeiros direitos foram por demais importante, porque fixaram um **limite ao poder estatal** principalmente ao se fixar o princípio da legalidade (**Estado de Direito** – princípio da liberdade aos particulares), o direito à resistência, à revolução (Poder Constituinte), à propriedade e à segurança.

São exemplos clássicos, na maioria dos casos previstos no Art. 5º: Direito de propriedade; Direito de contratar (autonomia da vontade como manifestação do direito de propriedade); Direito de manifestar o pensamento religioso – direito de crença; Liberdade política de participar do governo (eleger e ser eleito); Direito à vida; Direito à liberdade religiosa; Direito à Liberdade de expressão; Direito à Intimidade; e Princípios contra a tributação excessiva;

São lembrados pela palavra **Liberdade**.

### 3.1.3. 2ª Geração ou dimensão

Os direitos declarados na segunda dimensão ou geração de direitos fundamentais dizem respeito ao debate de classes surgido, principalmente, **após a revolução industrial** na segunda metade do século XIX e início do século XX.

Lembre-se que o regime de produção capitalista inaugurado com o Estado liberal foi, por demais, agressivo no seu início. O regime de liberdade adquirido na primeira dimensão permitiu a excessiva exploração do homem pelo homem – contando o fato de que não havia um regime institucionalizado de escravidão.

No entanto, esta **profunda desigualdade** de classes faz nascer uma grande pressão por parte dos trabalhadores, necessitados, pobres, desamparados por melhores condições de trabalho e de vida. A época que a sociedade europeia vivia era de grande êxodo para as cidades, aquelas imensas massas de desempregados se sujeitavam a jornada de trabalho de até 20 horas diárias e por míseros salários, isso porque cada um era declarado livre para aceitar ou não tal forma de exploração. Veja que a igualdade declarada na primeira dimensão foi utilizada como forma de se aumentar as desigualdades reais já existentes na sociedade. O capitalismo não resistiria em regime de exploração tão grande.

Então, com as grandes manifestações dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, pelo fato de a maior parte da população não ter assegurado o mínimo básico para usufruir da liberdade adquirida, em razão de não ter assistência social, saúde, moradia, educação, saneamento... A burguesia é obrigada a ceder e admitir uma segunda onda renovatória para os direitos fundamentais: **Os direitos sociais**.

No **início do século XX começa a constitucionalização** dos direitos sociais, a Constituição Mexicana de 1917 inaugura o período e a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919 são as primeiras constituições a trazerem direitos relacionados aos trabalhadores, à ordem social, à economia, cultura, lazer. O Brasil experimenta a constitucionalização de direitos sociais com a Constituição de 1934.

Na idéia de ampliação que a historicidade dos direitos fundamentais revela, os direitos de segunda dimensão deixam de ser apenas individuais para alcançar o homem dentro de uma **coletividade**.

A mudança de paradigma do Estado faz surgir o **Estado do Bem Estar Social** – *Welfare State* como forma de manutenção do regime capitalista – agora atenuado, agora um capitalismo mais social.

Os direitos declarados nesta segunda fase exigem o **Estado atuante, intervencionista, presente**, forte e exageradamente grande para cuidar de assuntos os mais diversos, como previdência, assistência, seguro desemprego, férias e descanso aos trabalhadores, salário mínimo, condições de higiene e segurança no trabalho, prover a cultura, regular a economia, instalar hospitais e escolas a todos que necessitam...

Nesta segunda dimensão assiste-se ao surgimento das **normas programáticas** – já estudadas anteriormente – que jurisdicizam pretensões positivas, metas, que procuram dirigir o Estado para o atendimento daquelas pretensões.

Por último cabe dizer que também se vê avanços na esfera política porque se apregoa a **universalização do sufrágio** e a inclusão das minorias.

A palavra essencial da segunda dimensão é a **Igualdade**. Igualdade material (tratar desigualmente aos desiguais). O papel do Estado é dar mais a quem tem menos, é proteger os necessitados e carentes.

### 3.1.4. 3ª Geração ou dimensão

Os direitos e avanços da segunda dimensão foram importantes para trazer o Estado de volta ao seu papel de regulador da economia, de árbitro das relações privadas, porém, também trouxe críticas porque o **Estado** maximalista se mostrou **ineficiente** para cuidar do essencial. O Estado se perde na burocracia e no gigantismo – daqui em diante se nota a privatização como fenômeno comum em âmbito mundial – é o neoliberalismo.

Com o final do século XX e a ampliação da democracia e a globalização de mercados e de culturas passa-se a buscar um papel intermediário para o Estado.

Esta quebra de paradigma experimentada no novo Estado faz surgir o **Estado Democrático Social de Direito ou Estado de Direito Social Democrático** (ou outro nome que se aproxime). Ou seja, um Estado que não abandona a idéia da liberdade dos indivíduos (Direito), não abandona seu papel de árbitro das relações sociais (Social), mas que procura trazer a responsabilidade a todos (Democrático), passa a exigir a presença da coletividade em sentido amplo.

Neste período pós Segunda Guerra Mundial se estabelece a **diferença entre público e estatal**, porque nem tudo que é público é estatal, educação, cultura, saúde e outros direitos devem ser fomentados e custodiados por todos e não só pelo Estado. Note a questão do princípio da solidariedade usado como fundamentação para permitir a tributação de aposentados no Brasil e perceberá bem está idéia que rege a terceira dimensão de direitos.

Os direitos fundamentais desta terceira dimensão são caracterizados pela **titularidade coletiva em sentido lato**, ou seja, são direitos transindividuais, direitos relacionados à fraternidade, à **solidariedade** e à difusão de direitos no seio da sociedade.

São exemplos claros desta nova visão de direitos fundamentais: a proteção ao **meio ambiente** equilibrado para estas e para as futuras gerações, o direito à paz entre os povos, proteção ao **consumidor**, direito ao desenvolvimento sustentável, à autodeterminação dos povos e a igualdade material em nível internacional com a crescente pressão de que os países ricos devem ajudar os países pobres porque são responsáveis por esta desigualdade.

O novo Estado é incentivador dos **grupos sociais organizados**, identifica-se a multiplicação das ONGs e demais grupos institucionalizados como a sociedade civil organizada, as associações, sindicatos e outros grupos.

A mudança de visão também faz a mudança de programas sociais, enquanto na segunda dimensão de direitos é típico do Estado o assistencialismo (política do pão e leite, da cesta básica...), nesta nova visão o Estado deve exigir uma contraprestação para os programas sociais (alfabetização solidária, bolsa-escola, incentivo ao esporte, aumento do nível educacional...).

Finalizando cabe ressaltar que também existem avanços no que se refere às **garantias institucionais** como a maior atenção ao funcionalismo público, a autonomia municipal (já que é na comuna que está a maior participação possível da sociedade), a exclusão de tribunais de exceção, garantias aos juízes, maior preservação da liberdade de comunicação e de imprensa.

A palavra marcante desta terceira dimensão é a **Fraternidade**.

### **3.1.5. 4ª Geração ou dimensão (Paulo Bonavides)**

Paulo Bonavides entende que a quarta dimensão de direitos humanos surge a partir da década de 70 e são direitos relacionados aos povos como seres humanos, habitantes de um mesmo planeta e por isso com interesses e direitos em comum.

Cita o autor: a democracia como única forma de melhorar as relações sociais em sentido macro, a globalização, o acesso à tecnologia e a informação como direitos típicos de serem implementados ao longo desta quarta onda renovatória.

### **3.1.6. 4º Geração ou dimensão (Norberto Bobbio)**

Norberto Bobbio tem visão diferente dos direitos da quarta dimensão. Para ele a partir da década de 90 e início do século XXI surgem novos direitos que decorrem dos avanços na engenharia genética.

Segundo Bobbio a preocupação da quarta dimensão será com a proteção do acervo genético da humanidade. Nota-se que a discussão começa a surgir na legislação infraconstitucional com a questão da soja transgênica, da lei de biossegurança, da lei de utilização de células troncos, já há legislações

alienígenas (estrangeiras) que falam da proibição de clonagem, de transplante de face, da inseminação artificial e suas conseqüências...

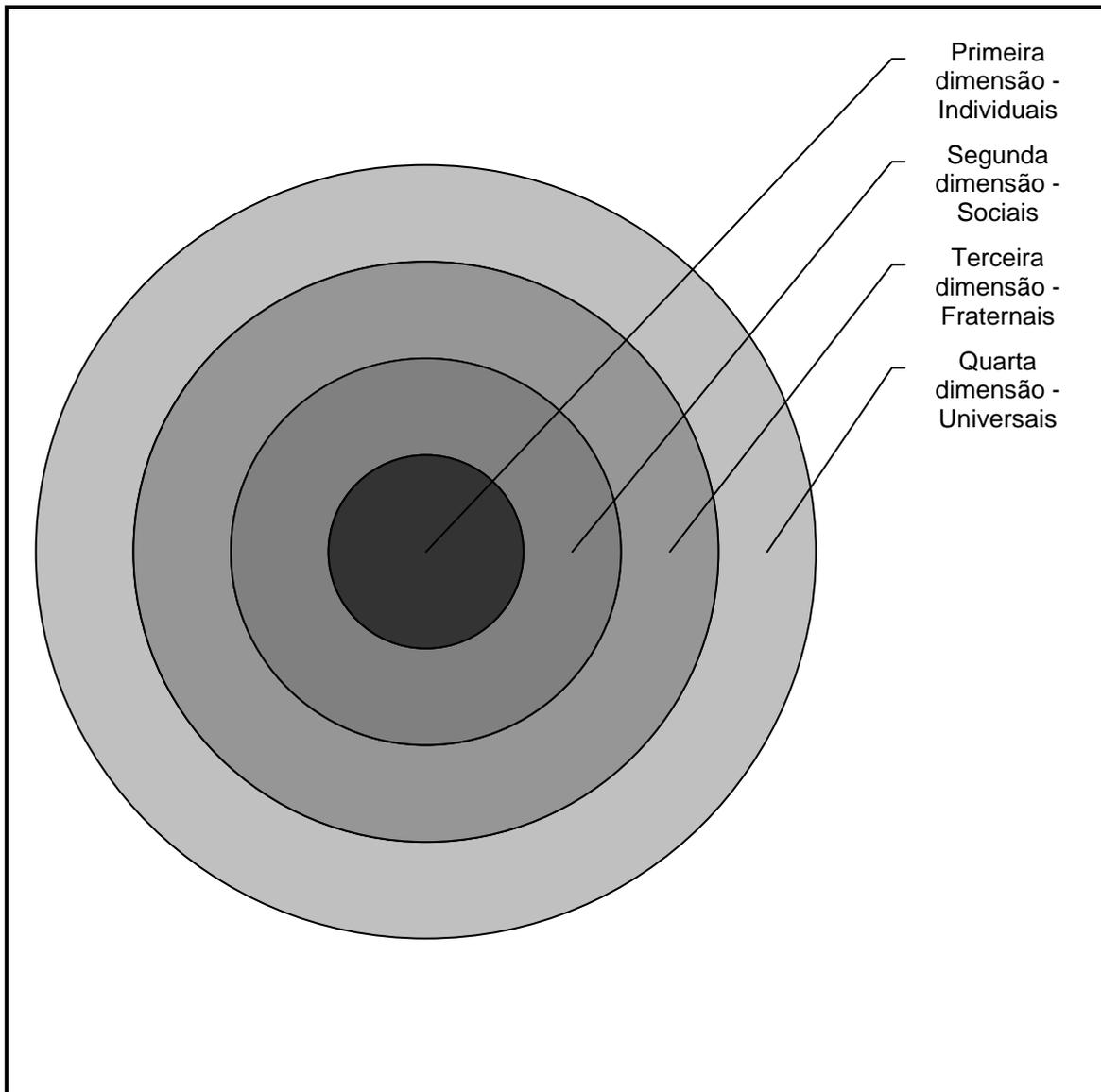
### 3.1.7. Algumas considerações importantes

A quarta geração ou dimensão de direitos ainda não se mostra bem consolidada tendo em vista a falta da constitucionalização de tais direitos e, na maioria das vezes ainda não se teve também a quebra de paradigma do Estado anterior. Então, para as provas de concursos se faz mais importante a consolidação das três primeiras dimensões que podem ser lembradas pelo lema utilizado na revolução francesa: **Liberdade, Igualdade e Fraternidade**.

Diz o STF:

**MS 22.164 (STF):** “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)

Pode-se pensar na ampliação de direitos fundamentais com a seguinte idéia:



### **3.2. UNIVERSALIDADE**

Os direitos humanos, até pela caracterização de humanos, são para todos os seres humanos. Dirigem-se ao ser humano em razão da natureza de homem, em caráter abstrato.

Porém, não se destinam só ao ser humano, também se dirigem aos seres abstratos que o homem cria como forma de serem titulares de direitos, como são as pessoas jurídicas e, se destinam ainda, aos Entes atípicos – sem personalidade jurídica própria.

Como regra os direitos fundamentais devem ser concedidos a todos, excetuando-se regra constitucional ao contrário ou a lógica do sistema, deve-se interpretar os direitos fundamentais no sentido da concessão, da proteção e não no sentido da restrição.

Vale o princípio “*in dubio*” pro concessão de direitos e garantias.

### 3.2.1. O *caput* do art. 5º em termos de universalidade de direitos fundamentais

O artigo 5º *caput* traz uma redação que se mostra bastante restritiva ao se que refere aos estrangeiros, diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

Repare que a Constituição procura, claramente, fazer a universalização ao dizer que “Todos são iguais perante a lei”, desta forma a interpretação do que vem em seqüência deverá ser tendente à ampliação, por isso, a natureza restritiva da expressão “estrangeiros residentes no País” já foi devidamente ampliada (interpretação extensiva) pelo STF no sentido de que os estrangeiros de passagem, no território brasileiro, também possuem direitos fundamentais no Brasil.

Existem oito tipos de vistos que o estrangeiro pode receber e, destes, cinco tipos permitem a residência – entretanto o direito se estende a todos que estejam sobre a proteção do Brasil (no território ou em suas extensões – embaixadas...);

**HC 74.051 (STF):** “A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais.” (HC 74.051, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/09/96)

### 3.2.2. Quanto às pessoas naturais

Logicamente os brasileiros, em princípio, natos ou naturalizados são titulares dos direitos fundamentais, até porque, como foi visto pode-se dizer que os direitos fundamentais na Constituição são os direitos humanos dos brasileiros.

Também foi visto que os estrangeiros (e os apátridas), em princípio, residentes e não-residentes também são destinatários de direitos fundamentais enquanto protegidos pelo manto da soberania brasileira.

### 3.2.3. Pessoas jurídicas de direito privado

Como regra os direitos fundamentais das pessoas naturais poderão ser estendidos às pessoas jurídicas, porém, aqui existem alguns “pegas” que o candidato deve ficar atento.

As pessoas jurídicas de direito privado, são basicamente: Associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, sindicatos e partidos políticos. Alguns direitos fundamentais são típicos delas, como os incisos XVII a XXI do art. 5º (tratam de associações), o art. 8º (trata de sindicatos) e o art. 17 (trata de partidos políticos).

Nesta qualidade gozam dos direitos:

- **À vida:** Embora não tenham vida fisiológica/biológica possuem direito à existência e por isso se atribui aos entes jurídicos a capacidade de defender em juízo o direito à existência como prerrogativa do direito à vida. Tanto é que o artigo 5º XIX diz que: as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

- **Igualdade:** Possuem prerrogativas de serem tratados com igualdade nos termos constitucionais e legais.
- **Direito à honra e ao dano moral ou à imagem:** A empresa tem uma imagem, um bom nome na praça e por isso pode exigir o respeito à sua imagem, porém apenas quando as relações comerciais ficam prejudicadas, ou quando sofre restrições de crédito ou outro prejuízo objetivo é que se comprova o dano à pessoa jurídica.
- **Direito de propriedade:** É ponto pacífico que a pessoa jurídica pode ter propriedade e exigir o seu respeito.
- **Devido processo legal e suas conseqüências processuais:** As pessoas jurídicas podem atuar em juízo e por isso gozam do direito ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito de defesa técnica.
- **Acesso à informação:** Também a pessoa jurídica tem direito de obter informações dos órgãos públicos.
- **Assistência jurídica:** Quando demonstrada a insuficiência de recursos para atuar em juízo mediante advogado particular poderá a pessoa jurídica utilizar de assistência jurídica patrocinada pelo Estado.

Vários outros direitos podem ser estendidos à pessoa jurídica, mas vamos ficar por aqui para não tornar o rol cansativo.

Embora o rol a ser estendido seja bem grande há que se preocupar com alguns direitos que não são dados às pessoas jurídicas (em razão da impossibilidade fática):

- **Locomoção:** Não se locomove, o empreendimento pode ser móvel como é o caso de um carrinho de cachorro-quente, porém, a mobilidade é sempre da pessoa natural e não da pessoa jurídica. Também não há que se falar na mudança da sede, posto que nesta situação não há propriamente uma locomoção e sim uma alteração no registro da pessoa jurídica em razão da modificação do local do empreendimento.
- **Propor ação popular:** Inclusive é o teor da Súmula 365 do STF: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

#### 3.2.4. Pessoas jurídicas de direito público

A doutrina tem reconhecido que o Estado é também detentor de direitos fundamentais e, assim como as pessoas jurídicas privadas tem direito à propriedade e até mesmo à requisição de bens privados para utilização em caso de iminente perigo público (5º XXV).

#### 3.2.5. Entes atípicos

A doutrina majoritária entende que os entes atípicos (não são pessoa jurídicas nem naturais) podem usar direitos compatíveis (de pessoas jurídicas),

são exemplos de entes atípicos: Entes morais, sociedades de fato, condomínio, espólio, massa falida e o nascituro;

### 3.2.6. Relações privadas

É pacífico que os direitos fundamentais se aplicam em relações privadas, o próprio STF já se manifestou neste sentido e o Ministro Gilmar Mendes deu o seguinte voto no RE abaixo onde se questionava o direito de um associado ter o devido processo legal na hora de ser excluído de uma associação:

**RE 201.819 (STF):** “O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos. Valho-me aqui de estudo por mim realizado constante da obra 'Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade — Estudos de Direito Constitucional', sob o título 'Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas' (...). Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação. É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem. Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está freqüentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros. (...) Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público — ainda que não estatal — desempenhado pela entidade, peço vênias para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminentíssima Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento. (RE 201.819, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo 405).

A principal diferença é que as relações que envolvem direitos fundamentais são, em sua maioria, entre o particular e o Estado.

Ocorre que existe desigualdade jurídica entre o Estado e o particular e por isto esta relação (Estado x indivíduo) é denominada uma relação vertical. Já quando há uma relação entre particulares disputando direitos fundamentais em juízo a relação passa a ser de igualdade jurídica, por isso dita relação é uma relação horizontal de direitos fundamentais.

## 3.3. AMPLIAÇÃO

Tendo em visto a historicidade dos direitos fundamentais e sua capacidade de expansão tem-se por característica a ampliação dos direitos fundamentais.

Assim é de se verificar que os direitos fundamentais são redigidos no texto constitucional já com a cláusula de abertura, ou seja, já previsto como rol não fechado, como rol não taxativo, não exclusivo. O rol de direitos fundamentais não exclui outros direitos e por isso é um rol aberto, rol não limitativo.

O artigo 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A cláusula de abertura ora em análise permite a extensão de direitos fundamentais por duas vias:

### 3.3.1. Direitos decorrentes

**Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados:** Os direitos fundamentais podem estar expressos em outros pontos da Constituição, não se subsumem ao artigo 5º ou do 5º ao 17 – “direitos decorrentes do regime por ela adotados” conforme já foi visto ao se tratar da decisão do STF que considerou os limites à tributação como direitos fundamentais insuscetíveis de abolição por meio de Emenda. Outra questão ainda sobre discussão é a questão se poderia ser feita a diminuição da imputabilidade penal, pois, embora muitos não sabem é matéria constitucional regulada no artigo 228 da CF: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” Neste caso ainda não houve manifestação do STF, porém, grande parte da doutrina que enfrenta o tema entende que a inimputabilidade até 18 anos é também direito fundamental.

Também podem estar implícitos (“**direitos decorrentes dos princípios por ela adotados**”), ou seja, podem ser decorrência da interpretação da Constituição, conforme o STF entende ser decorrente da cláusula do devido processo legal e do Estado de Direito o princípio implícito da proporcionalidade ou razoabilidade.

Pode-se concluir o seguinte:

- O que está no Art. 5º, seja regra, ou seja, princípio, está protegido por cláusula pétrea e somente emenda que não tenha por pretensão a abolição poderia ser aceita nestas matérias. O legislador infraconstitucional só poderá restringir a aplicação de tais direitos quando agir com razoabilidade (será visto à frente) ou quando autorizado expressamente, nos limites da autorização constitucional (novamente com razoabilidade).
- O que está entre o Art. 6º e 17 poderá ser um princípio protegido, desde que seja reconhecido pela jurisprudência constitucional como princípio protetor da dignidade humana, porém a regra porventura existente que implementa o princípio poderá ser flexibilizada (adequação legislativa). Em outras palavras o princípio poderá ser protegido mediante interpretação do STF e a regra que o efetiva poderá ser alterada desde que não venha a inviabilizar a eficácia do princípio a cuja regra buscava implementar (novamente a flexibilidade da regra deverá se feita de forma razoável).

### 3.3.2. Direitos constantes de tratados

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte: Neste ponto a interpretação deverá levar em conta a reforma do Judiciário e a criação do art. 5º §3º que, expressamente, permite que os direitos fundamentais constantes de tratados internacionais tenham *status* constitucional.

#### A. Tratados internacionais anteriores à EC 45/2004 dependiam de:

- Assinatura do Presidente da República, posto que ele é o Chefe de Estado e competente, segundo o artigo 84 VIII, para tanto.
- Ratificação do tratado pelo Congresso Nacional por Decreto Legislativo, nos termos do artigo 49, I por maioria simples.
- Edição de decreto executivo do Presidente da República publicando o tratado internacional já ratificado pelo Congresso.

O STF entendia que, como o tratado internacional era aprovado pela forma de maioria simples (ou relativa), não poderia, tendo em vista a rigidez constitucional e sua conseqüente supremacia formal, alterar, revogar ou acrescentar normas no ordenamento jurídico nacional com *status* constitucional.

Um exemplo bastante ilustrativo diz respeito ao pacto de direitos interamericanos, o Pacto de São José da Costa Rica, decreto 678/92 que estabelecia em seu art. 7º item 7: “Ninguém deve ser detido por dívida, exceto por obrigação alimentar”, excluindo por interpretação lógica a possibilidade de, no Brasil, alguém ser preso pelo fato de ser depositário infiel. A CF estabelece que (Art. 5º LXVII): “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”, este conflito de normas fez com que o STF interpretasse a norma do tratado como norma infraconstitucional, não sendo, portanto, apta a revogar ou suspender a norma constitucional.

**B. Tratados após a EC 45/2004:** Os direitos fundamentais constantes de tratados ou convenções internacionais poderão ingressar o ordenamento jurídico com equivalência às normas constitucionais. A partir de então, quando houver conflito entre a norma constitucional e o tratado irá prevalecer a norma mais benéfica. A redação do artigo 5º §3º é:

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.

Os tratados que forem formalizados com o novo procedimento também seguirão as fases normais, ou seja, serão assinados pelo Presidente da República, o Congresso Nacional terá a discricionariedade para escolher se seguirão a nova forma ou a forma anterior (dois turnos ou um turno, três quintos ou maioria simples) e, após ratificados, serão publicados pelo Presidente da República, já que não se tratam propriamente de Emenda Constitucional e sim de tratado internacional com equivalência hierárquica a emendas constitucionais.

Há doutrina que entende que o Congresso Nacional poderia dar nova forma aos tratados já internalizados desde que passasse novamente pelo processo de ratificação, isso traria a hierarquia superior e, portanto, maior estabilidade para os tratados internacionais que já haviam sido ratificados.

### C. Conclusão sobre tratados internacionais:

- Tratados internacionais sobre assuntos diversos que não sejam direitos humanos já ratificados (antes da EC 45/2004), necessariamente terão **status de lei ordinária**.
- Tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC 45/2004 já aprovados por maioria simples continuam a ter **status de lei ordinária**.
- Tratados internacionais sobre assuntos diversos que não sejam direitos humanos aprovados após a EC 45/2004, só podem ser aprovados pela forma tradicional (maioria simples e um turno) e por isso continuarão a ter **status de lei ordinária**.
- Tratados internacionais sobre direitos humanos após a EC 45/2004 que forem aprovados por maioria simples (forma tradicional) também terão **status de lei ordinária**. Entende-se que o Congresso não é obrigado a aprovar pelo procedimento especial (semelhante à Emenda), conforme a expressão “que forem aprovados”.
- Tratados internacionais, sobre direitos humanos após a EC 45/2004 que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão **status de emenda constitucional**.

## 3.4. LIMITABILIDADE OU RELATIVIDADE

Os direitos não são absolutos.

José Afonso da Silva cita a liberdade de pensar ou de consciência e crença como direito absoluto tendo em vista que não há como o direito tutelar o íntimo, o pensamento. Porém, a própria manifestação do pensamento já sofre restrições. Por isso, deve-se ter em mente a regra de que os direitos fundamentais, assim como outros direitos, não são absolutos e podem sofrer condicionamentos em abstrato ou em concreto.

Há, basicamente, duas maneiras de os direitos fundamentais sofrerem restrições, serem relativizados ou limitados. A primeira seria a restrição imposta, em abstrato, pelo legislador ao criar leis restritivas de direitos fundamentais. A segunda se daria Poder Judiciário, na sentença, de forma concreta, quando há colisão de direitos fundamentais e há que dar prevalência de um direito em detrimento de outro, de acordo com a situação em análise.

No caso de conflito entre direitos fundamentais o papel do intérprete é buscar a **harmonização prática** visando também o **princípio da máxima efetividade** que deve reger os direitos fundamentais, pois, ainda que a regra é que os direitos não são absolutos, também há outra regra de que os direitos devem gozar da máxima efetividade possível dentro do ordenamento jurídico.

Algumas premissas a serem seguidas na questão sobre a limitação dos direitos fundamentais:

**A.** As restrições, quando houver colisão nos casos concretos, deverão ser feitas de acordo com critérios de **proporcionalidade** para que a ponderação não afete demasiadamente um direito em detrimento de outro, ou seja, ao se partir para a restrição de um direito fundamental a restrição deverá ser a mínima possível.

**B.** O **princípio da concordância prática ou da harmonização** dos direitos fundamentais implica que nunca se revogará um direito em detrimento de outro, apenas pode-se diminuir o âmbito de abrangência (ou incidência) de acordo com o caso concreto. Os direitos fundamentais não se revogam pela colisão em casos concretos ou o aparente conflito, mesmo que um direito não prevaleça num caso concreto não há impedimento de que ele prevaleça em outro caso.

**C.** Não existem direitos fundamentais mais importantes, em abstrato, do que outros, tendo-se por base a premissa de que a Constituição é uma **unidade em harmonia** e que não há hierarquia entre normas constitucionais há de se fazer a verificação de qual situação será mais ou menos valorada apenas no caso concreto, na prática, não há como fixar-se de antemão, em abstrato, qual direito irá prevalecer.

**D.** Os direitos fundamentais não servem de escudo para a prática de atividades ilícitas e por isso é possível a restrição aos direitos fundamentais caso seja verificada a utilização destes para encobrir atividades ilícitas.

**HC 82.424 (STF):** "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." (HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04)

**E.** As situações excepcionais (Estado de defesa ou de sítio) permitem a restrição a certos direitos fundamentais – conferir, especialmente, os artigos 136 e 139.

**Decisão do STF:** Bem de família de fiador pode ser penhorado, entende o plenário

O único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. A decisão foi tomada por maioria pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que rejeitou um Recurso Extraordinário (RE 407688), no qual a questão era discutida.

(...)

#### **O julgamento**

Durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência.

(...)

Mas prevaleceu o entendimento do relator. Por 7 votos a 3, o plenário acompanhou o voto do ministro Cezar Peluso e negou provimento ao Recurso

Extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

**MS 23.452 (STF):** "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." (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/00)

**MS 24.369 (STF):** "Delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, art. 5º, X). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito. Considerações doutrinárias. Liminar indeferida." (MS 24.369, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/10/02)

### 3.4.2. Limitações no próprio texto constitucional (rol exemplificativo)

- A vida não impede pena de morte em caso de guerra declarada;
- A liberdade de locomoção não impede a prisão em flagrante ou em virtude de decisão judicial;
- A presunção de inocência não impede prisão cautelar por ordem judicial;
- O direito de propriedade não impede a desapropriação;
- A igualdade não impede desigualdades razoáveis, baseadas em critérios úteis, necessários ou proporcionais, como a desigualdade entre natos e naturalizados quanto a cargos ou para extradição ou entre homens e mulheres quanto à licença em razão de nascimento de filho ou para aposentação e outros...

### 3.4.3. Limitação ao legislador – Princípio da proibição de excessos

Ao regular situações em que haverá necessidade de se restringir direitos fundamentais, ou seja, imposição de limitações aos direitos fundamentais, o legislador também tem limites que devem ser respeitados sob pena de a lei ser considerada inconstitucional por ausência de razoabilidade.

Os limites do legislador ao legislar limitando direitos fundamentais tem recebido o nome de “Teoria dos limites aos limites”.

Outra forma de limitar o legislador é criar reserva legal simples (Art. 5º VI ou VII) ou reserva legal qualificada (Art. 5º XII) porque o legislador fica condicionado a certa espécie normativa ou a certa espécie e certos fins (veja sobre o princípio da legalidade nos comentários aos direitos fundamentais em espécie).

O STF entende que o princípio do devido processo legal – 5º LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal – não deve ser visto apenas em sua acepção formal (para o processo judicial), mas sobretudo, deve ser visto como forma de averiguar se uma lei que interfira na propriedade ou na liberdade das pessoas foi razoável.

Caso seja detectada na lei restritiva de direitos fundamentais a sua **dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)**, poderá o STF, segundo palavras do Ministro Gilmar Mendes, declarar a lei em questão inconstitucional com base na cláusula do devido processo legal em sua acepção substantiva.

Portanto, o devido processo legal é uma limitação ao legislador no momento de estabelecer limitações aos direitos fundamentais, por isso o STF tem usado tal princípio para declarar a inconstitucionalidade de leis que sejam desarrazoadas.

**A. Princípio da proporcionalidade ou limitação ao excesso:** Nasce em França decorrente da “jurisdição administrativa”, ou seja, vem do Direito Administrativo para o Constitucional. Na França caberia recurso administrativo quando o ato tivesse eivado de excesso de poder (desvio de poder).

**B. Princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso:** Na origem alemã o princípio da proporcionalidade também deriva do Direito Administrativo e visa controlar o poder de polícia que não pode ultrapassar as medidas necessárias para proporcionar o bem comum. O Tribunal Constitucional Alemão elevou o princípio da proporcionalidade à matéria Constitucional ao decidir que o legislador não deve exceder na sua liberdade de inovação do ordenamento jurídico criando leis que restrinjam excessivamente os direitos fundamentais, ou seja, a base constitucional é o próprio Estado de Direito.

**Segundo o Tribunal Constitucional Alemão:** “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequada quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”.

**C. Princípio razoabilidade:** Com este nome os americanos têm-se utilizado da cláusula do devido processo legal para que os juízes possam dizer quando uma lei feriu ou não, excessivamente, um direito fundamental. O devido processo legal passou de uma visão adjetiva, processual para uma visão material, substantiva. Quando analisado pelo lado formal, processual o devido processo legal impõe a garantia de que o

processo será ordenado conforme a legalidade. Já na acepção substantiva, material, o devido processo legal significa que a legislação restritiva de direitos tem de ser necessária, adequada e contenha as justas medidas para alcançar o objetivo visado.

#### **3.4.4. Subprincípios da Razoabilidade ou Proporcionalidade em sentido amplo**

A razoabilidade ou proporcionalidade em sentido amplo impõe ao legislador que este verifique a legitimidade dos meios utilizados, ou seja, verifique se está atendendo à reserva legal e, especialmente:

**A. Princípio da Adequação:** Seja verificada a pertinência entre a norma a ser produzida e a finalidade que se deseja ver alcançada, ou seja, verificar a utilidade daquela restrição para atingir o resultado desejado. A resposta da pergunta “O meio escolhido é hábil para a obtenção do resultado esperado?” deverá ser positiva ou a lei já é considerada inconstitucional. Nesta primeira análise não se verifica se há ou não outro meio e, havendo, se este outro meio seria mais gravoso. A análise agora é somente sobre a possibilidade de resolver o problema que a lei se propôs.

**B. Princípio da Necessidade:** Seja verificada a real indispensabilidade da restrição a ser implementada e se tal restrição é a menos gravosa entre as possíveis (princípio da menor lesão). Deve ser respondida positivamente a seguinte questão: “Este meio é indispensável?” e, negativamente, a seguinte questão: “Não existe outro meio menos gravoso?”. Para que uma lei seja declarada inconstitucional por desnecessidade é importante que haja outro meio menos gravoso – menor restrição – e apto a produzir o mesmo efeito ou um efeito melhor – meio mais idôneo. Lembrando que só se analisa a necessidade após passar pelo filtro da adequação, algo só pode ser necessário se for adequado, porém, nem tudo que é adequado poderá ser necessário.

**C. Princípio da Proporcionalidade:** Que impõe ao legislador a verificação da compatibilização entre os resultados alcançados e as restrições impostas, verificando, em caráter pragmático a proporção entre os fins e os meios, entre resultados e objetivos, entre ganho obtido e restrição realizada. Deve ser respondida positivamente a seguinte pergunta: “O bem proporcionado compensou a restrição efetuada?”. Em algumas ocasiões é possível verificar que ao passar pelo exame da necessidade ainda outros exames poderão ser feitos. Gilmar Ferreira Mendes cita que:

- O legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial objeto da proteção constitucional;
- O legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;
- O legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade;

- Se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias evitando as situações traumáticas, de difícil superação.

**ADIn 1.511-MC (STF):** "Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa." (ADI 1.511-MC, voto do Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/03)

**ADIn 1.158-MC (STF):** Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 52 LIV, da Constituição — deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

### 3.4.5. Reserva jurisdicional

A reserva jurisdicional se compõe de uma garantia dos indivíduos de que determinada intervenção a um direito fundamental dependerá de ordem judicial, sendo excluídos até mesmo as autoridades que, de qualquer forma, possuam poderes semelhantes ou equiparados aos juízes.

Nas matérias de reserva jurisdicional qualquer autoridade administrativa (delegado, diretor, corregedor...), do Ministério Público (promotor, procurador...) ou mesmo Parlamentar (CPI ou outras comissões) estão excluídas de causar lesão ao direito fundamental protegido pela reserva jurisdicional.

São exemplos:

- A. Busca e apreensão domiciliar – art. 5º XI;
- B. Violação de comunicação telefônica enquanto ela ocorre, ou seja, interceptação telefônica – art. 5º XII;
- C. Determinação de culpabilidade no âmbito penal (pena em razão de crime) – art. 5º LVII;
- D. Decretação de prisão cautelar – art. 5º LXI.

## 3.5. INTERDEPENDÊNCIA

Os direitos fundamentais se **interagem** com as garantias fundamentais para **formar uma rede de proteção** do indivíduo contra o Estado ou mesmo para exigir deste a prestação de serviços essenciais para a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido os **direitos fundamentais estão interligados às garantias** fundamentais porque os direitos necessitam das garantias para assegurar uma proteção efetiva. Por isso vê-se no texto constitucional que a liberdade de locomoção é atribuída em época de paz e é protegida por meio de *habeas corpus*. Também se vê que o acesso à informação é gratuito e por isso o remédio do *habeas data* também será gratuito.

### **3.6. COMPLEMENTARIEDADE**

Os direitos e garantias fundamentais se complementam na medida em que **um direito não pode ser interpretado isoladamente**, sem observar-se a rede protetiva que a Constituição cria.

Por exemplo, trabalhando com o princípio do devido processo legal, que já é uma complementação ao princípio da dignidade da pessoa humana vê-se que não há devido processo legal (em sua vertente judicial) sem amplo acesso à justiça, não há acesso há ordem jurídica justa se o juiz ou tribunal for de exceção, não há processo justo se a parte não tiver um defensor e por isso o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados...

Assim também outros direitos fundamentais devem ser interpretados com outros direitos fundamentais. Se a vida privada e a intimidade são invioláveis então, nada mais fácil de concluir que a regra é que o domicílio e a comunicação também sejam invioláveis.

### **3.7. CONCORRÊNCIA**

Os direitos fundamentais constituem em rol bastante extenso de forma explícita, também existem os direitos fundamentais implícitos – como o princípio da proporcionalidade ou o princípio da proibição à auto-incriminação. Portanto, não há impedimento de que uma mesma pessoa possa **utilizar, em conjunto, simultaneamente, dois ou mais direitos fundamentais** – muito pelo contrário porque vários deles são interdependentes.

Portanto, os direitos fundamentais podem ser usados em conjunto, por exemplo, o direito de informação está atrelado ao direito de opinião. O direito à intimidade protege a invasão domiciliar, que por sua vez é uma das facetas do direito à propriedade.

### **3.8. EFETIVIDADE**

As normas constitucionais e, em especial, os direitos fundamentais gozam da máxima efetividade possível já que são normas que estão localizadas no ápice da pirâmide normativa, estão na Lei Fundamental e Suprema do Estado.

O princípio da máxima efetividade aos direitos fundamentais procurar garantir que os direitos fundamentais não sejam violados ou aniquilados por ações estatais, ou ainda, sejam tornados inefetivos por falta de ação estatal para a sua concretização.

A Constituição diz:

Art. 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sendo assim os direitos fundamentais merecem dos poderes constituídos a máxima proteção e a maior busca possível para sua efetivação.

### **3.8.1. Legislativo**

O legislador tem o papel de densificar os direitos fundamentais, concretizando-os mediante leis infraconstitucionais necessárias à sua definição e amplitude. O papel do legislador é minudenciar os direitos fundamentais fazendo com que sejam de fácil aplicação e integração ao ordenamento jurídico.

### **3.8.2. Executivo**

O administrador tem o papel de zelar, proteger, guardar e, principalmente, respeitar os direitos fundamentais. Alguns direitos fundamentais dependem de atuação também do Poder Executivo e, por isso, cabe a ele efetivar e prestar direitos fundamentais para que a concretização dos direitos seja efetiva.

### **3.8.3. Judiciário**

O julgador tem o papel de proteger, resguardar, fazer valer e garantir os direitos fundamentais quando seja levada ao seu conhecimento qualquer lesão ou ameaça a direito. O judiciário é o grande protetor dos direitos fundamentais e se legitima na medida em que os torna efetivos, protegendo-os contra as arbitrariedades das demais autoridades estatais.

### **3.8.4. Proteção mediante Emenda Constitucional**

Os direitos e garantias fundamentais (individuais) também são protegidos contra Emenda Constitucional que seja tendente a alterar seu núcleo essencial. Carl Schmitt diz que os direitos fundamentais (cláusulas pétreas) são cláusulas de continuidade constitucional.

### **3.8.5. Proteção contra a omissão do Estado**

Além do mandado de segurança, que pode ser usado contra ação ou omissão dos poderes públicos que estejam ferindo direito líquido e certo a Constituição de 1988 inovou ao trazer duas ações constitucionais específicas para que o Judiciário possa fazer o controle das omissões do Estado que estejam ferindo um direito individual ou a própria Constituição.

Art. 5º LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são mecanismos que procuram efetivar o enunciado do Art. 5º §1º. Assim, procure não confundir a vontade constitucional em dar aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata e a afirmação constante em provas que dizem que os direitos fundamentais são normas de eficácia plena. Conforme foi estudado em parte anterior desta obra, nem todos os direitos fundamentais têm eficácia plena, porém, mesmo aqueles que dependem de lei integradora, deverão ser integrados o mais rápido possível para que tenham aplicabilidade imediata, sob pena de o Judiciário intervir mediante a provocação do interessado (mandado de injunção) ou de um legitimado (Ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

### **3.9. IRRENUNCIABILIDADE**

Os direitos fundamentais podem não ser exercidos, porém, jamais renunciados. O fato de um sujeito não querer se locomover não o tirará, quando quiser, de usar o direito de locomoção.

Alguém que não queira exprimir seu pensamento tem o direito de não fazê-lo, porém, a ordem jurídica o protegerá quando quiser fazê-lo.

O detentor de direitos fundamentais poderá fazer concessões temporárias (jamais permanentes) sobre algum de seus direitos fundamentais, desde que a concessão não seja violadora da própria dignidade da pessoa humana. Assim, não é inconstitucional um contrato de exposição na mídia, porém, não se pode exigir o cumprimento ideal do contrato caso o contratante não queira mais se expor, poderá se resolver em perda e danos, mas não se poderá obrigá-lo à exposição.

### **3.10. IMPRESCRITIBILIDADE**

A falta de exercício não torna os direitos fundamentais prescritos. Assim como não se pode renunciar os direitos fundamentais (permanentemente), também não incide sobre eles a ação do tempo. O não uso dos direitos fundamentais não interfere na proteção que gozam perante a ordem jurídica.

### **3.11. INALIENÁVEIS**

Os direitos fundamentais, em sua grande maioria, não admitem a alienação posto que a venda seria uma renúncia. Os direitos fundamentais personalíssimos, por falta de conteúdo material, são indisponíveis dentro do comércio, não é lícito a alienação da liberdade ou da intimidade.

## **4. FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos e garantias fundamentais possuem dois papéis, ambos de defesa.

### **4.1.1. Competência negativa para os Poderes Públicos**

Os poderes públicos ficam impedidos de violar os direitos fundamentais, seja para não editar leis que firam, desarrazoadamente os direitos fundamentais, seja a vedação de condutas administrativas que violem direitos fundamentais, seja por decisões judiciais que desconsiderem a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

#### **4.1.2. Poder de exercer positivamente os direitos fundamentais**

Poder de exigir do próprio Estado a limitação a que este está sujeito, ou seja, poder de exigir mediante as garantias postas pela ordem jurídica o respeito aos direitos fundamentais.