

**UNIVERSIDADE DE ITAÚNA**  
**Mestrado em Direito**

**AS FUNÇÕES DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS  
E SUA INCIDÊNCIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS COLETIVOS**

Geraldo Afonso da Cunha

Itaúna – MG  
2015

Geraldo Afonso da Cunha

**AS FUNÇÕES DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS  
E SUA INCIDÊNCIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS COLETIVOS**

Dissertação apresentada à Universidade de Itaúna, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Proteção dos Direitos Fundamentais

Linha de Pesquisa: Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Itaúna – MG  
2015

C972f Cunha, Geraldo Afonso da.

As funções dos deveres constitucionais fundamentais e sua incidência na proteção dos direitos fundamentais coletivos / Geraldo Afonso da Cunha. -- Itaúna, MG: 2015.

129 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 123-129.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.  
Orientador: Dr. Eloy Pereira Lemos Junior.

1. Deveres fundamentais. 2. Constituição Federal de 1988. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Objetivos fundamentais – República Federativa do Brasil. 5. Direitos coletivos. I. Lemos Junior, Eloy Pereira; Orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

CDU: 342.7(81)

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira

CRB-6/2239



# Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 ( DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)


## "AS FUNÇÕES DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS"

Dissertação de Mestrado apresentada por **GERALDO AFONSO DA CUNHA**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 12 de junho de 2015, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada com recomendação para publicação pela Banca Examinadora constituída pelos professores:



Professor Doutor Eloy Pereira Lemes Júnior  
Orientador - Universidade de Itaúna

Professor Doutor Rodney Malveira da Silva  
Universidade do Estado de Minas Gerais



Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz  
Universidade de Itaúna - MG

*Dedico este trabalho à minha querida esposa, Marlene Maria de Freitas Cunha, minha amada musa e “fiel escudeira”, aos meus filhos, Tiago e Poliana, à minha nora, Luana e à minha pequerrucha netinha, Laura.*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha esposa, pelo apoio e incentivo incondicionais e pela paciência para comigo em todos os momentos difíceis que enfrentei durante a realização deste Curso.

Ao meu Orientador e amigo, Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior, que com acurado senso de responsabilidade e exímia dedicação, soube orientar-me no rumo certo para realizar este estudo.

Um especial agradecimento a todos os Professores, colegas de Curso e funcionários do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna, pelos conhecimentos que me transmitiram e pelo apoio incondicional e sadio convívio que tivemos durante a realização do Curso.

Agradeço também a todas as outras pessoas que comigo colaboram, direta e/ou indiretamente nesta importante etapa de minha vida.

A todos, o meu reconhecimento e os meus melhores agradecimentos!

*“A moral é o cerne da Pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam” (ULYSSES GUIMARÃES, 05Out1988).*

## RESUMO

Esta dissertação relata pesquisa realizada para se identificar as funções dos deveres constitucionais fundamentais na Constituição Federal de 1988 e entender como esses deveres incidem ou devem incidir na proteção dos direitos fundamentais coletivos. A pesquisa teve como objetivo geral explicar em que consistem os deveres constitucionais fundamentais explícitos e implícitos no texto da Constituição Federal de 1988 e esclarecer quais são as funções desses deveres no ordenamento constitucional brasileiro. Foram também objetivos da pesquisa mostrar alguns marcos relevantes na construção do sentido dos Direitos Humanos, bem como apontar o momento e o contexto social em que o termo “Direitos Fundamentais” foi cunhado e inserido no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa objetivou também evidenciar como os direitos e deveres fundamentais se relacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana. Outro objetivo da pesquisa foi o de se construir uma teoria sobre os direitos fundamentais, de forma a se demonstrar que os deveres fundamentais são também uma espécie de direitos fundamentais. A pesquisa foi minudente ao abordar os direitos fundamentais à saúde, à segurança pública e à educação em face do atual cenário social brasileiro. Nesse pormenor, mostrou-se como a “razoável garantia” desses três direitos fundamentais a cargo do Estado, em sentido *lato*, poderá propiciar o atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insertos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Por derradeiro, foi também objetivo específico da pesquisa mostrar como os deveres fundamentais incidem (ou devem incidir) na defesa dos direitos coletivos. O trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica e documental, sendo os dados coletados em livros doutrinários, na Constituição Federal de 1988, em leis diversas, em teses, dissertações, artigos e outros textos sobre o tema, impressos e digitalizados (disponibilizados na Internet). O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo. A pesquisa foi dividida em duas etapas: a primeira versando sobre os direitos, garantias e deveres fundamentais e a segunda sobre a incidência dos deveres fundamentais na defesa dos direitos fundamentais coletivos e dos direitos do cidadão em sentido *lato*. A conclusão a que se chegou foi a de que os deveres fundamentais, em sua imensa maioria, existem em razão dos direitos fundamentais a que se referem e têm por função concretizar desses direitos. Concluiu-se também que os deveres fundamentais incidem na defesa dos direitos coletivos através do devido processo legal, ferramenta com a qual o Estado-Juiz cumpre a função jurisdicional a seu cargo, dizendo o Direito ante os casos concretos que se lhe apresentam. É através do exercício do direito (fundamental) de ação, que muitos brasileiros encontram a única forma de realmente fruir direitos das mais variadas amplitudes.

Palavras-chave: Deveres fundamentais. Constituição Federal de 1988. Dignidade da pessoa humana. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Direitos coletivos.



## ABSTRACT

This paper reports a research conducted on identify the functions of the fundamental constitutional duties in the Federal Brazilian Constitution of 1988 and understand how these duties levied or should focus on the protection of collective fundamental rights. The research aimed to explain in what is explicit on the fundamental constitutional duties and implicit in the text of the Constitution of 1988 and clarifying the functions of these duties in Brazilian constitutional order. Were also research's objectives to show some important milestones in the construction of the meaning of human rights, and to identify the time and the social context in which the term "fundamental rights" was coined and inserted into the Brazilian legal system. The research also aimed to show how the fundamental rights and duties relate to the principle of human dignity. Another objective of the research was to construct a theory on fundamental rights in order to demonstrate that the basic duties are also a sort of fundamental rights. The research was detailed to address fundamental rights to health, public safety and education in the face of current Brazilian social scene. In this detail, it is proved to be a "reasonable assurance" of these three fundamental rights by the State in the broad sense, can facilitate the achievement of the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil inserts in art. 3º of the Federal Constitution of 1988. On the last, was also a specific objective of the research show how the fundamental duties levied (or should focus) in the defense of collective rights. The study was conducted through bibliographical and documentary research, and the data collected in doctrinal books, the 1988 Federal Constitution in many laws in theses, dissertations, articles and other texts on the subject, printed and scanned (available on the Internet). The research method used was the hypothetical-deductive. The research was divided into two stages: the first dealing on the rights, guarantees and fundamental duties and the second on the incidence of the fundamental duties in defense of collective fundamental rights and the rights of citizens at large. The conclusion that was reached was that the fundamental duties, the vast majority, are due to the fundamental rights to which they relate and have the task to realize these rights. It is also concluded that the fundamental duties levied in the defense of collective rights through due process, a tool with which the Judge-State fulfills the judicial functions in charge, saying the law before the actual cases that present themselves to him. It is through the exercise of the right (fundamental) action, which many Brazilians are the only way to really enjoy rights of various amplitudes.

Keywords: Fundamental Duties. Federal Constitution of 1988. Human dignity. Fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil. Collective rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. -	Artigo
arts. -	Artigos
ACP -	Ação Civil Pública
ADCT -	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
BNDES -	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CC -	Código Civil Brasileiro
CDC -	Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)
CF/88 -	Constituição Federal de 1988
CP/76 -	Constituição Portuguesa de 1976
CPC -	Código de Processo Civil
CR/46 -	Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946
CR/88 -	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DOU -	Diário Oficial da União
DUDH -	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC -	Emenda(s) Constitucional(is)
IBGE -	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LACP -	Lei da Ação Civil Pública
LSM -	Lei do Serviço Militar
MI -	Mandado de Injunção
OEA -	Organização dos Estados Americanos
ONU -	Organização das Nações Unidas
PSV -	Proposta de Súmula Vinculante
RE -	Recurso Extraordinário
STF -	Supremo Tribunal Federal
STJ -	Superior Tribunal de Justiça
SV -	Súmula Vinculante
TI -	Tecnologia da Informação (TI)

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....	13
2.1 Marcos relevantes na construção do sentido dos direitos humanos fundamentais.....	13
2.1.1 <i>Conceitos atribuídos aos direitos (humanos) fundamentais</i> .....	19
2.1.2 <i>Características especiais dos direitos (humanos) fundamentais</i> .....	26
2.1.3 <i>Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional brasileiro</i> .....	36
2.2 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	44
3 DEVERES E DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	48
3.1 Deveres fundamentais: um tema esquecido pela doutrina constitucional contemporânea.	50
3.2 As funções dos deveres fundamentais na Constituição Federal de 1988 .....	58
3.3 Os deveres fundamentais e a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.....	70
3.4 Teorizando direitos e deveres fundamentais .....	73
4 A INCIDÊNCIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS .....	80
4.1 O devido processo legal como processo justo e a proteção dos direitos massificados e dos direitos em sentido <i>lato</i> .....	85
4.2 O contraditório e ampla defesa e a efetiva participação das partes no processo como dever-função do Estado .....	94
4.3 O direito à organização e ao procedimento .....	100
4.4 O juiz e sua competência de poder no exercício da função jurisdicional do Estado.....	104
5 CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS .....	123

## 1 INTRODUÇÃO

Com a redemocratização do Brasil, marcada oficialmente pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, o país passou a viver uma nova realidade, sendo este um acontecimento de grande relevância para o povo brasileiro. A partir de então, livre das amarras de um regime autoritário e dos militares que “comandaram o país” por mais de vinte anos, a nação brasileira pôde seguir seus destinos em paz e sob a égide de um Estado Democrático de Direito, modelo de Estado tido como ideal pelos cientistas políticos e almejado por todos os povos, notadamente pelos que vivem sob regimes totalitários.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trouxe em seu texto título abrangente sobre os Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão e os classificou em capítulos específicos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”. Estes capítulos estabelecem uma série de direitos e deveres de amplitude fundamental em espécie, mas há outros direitos fundamentais declarados também em outras partes do texto constitucional de 1988.

O grande rol de direitos fundamentais elencados nos capítulos descritos antes não é taxativo, podendo (e devendo) os Constituintes Reformadores ampliá-lo de acordo com a necessidade, em face das constantes e rápidas mudanças que se operam na sociedade.

Além da característica descrita anteriormente, os direitos fundamentais foram erigidos ao *status* de “cláusula pétrea”, e por força da norma contida no art. 60, § 4º, IV, da CF/88, não podem ser alvo de emenda tendente a aboli-los.

Os direitos fundamentais, como se mostrará nesta dissertação, visam a proteger a dignidade da pessoa humana. Na verdade, eles são os mesmos direitos humanos declarados aos homens ao longo de vários séculos e que ao serem inseridos no ordenamento jurídico interno dos Estados passam a ser designados *direitos fundamentais*. Assim, da mesma forma que os direitos humanos, eles possuem peculiaridades que também serão mostradas no decorrer desta dissertação.

A tendência normal do homem é, em regra, sempre no sentido de se cobrar direitos do Estado e dos seus semelhantes. Ele tende a se esquecer ou a ignorar os seus deveres para com o Estado, para com as pessoas que fazem parte do seu cotidiano, para as organizações às quais se vincula etc.

Nesse contexto, se há direitos, logicamente existem deveres que a eles se apegam. Esta é uma regra (lógica) que se aplica ao Direito; ao homem não é dado se esquivar de seus deveres.

Diante deste preâmbulo, a pesquisa relatada nesta dissertação teve como objetivo geral explicar em que consistem os *deveres constitucionais fundamentais previstos no texto da Constituição do Brasil de 1988* e esclarecer *quais são as funções desses deveres no ordenamento constitucional brasileiro*. Foram também objetivos da pesquisa apresentar alguns marcos relevantes na construção do sentido dos direitos humanos fundamentais e apontar o momento e o contexto social em que o termo “Direitos Fundamentais” foi cunhado, bem como quando ele foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Por derradeiro, a pesquisa visou também a mostrar a relação existente entre *direitos e deveres fundamentais* e a *dignidade da pessoa humana*, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, estabelecido no art. 1º, III, da CF/88. Outro objetivo da pesquisa foi o de construir uma *teoria sobre os deveres fundamentais* e mostrar a estrita relação existente entre a concretização dos deveres fundamentais a cargo do Estado, em sentido *lato*, e consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Por último, foi também objetivo específico da pesquisa mostrar como os deveres fundamentais incidem (podem ou devem incidir) na *defesa dos direitos coletivos*.

A pesquisa foi realizada com vista a se procurar resposta para a indagação sobre *quais são as funções dos deveres constitucionais fundamentais estabelecidos na CF/88 e como esses deveres incidem, podem ou devem incidir na defesa dos direitos coletivos*.

O trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica e documental, com a coleta de dados em livros doutrinários, na Constituição Federal de 1988, em leis diversas, teses, dissertações, artigos científicos e textos diversos sobre o tema, impressos e digitalizados (disponibilizados na Internet).

O *método de pesquisa* utilizado foi o *hipotético-dedutivo*, tendo o Pesquisador formulado *hipótese* para responder o problema de pesquisa *à priori*. A pesquisa foi dividida em *duas etapas*: a primeira versando sobre os direitos, garantias e deveres fundamentais e a segunda sobre a incidência e relevância do cumprimento dos deveres fundamentais no âmbito da defesa dos direitos fundamentais coletivos e dos direitos do cidadão em sentido *lato*.

Esta dissertação está estruturada em uma introdução, três capítulos e uma conclusão. O *primeiro capítulo*, intitulado *Dos direitos humanos fundamentais*, contempla estudo em torno de alguns marcos relevantes na construção do sentido dos Direitos humanos fundamentais, destacando-se a relação destes direitos com os direitos humanos; revela também os principais

dados coletados sobre o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento maior dos direitos humanos fundamentais –, bem como o conceito e as peculiaridades afetas aos referidos direitos na perspectiva de doutrinadores pátrios e alienígenas. O *segundo capítulo*, intitula-se *Dos deveres e direitos constitucionais fundamentais na Constituição Federal de 1988* e relata os dados coletados na pesquisa e que foram julgados importantes sobre os deveres fundamentais e as suas funções na Constituição Federal de 1988; faz-se também uma breve alusão aos deveres fundamentais no direito comparado e se demonstra uma teoria construída pelo Pesquisador em torno do tema estudado e que se foi intitulado “*Teoria tripartite dos direitos fundamentais: os deveres fundamentais como espécie de direitos fundamentais*” e apresenta também considerações relativas à estrita relação existente entre o cumprimento dos deveres fundamentais e a efetiva concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O *terceiro capítulo* intitula-se *A incidência dos deveres fundamentais da defesa dos direitos coletivos* e revela detalhes sobre a função-dever fundamental do Estado para como o exercício da função jurisdicional, onde se enfatiza o direito-princípio ao *devido processo legal* como direito ao *processo justo*, bem como a incidência/relevância dos direitos processuais fundamentais na proteção dos direitos massificados e dos direitos em sentido *lato* pela via judicial. No contexto deste capítulo mostram-se dados relevantes sobre a garantia do contraditório e ampla defesa, enfatizando-se a garantia da ampla participação das partes no processo como *função-dever fundamental do Estado-Judiciário*, o direito à organização e ao procedimento e por fim, destaca-se a participação do juiz e sua competência de poder no exercício da função jurisdicional.

## 2 DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A doutrina do Direito já discutiu muito a respeito da terminologia correta para designar os direitos essenciais à pessoa humana. Nesses debates tem se falado em “direitos humanos”, “direitos morais”, “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos dos povos”, “liberdades públicas”, “direitos fundamentais” e outras designações. Dessa forma, vê-se que várias expressões foram preferidas por doutrinadores diversos, em épocas diversas, para identificar esses direitos essenciais à proteção da dignidade humana.

Neste rumo, José Afonso da Silva<sup>1</sup> afirma que a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem ao longo dos tempos dificulta a elaboração de um conceito sintético e preciso para esses direitos. Para José Afonso, essa dificuldade se acentua ainda mais em razão de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.

Apesar da constatação dita antes, os termos “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais” e “direitos fundamentais” foram os mais detectados durante a pesquisa em relato. Os primeiros são utilizados mais na esfera do direito internacional, mas na verdade, esses mesmos direitos, quando inseridos na Constituição de qualquer Estado passam a ser designados “direitos fundamentais” ou mesmo “direitos humanos fundamentais”. Nesse sentido, entende-se que a expressão *direitos humanos fundamentais* dá maior “força” e destaque a esses direitos. Assim, quando a mencionada expressão for utilizada nesta dissertação, estar-se-á referindo-se aos direitos humanos positivados na Constituição Federal de 1988 (CF/88), ou seja, aos *direitos fundamentais*.

### 2.1 Marcos relevantes na construção do sentido dos direitos humanos fundamentais

Apesar dos vários escritos por autores diversos sobre o surgimento dos Direitos humanos fundamentais, é verdade afirmar que esta classe de direitos só pôde realmente existir a partir do surgimento de três elementos: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 175.

da relação entre Estado e indivíduos<sup>2</sup>. O indivíduo – ser humano, pessoa – existe desde o início da humanidade. Entretanto, sob a ótica da filosofia e da teoria política, nas sociedades remotas, as pessoas eram consideradas membros de grandes ou de pequenas coletividades (família, clã, aldeia, feudo, reino) e eram subordinadas a tais coletividades, que eram privadas viviam sob a égide de direitos próprios<sup>3</sup>.

No contexto acima considerado, o *Estado* é considerado como um aparelho de poder centralizado que funciona e pode controlar de forma eficaz determinado território e impor suas decisões por meio de uma administração (Administração Pública), de tribunais, da polícia, das forças armadas e também de outros órgãos ou aparelhos específicos<sup>4</sup>. Certo é que, “Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo”<sup>5</sup>.

Sob este enfoque refere-se ao Estado, como sendo o *Estado Moderno*; aquele que surgiu diante de reflexões político-filosóficas do século XVII e “em reação à estratificação e fragmentação medieval do poder político”<sup>6</sup>. Na verdade, “Trata-se, em suma, do Estado ‘Leviatã’ teoricamente desenvolvido e político-filosoficamente fundamentado na obra de Thomas Hobbes”<sup>7</sup>.

Após a breve introdução exposta atrás, serão abordados marcos relevantes na história dos Direitos humanos fundamentais ocorridos a partir do final do século XVIII. Neste contexto, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins assinalam que, por questões das mais variadas ordens, e que guardam relação com o surgimento e a imposição do regime capitalista, as três condições descritas antes, que propiciaram o surgimento dos Direitos humanos fundamentais, só se “reuniram” na segunda metade do século XVIII. Para os autores em referência, nessa época foram registrados textos de *declarações de direitos* na Europa e nas Américas, tendo

<sup>2</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>3</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21-22.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>5</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21-22.

<sup>6</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>7</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.



isto ocorrido pela primeira vez na história como forma de se enunciar e garantir direitos fundamentais aos homens<sup>8</sup>.

Em 1776, por ocasião da independência das treze ex-colônias inglesas da América do Norte, proclamou-se no Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, uma declaração de direitos (*bill of rights*). “Em seu texto, foram enunciados direitos tais como a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal”<sup>9</sup>.

No contexto em destaque, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins continuam com suas explicações, relatando o seguinte:

Declarações semelhantes foram feitas pelos demais Estados norte-americanos. A Constituição Federal de Filadélfia não compreendia, em sua versão inicial de 1787, uma declaração de direitos. Mas essa lacuna foi preenchida em 15 de dezembro de 1791 com a ratificação das dez primeiras Emendas à Constituição Federal, que proclamaram direitos tais como a liberdade de religião, a livre manifestação do pensamento, a segurança, a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias e a propriedade individual.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi redigida na França em 26 de agosto de 1789 e adotada definitivamente em 2 de outubro de 1789, é um texto em muitos aspectos parecido com as Declarações norte-americanas. Nela, encontram-se o reconhecimento da liberdade, da igualdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, da liberdade de religião e do pensamento, além de garantias contra a repressão penal.

A grande diferença está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral. Isso se torna claro no fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer.

Um passo muito importante no caminho do pleno reconhecimento dos direitos fundamentais deu-se nos Estados Unidos quando, em 1803, a Corte Suprema (*Supreme Court*) decidiu que o texto da Constituição Federal é superior a qualquer outro dispositivo legal ainda que criado pelo legislador federal (caso *Marbury vs. Madison*).

Ao discorrer sobre os Direitos Humanos Fundamentais, Alexandre de Moraes afirma que a categorização normativa dos Direitos humanos fundamentais ocorreu na França, em 26-8-1789, quando a *Assembléia Nacional* promulgou a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, com 17 artigos. Segundo o autor em referência, entre as inúmeras previsões constantes na mencionada Declaração, é de se destacar como Direitos humanos fundamentais: “princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

<sup>9</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento”<sup>10</sup>.

Para Alexandre de Moraes, a Constituição francesa de 3-9-1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, mas a Constituição francesa de 24-6-1793 foi a que melhor regulamentou os Direitos humanos fundamentais, cujo preâmbulo foi escrito da seguinte forma<sup>11</sup>:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-8-1789 proclamou, dentre outras normas, as que garantiam os seguintes direitos humanos fundamentais: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição e direitos políticos<sup>12</sup>.

Segundo afirma o autor em referência, “A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 19-3-1812 (Constituição de Cádiz), a Constituição

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 28.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 28.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 28.

portuguesa de 23-9-1822, a Constituição belga de 7-2-1831 e a Declaração francesa de 1848”<sup>13</sup>.

Na sequência de seu estudo, Alexandre de Moraes destaca que “A Declaração de Direitos da Constituição francesa de 4-11-1848 esboçou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais que seria, posteriormente, definitiva a partir dos diplomas constitucionais do século XX”<sup>14</sup>.

Segundo Alexandre de Moraes, no limiar do século XX foram proclamadas constituições marcadas pela preocupação com o “social”, a exemplo da Constituição mexicana de 31-1-1917, da Constituição de Weimar de 11-8-1919, da Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17-1-1918, seguida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10-7-1918 e da Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 21-4-1927<sup>15</sup>.

Interessante ressaltar que a *Constituição de Weimar* previa os *direitos e deveres fundamentais* dos alemães, os tradicionais *direitos e garantias individuais*, os *direitos relacionados à vida social*, os *direitos relacionados à religião e às Igrejas*, *direitos relacionados à educação e ensino*, bem como os *direitos referentes à vida econômica*<sup>16</sup>.

Além dos direitos sociais expressamente previstos, o autor em referência ressalta que a Constituição de Weimar demonstrava forte espírito de defesa desses direitos, inclusive com a proclamação de que o império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores. Isto de forma a ser assegurado ao “conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais e que os operários e empregados seriam chamados a colaborar, em pé de igualdade, com os patrões na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas<sup>17</sup>”.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 28-29.

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 29.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 29-30.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 30.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 30-31.

Outro marco relevante (e contemporâneo) na construção dos direitos humanos fundamentais é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) após a Segunda Grande Guerra, em 10 de dezembro de 1948.

A DUDH, dentre vários comandos, proclama a fundamental necessidade de os direitos da pessoa humana serem “protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Nesse contexto, a teoria moralista de Perelman encontra a fundamentação dos direitos humanos fundamentais na própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espiritus razonables*<sup>18</sup>.

Entretanto, Alexandre de Moraes assevera que as várias teorias existentes em torno dos direitos humanos fundamentais não conseguem, de forma isolada, explicar de forma eficaz a essencialidade desses direitos para a humanidade. Nesse sentido, assim se expressa o mencionado autor<sup>19</sup>:

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistirem, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). O caminho inverso também é verdadeiro, pois o legislador ou os tribunais necessitam fundamentar o reconhecimento ou a própria criação de novos direitos humanos a partir de uma evolução de consciência social, baseada em fatores sociais, econômicos, políticos e religiosos.

A necessidade de interligação dessas teorias para plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, [...], foi exposta no preâmbulo da Constituição francesa de 3-9-1791, quando se afirmou: “O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis”.

Dessa forma, é possível afirmar que a ciência dos direitos humanos transformou-se em verdadeira disciplina autônoma e inter-relacionada com diversas outras disciplinas, tais como o Direito, a Filosofia, a Política, a História, a Sociologia, a Economia, a Medicina.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 34-35.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 35.

Por derradeiro, invoca-se, mais uma vez, o magistério de Alexandre de Moraes, especificamente em relação aos direitos humanos fundamentais no Brasil<sup>20</sup>:

O estudo da evolução histórica dos direitos humanos fundamentais torna possível definir suas finalidades, seu conceito e suas características; bem como sua positivação nas diversas Constituições e o surgimento do Direito Internacional dos direitos humanos.

Por meio dessa análise, pode-se perceber que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu texto os mais importantes direitos e garantias fundamentais, prevendo, em nível positivo, dispositivos históricos e amadurecidos a partir de grandes conquistas da civilização, tais como a Magna Carta de 1215, a Constituição dos Estados Unidos da América e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre outros importantíssimos diplomas.

Na sequência serão apresentados vários conceitos atribuídos aos direitos humanos fundamentais por vários estudiosos do tema e em épocas distintas.

### 2.1.1 Conceitos atribuídos aos direitos (humanos) fundamentais

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais, Jorge Miranda afirma que esses direitos são posições jurídicas ativas das pessoas no âmbito de suas individualidades ou quando consideradas institucionalmente, que se encontram estabelecidas na Constituição. Para Jorge Miranda, os direitos fundamentais são considerados em sentido formal e em razão de sua dimensão material<sup>21</sup>.

Ao conceituar os direitos fundamentais, Gregório Assagra de Almeida se expressa da seguinte maneira<sup>22</sup>:

[...], conclui-se, no plano da dogmática jurídica, que direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade.

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 15.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV, p. 7-8.

<sup>22</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 310.

Para Luigi Ferrajoli, “os direitos fundamentais são todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a todos enquanto pessoas e/ou cidadãos e/ou pessoas com capacidade de fato, que, enquanto tais, são prescritos imediatamente por normas”, as quais ele considera como “normas téticas”. Essas são normas hipotéticas e precisamente “tético-deônticas” (hipotéticas e moralmente obrigatórias), sendo tais direitos, por conseguinte, *indisponíveis e inalienáveis*<sup>23</sup>.

O autor em epígrafe<sup>24</sup> afirma, também, que há quatro possíveis aproximações disciplinares de uma definição teórica de direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor afirma que a ‘*primeira aproximação*’ diz respeito ao ponto de vista da justiça e diz respeito a ‘*quais direitos devem ser (ou é justo que sejam) estabelecidos como fundamentais*’, estando incluídas neste âmbito a convivência pacífica, a igualdade, a dignidade das pessoas, as suas necessidades vitais ou similares. Ferrajoli entende que esses fatores são idôneos para justificar a estipulação de determinados interesses ou necessidades como direitos fundamentais. A ‘*segunda aproximação*’ se relaciona ao ponto de vista da validade segundo o direito positivo e ‘*diz quais são os direitos estipulados como fundamentais pelas normas de um determinado ordenamento*’. Nesta segunda aproximação, o autor afirma que os direitos fundamentais no âmbito do direito internacional são aqueles “reconhecidos como tais pelas cartas e convenções internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os dois pactos sobre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de 16.12.1966 e outros documentos similares”. A ‘*terceira aproximação*’ é dada sob o ponto de vista da efetividade desses direitos. Sob esta égide, Ferrajoli posiciona a pergunta sobre ‘*quais direitos, por quais razões, através de quais processos e com qual grau de efetividade se afirmaram e são de fato garantidos como direitos fundamentais em um determinado espaço e em um dado tempo*’. A resposta a esta questão, para o autor, é de tipo empírica e assertiva, mas a sua referência empírica não é constituída pelas normas, e sim por aquilo que de fato acontece ou aconteceu no ordenamento considerado em relação à concreta tutela ou concreta violação dos direitos nele estabelecidos. Neste terceiro aspecto, encontra-se a origem histórica ou o fundamento sociológico daquelas conquistas da civilização, que são *os direitos fundamentais*; nesse prisma, Ferrajoli assegura que os direitos fundamentais são aqueles que historicamente se afirmam como resultado de lutas ou revoluções e que, são, de fato, concretamente garantidos

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 45-46.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 86-87.

nos diversos ordenamentos. A ‘*quarta aproximação*’ se baseia no ponto de vista da teoria do direito. Nessa vertente, Luigi Ferrajoli diz que afloram questões relativas ao ‘*que se entende com a expressão direitos fundamentais, quais são as características estruturais diferenciadoras destes e dos outros direitos subjetivos, quais as condições em presença das quais – independentemente de quais são em um dado ordenamento, de quais é justo que sejam, e de qual é a sua origem histórica e o seu grau de tutela – se pode falar de “direitos fundamentais”*’. De forma sumulada, Ferrajoli diz que esta vertente questiona qual é o significado do conceito teórico-jurídico de direitos fundamentais<sup>25</sup>.

Destaca-se, ainda, que para Luigi Ferrajoli a definição teórica que lhe parece mais fundada é a apontada em quarto lugar, ou seja, a que ele descreve como sendo a ‘*quarta aproximação*’, porque, como ele bem informa, esta aproximação é dotada de maior capacidade empírica e da mais fecunda capacidade explicativa; “é aquela posição que identifica os direitos fundamentais com todos aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir”<sup>26</sup>.

O autor italiano em referência assinala, também, que a *quarta definição dos direitos fundamentais* é ideologicamente neutra e “vale para qualquer ordenamento, mesmo para os ordenamentos primitivos ou totalitários desprovidos de direitos fundamentais, em relação aos quais designará uma classe vazia”<sup>27</sup>; Ferrajoli assevera que “esta definição vale também e independentemente de ideologias ou opções políticas: de direita ou de esquerda, liberais ou socialistas, conservadoras ou progressistas; vale até mesmo para fascistas ou anarquistas, ideologicamente contrários, por hipótese, à tutela de qualquer direito fundamental”<sup>28</sup>.

No cenário em apreço, os direitos fundamentais, assim definidos, independem dos valores ou das necessidades que se considera devem ou não ser tuteladas por essa classe de direitos. Para o Luigi Ferrajoli, é direito fundamental, em face destas razões, mesmo um direito que se considere nefasto, como por exemplo, o direito de portar armas, previsto pela segunda Emenda à Constituição dos Estados Unidos<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 86-87.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 87.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 87.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 88.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 87-88.

Em decorrência dessa derradeira definição, Luigi Ferrajoli assegura que seria (direito) *fundamental*, uma vez devidamente positivado, até mesmo *um direito fútil*, *eg*, o direito de fumar ou o direito de ser saudado nas ruas pelos conhecidos. Esta é exatamente a definição de um conceito teórico que, enquanto tal, não pode dizer nada sobre os conteúdos de tais direitos. Tal conceito não se prende às necessidades e aos interesses que são ou deveriam ser reconhecidos e de fato garantidos como fundamentais, mas pode somente identificar a forma e a estrutura lógica daqueles direitos que se convencionou chamar “fundamentais”<sup>30</sup>.

Em suas explanações sobre os direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que, na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais foram referidos pelos Constituintes de diversas formas. Assim, dizem os referidos autores que na CF/88 podem ser encontrados os seguintes termos: “direitos sociais e individuais” (no Preâmbulo), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), “direitos humanos” (art. 4, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos civis” (art. 12, § 4º, II, b), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17, *caput*), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, *b*), “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), “direitos” (art. 136, § 1º, I) e “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º)<sup>31</sup>.

Os autores acima referidos criticam a falta de padronização do termo pelo Constituinte de 1987-88, sob o seguinte fundamento<sup>32</sup>:

Alguns desses termos são utilizados na própria Constituição Federal que não foi conseqüente na terminologia. Isso é lamentável, pois aqui temos uma “questão terminológica essencial” em dois sentidos. Primeiro, porque os vários termos adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, segundo, porque o emprego de um termo pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos, por exemplo, sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a “direitos individuais” ou a “liberdades fundamentais”, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécies de direitos coletivos e, portanto, não individuais.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim *et al*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011, p. 88.

<sup>31</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-46.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.



Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encenam caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”<sup>33</sup>.

A definição apresentada pelos autores em referência revela que os direitos fundamentais existem tão-somente nas relações entre pessoas e Estado, ou seja, a eficácia desses direitos só se opera de forma vertical. Nesse sentido, entende-se que tal definição é incompleta, pois apesar de a imensa maioria dos direitos fundamentais serem oponíveis ao Estado pelo cidadão, como forma de se limitar o seu poder de interferência nas relações privadas, não é difícil entender que esses direitos têm também eficácia no plano horizontal, sendo oponíveis aos cidadãos em face de seus semelhantes e também em face das organizações de direito privado para com o Estado, bem como dos cidadãos para com as organizações com as quais mantenham vínculos específicos, tudo numa relação reflexiva.

Conforme explica Paulo Bonavides, invocando ensinamentos de Konrad Hesse, os direitos fundamentais têm como objeto “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”<sup>34</sup>. Para Bonavides, ao lado dessa acepção mais ampla, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, para a qual “os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”<sup>35</sup>.

O autor citado atrás invoca também os ensinamentos de Carl Schmitt para dizer que ele estabeleceu dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais: de acordo com o primeiro critério podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional, e de acordo com o segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança ou são mutáveis ou pelo menos de mudança dificultada. Os direitos fundamentais só podem ser alterados mediante emenda constitucional<sup>36</sup>. Ante esta explicação, ressalte-se que conforme se infere da Constituição Federal Brasileira de 1988, os direitos fundamentais integram cláusula pétrea, não podendo ser revogados quaisquer deles, restando clara, no entanto, a possibilidade de

---

<sup>33</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

<sup>34</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

serem proclamados outros direitos dessa amplitude, com a ampliação do rol já descrito na dita Carta Política de 1988.

Ainda sob o ponto de vista material, Paulo Bonavides cita novamente Karl Schmitt, para quem os direitos fundamentais “variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”<sup>37</sup>.

Segundo informa Bonavides, Carl Schmitt, nas considerações sobre o assunto, retrata com inteira exatidão o caráter dos direitos fundamentais da primeira geração, o fazendo da seguinte maneira<sup>38</sup>:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais”. De tal modo que as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como *exceções*, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.

Neste rumo, José Afonso da Silva<sup>39</sup> destaca que a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no decorrer da história dificulta a elaboração de um conceito sintético e preciso de tais direitos. Diz o autor que isto se torna ainda mais difícil em razão da “circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”<sup>40</sup>.

O autor em referência afirma, ainda, que a expressão *direitos fundamentais* é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas humanas. No que se refere ao aspecto de “*fundamentais*”, esses direitos abarcam situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realizaria, não conviveria e, quiçá, sobreviveria. Eles

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 175.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 175.

são *fundamentais* para o homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados; é a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem<sup>41</sup>.

Após a explicação supra, José Afonso da Silva assevera que a expressão *direitos fundamentais do homem* é a que se acha mais adequada ao estudo demonstrado em sua obra. Ao fundamentar sua afirmativa, José Afonso ressalta que a referida expressão,<sup>42</sup>

além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.

Ainda no tocante aos diversos conceitos elaborados pelos doutrinadores sobre os direitos fundamentais, destaca-se o entendimento de Alexandre de Moraes, para quem esses direitos são “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...]”<sup>43</sup>

Para Uadi Lammêgo Bulos<sup>44</sup>, os “Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor,

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 177.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 178.

<sup>43</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral - comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 39.

<sup>44</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

condição econômica ou status social”. Salienta o autor que “sem os direitos fundamentais o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”<sup>45</sup>.

Por derradeiro, destacam-se as explicações de Robert Alexy<sup>46</sup>, autor de grande relevância no contexto da teoria dos direitos fundamentais:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Os direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) por parte do Estado. Os direitos fundamentais pertencem ao *status* negativo, mais precisamente ao *status* negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao *status* positivo, mais precisamente ao *status* positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação [...].

Na sequência serão destacadas algumas características especiais dos direitos fundamentais.

### 2.1.2 Características especiais dos direitos (humanos) fundamentais

Os direitos fundamentais integram uma classe especial de direitos estabelecidos na Constituição. Nesse sentido, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>47</sup>, o Estado, *lato sensu*, tem a titularidade desses direitos, bem como das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

No contexto da titularidade dos direitos e das garantias fundamentais, Wolfgang Sarlet<sup>48</sup> aponta os seguintes dispositivos que a ela se relacionam na CF/88: no preâmbulo (o

<sup>45</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (Theorie der Grundrechte), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 433-434.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 188.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 188.

*Estado é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*); arts. 4º, II (*supremacia dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil*); arts. 6º a 11 (*direitos sociais*); arts. 14 a 16 (*direitos políticos*); art. 60, § 4º, IV (*as normas de direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas*); art. 196 (*a saúde é direito de todos*); art. 205 (*a educação é direito de todos*); art. 215 (*o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais*); art. 217 (*é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um*); art. 225 (*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*); 226, § 5º (*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*); § 7º (*o planejamento familiar por livre decisão do casal é um direito*); 227 (*enumera os direitos do adolescente*); § 6º (*os filhos havidos durante o casamento ou fora dele têm direitos iguais*); 230 (*pessoas idosas devem ter garantido seu direito à vida*); 231 (*os índios têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*). Há também o direito à segurança pública, consagrado como *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos* (art. 144, *caput*, da CF/88).

Prosseguindo em suas explicações, o autor em referência passa a distinguir os *titulares* e os *destinatários dos direitos e garantias fundamentais*. Segundo afirma<sup>49</sup>, há uma tendência na doutrina em se apontar *titular* de direito como sinônimo de *destinatário* de direito. Entretanto, para Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] é preciso enfatizar que a terminologia mais adequada e que, em termos gerais, corresponde à tendência dominante no cenário jurídico contemporâneo é a de “titular de direitos fundamentais”. Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídica subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física ou mesmo jurídica ou ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito.

De forma sumulada, diz-se que *destinatários de direitos* são as pessoas (Estado, pessoas naturais e/ou jurídicas de direito privado) que têm o *dever* de realizar ou propiciar que os *titulares* de determinados direitos, os concretizem ou deles usufruam ou gozem. Nesse passo, infere-se que o *destinatário* de um *direito fundamental* tem o *dever fundamental* para com o *titular* do referido direito, ou seja, ele *deve* propiciar as condições necessárias à efetiva concretização ou fruição do direito por seu *legítimo titular*.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 189.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, uma norma “garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o «direito» a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto”. Nesse cenário, J.J. Canotilho assevera que “O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito”<sup>50</sup>.

Para Ingo Sarlet<sup>51</sup>, diversamente de outras Constituições, como é o caso da alemã e da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 12.2), a Constituição do Brasil de 1988 não contém dispositivo que assegure com exclusividade a *titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas*. Entretanto, frisa o autor, isto não impediu a doutrina e a jurisprudência de reconhecerem, de forma pacífica, com algumas ressalvas, a referida possibilidade.

Para Ingo Sarlet<sup>52</sup>, o direito constitucional brasileiro recepcionou a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais, *não são titulares de todos os direitos*, mas apenas daqueles compatíveis com a natureza peculiar da pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica considerada, o que, todavia, há de se verificar caso a caso.

Ainda no que pertine ao ponto em destaque, o autor em referência pontua que não são muitos os casos em que a CF/88 consagra explicitamente a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (art. 5º, XXI; art. 8º, III; art. 17, especialmente nos §§ 1º e 3º; art. 170, IX; art. 207, dentre outros). Nesse sentido, Sarlet esclarece o seguinte<sup>53</sup>:

Mesmo os que propõem uma interpretação mais restritiva e apegada ao texto constitucional, no sentido de que na falta de previsão constitucional expressa os direitos da pessoa jurídica, embora reconhecidos por lei, não gozam de proteção constitucional, podendo o legislador infraconstitucional introduzir as limitações que considerar necessárias, inclusive diferenciando o tratamento das pessoas jurídicas e físicas. Tal posição mais restritiva não corresponde, contudo, ao que parece ser a orientação majoritária – aqui também adotada –, inclusive por parte do STF, prevalecendo a regra geral de que, em havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio (*prima facie*)

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 532-533.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 193.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 193.

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 193.

reconhecida a proteção constitucional, o que, por outro lado, não impede que o legislador estabeleça determinadas distinções ou limitações, sujeitas, contudo, ao necessário controle de constitucionalidade. Convém não esquecer, nesta perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança melhor proteção dos indivíduos.

Conforme ensina Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais “relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais”<sup>54</sup>.

Para Alexandre de Moraes, a previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico por apresentarem diversas características (especiais): imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade. Essas características são assim explicadas pelo autor em referência<sup>55</sup>:

- imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;
- inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;
- interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

<sup>54</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral - comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 41.

<sup>55</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral - comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3), p. 41.

- complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

No contexto em debate, destaca-se que no Direito e mesmo na vida humana, praticamente nada é absoluto. Nesse sentido, também os direitos fundamentais e os direitos de outras amplitudes também não são absolutos. Eles são essenciais à vida digna do ser humano, mas isto não implica que sejam “direitos absolutos”.

Ao discorrer sobre os direitos do homem, mais precisamente sobre o absolutismo de certos direitos que lhe são conferidos, Norberto Bobbio apresenta, em fundamentado discurso, críticas que demonstram o contrassenso existente no pensamento jusnaturalista acerca de certos direitos do homem serem “absolutos”. Nesse contexto, destacam-se as seguintes explicações de Norberto Bobbio<sup>56</sup>:

Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que - de tanto acumular e elaborar razões e argumentos - terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas idéias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. [...]. Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. [...] Bastará recordar que muitos direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais – fundamentais somente na opinião de quem os defendia -, foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem.

O autor em referência diz que os direitos do homem são uma classe variável e isto é demonstrado historicamente. Nesse sentido, para Bobbio o rol dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar, isto em razão da mudança das condições históricas, dos carecimentos e dos interesses das classes dominantes, dos meios disponíveis para serem concretizados, das transformações técnicas, dentre outros fatores. Assim, ressalta o autor, direitos que “foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas;

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.



direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”<sup>57</sup>.

Na sequência de seu discurso, Norberto Bobbio destaca mais<sup>58</sup>:

Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, [...]. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. [...].

O autor de *a Era dos Direitos* assevera também que não há como se conceber o fato de dois direitos fundamentais antinômicos terem fundamento absoluto, ou seja, “um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis”. E continua assinalando<sup>59</sup>:

Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.

Ao rematar suas explicações sobre a imbricação dos direitos do homem (Bobbio usa este termo para se referir aos direitos fundamentais) com circunstâncias ou fatores sociais, históricos, políticos, dentre outras, Norberto Bobbio faz incisivas observações, como se segue, *in verbis*<sup>60</sup>:

É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21-22.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23-24.

nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esse estudo é tarefa das ciências históricas e sociais. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.

Ao discorrer sobre o caráter não absoluto, qual seja, sobre o *relativismo dos direitos fundamentais*, Robert Alexy utiliza a expressão “restrições a direitos fundamentais”, deixando clara a possibilidade de esses direitos sofrerem restrições. Para o autor, a ideia de restrições a direitos “parece ser uma ideia natural, quase trivial, que encontra expressão na Constituição alemã”<sup>61</sup>. A afirmativa de Alexy é verdadeira também no que pertine à Constituição do Brasil de 1988, onde até o direito à vida é relativizado ante à prática de certos crimes em tempo de guerra, conforme estampa a norma descrita no seu *art. 5º, XLVII, ‘a’*, que dispõe sobre a existência da pena de morte em caso de guerra.

Entretanto, Robert Alexy ressalta que “o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”<sup>62</sup>.

Após fazer uma série de explicações sobre a possibilidade ou não de se restringir direitos fundamentais, Robert Alexy indaga o que é “restrição a direitos fundamentais”, para, em seguida, apresentar a seguinte resposta à sua indagação<sup>63</sup>:

[...] restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Essa resposta tem, contudo, um caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição a direito fundamental. Mas ela oferece um pequeno avanço, ao afirmar que as restrições a direitos fundamentais são *normas*. Então, é possível indagar o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais. É recomendável iniciar a resposta com uma observação geral. Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (Theorie der Grundrechte), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 276.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (Theorie der Grundrechte), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 281-282.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (Theorie der Grundrechte), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 276.

Na resolução do problema de se saber o que faz com que normas compatíveis com a Constituição sejam restrições a direitos fundamentais é necessário fazer uma diferenciação entre diversas espécies de normas. Importância especial tem a distinção entre normas de competência que fundamentam a competência do Estado para criar normas e normas mandatórias e proibitivas dirigidas aos cidadãos. As *normas de competência* mais importantes para a teoria das restrições são estabelecidas por meio das reservas legais constitucionais. Por meio delas o legislador é autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais. A essa competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direitos fundamentais. É preciso distinguir as competências para a criação de normas que são fundamentadas pelas reservas legais constitucionais – competências diretamente estabelecidas pela Constituição – das competências constitucionais indiretas, que surgem, por exemplo, quando o legislador autoriza a edição de decretos ou quando o poder regulamentar autoriza a edição de atos administrativos. Esses tipos de normas de competência não *restringem* os direitos fundamentais, apenas fundamentam sua *restringibilidade*. Por isso, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições; elas apenas fundamentam a *possibilidade jurídica* das restrições. Isso pode ser claramente percebido na possibilidade de haver uma competência para estabelecer restrições sem que dela se faça uso. Nesse sentido, é possível dizer que, não importa em que nível do ordenamento jurídico elas se encontrem, as normas de competência que fundamentam a competência para criar normas não são restrições a direitos fundamentais [...].

Para Robert Alexy, é necessário admitir que a competência para estabelecer restrições tem algo de restritivo para o titular do direito fundamental: “a extensão da competência dos órgãos estatais equivale a extensão de sua sujeição às normas criadas de acordo com essa competência. Mas as competências para estabelecer restrições têm algo de restritivo somente porque são restrições cujo estabelecimento está autorizado pelas normas de competência”. Assim, conclui Alexy: “O caráter restritivo é, portanto, apenas potencial e indireto, e se baseia na natureza restritiva das normas que podem ser criadas em razão da competência”<sup>64</sup>.

No contexto em debate, como restou explicado atrás, os direitos fundamentais possuem *natureza relativa*. Isto quer dizer que esses direitos não possuem *caráter absoluto*, sendo certo que encontram limites nos demais direitos também reconhecidos e amparados na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, não se pode identificar na CF/88 direitos ou garantias que sejam acobertados por caráter absoluto, pois há situações de interesse público ou mesmo a inafastável aplicação do “princípio da convivência das liberdades” que autorizam a adoção, excepcionalmente, pelo poder público, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que observados os ditames constitucionais<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (Theorie der Grundrechte), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 282.

<sup>65</sup> GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista de Direito do TJRJ*, nº 79, 2009, p. 6. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197)>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

A CF/88 autoriza a incidência de limitações às liberdades públicas como forma de se proteger o interesse social e a coexistência necessariamente harmoniosa das liberdades. Esta realidade é justificada porque nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou por meio de desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Diante disto, não podem os direitos fundamentais, *e.g.* serem concebidos como um “manto protetivo da prática de atividades ilícitas”, pois isto violaria o Estado Democrático de Direito, cuja característica fundamental é a existência instrumentos e instituições destinadas a combater abusos, arbitrariedades ou violações do cidadão em prejuízo da ordem pública<sup>66</sup>.

Nesse cenário, Alexandre Guimarães Gavião Pinto apresenta as seguintes considerações:

Considerando-se que a Carta Magna não prevê a existência de direitos ou garantias de caráter absoluto, tendo em vista que razões de interesse público podem justificar a adoção de medidas restritivas de tais liberdades por parte dos órgãos estatais, é crucial concluir que o exercício dos direitos e garantias fundamentais pode suportar legítimas restrições por parte do legislador ordinário.

A própria Constituição da República atribui ao legislador o poder de prever restrições ao exercício dos direitos fundamentais. Tais restrições são classificadas da seguinte maneira: 1) reserva legal simples – que se verifica quando a Carta Magna limita-se a prever que eventual restrição do legislador ordinário seja estabelecida em lei, como, por exemplo, se vislumbra na redação dos incisos VI, VII e XV do artigo 5º da Lei Maior, e 2) reserva legal qualificada – que ocorre quando a Lei Maior exige, não só que seja a restrição prevista em lei, mas também traça as condições e fins que devem ser observados pela norma restritiva, como, por exemplo, se depreende nos incisos XII e XIII, do artigo 5º da Constituição da República.

Ressoa evidente que os direitos e garantias constitucionais não estão sujeitos à restrição ilimitada, já que o atuar do legislador ordinário não se reveste de caráter ilimitado, encontrando-se tais restrições limites inspirados no princípio da razoabilidade.

É vedado ao legislador ordinário estabelecer imotivadas e impertinentes limitações, que se revelem desproporcionais aos direitos fundamentais em foco.

É, por este motivo, que se proíbe a restrição ilimitada e desmotivada dos direitos fundamentais, com ataque frontal ao seu núcleo essencial, posto que não se pode extirpar o conteúdo da norma, suprimindo injustamente a garantia outorgada originariamente pela Lei Maior.

Incumbe aos três poderes garantir a efetividade dos direitos fundamentais. No entanto, inquestionável o papel de extrema importância do Poder Judiciário na defesa de direitos tão relevantes. [...]

Como dito alhures neste trabalho, os direitos fundamentais foram construídos e/ou conquistados em meio a lutas e sacrifícios de incontáveis vidas humanas. Muito suor e saúde já se dispendeu em prol desses direitos!

<sup>66</sup> GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista de Direito do TJRJ*, nº 79, 2009, p. 6-7. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197)>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

Os direitos fundamentais foram reunidos pelos seus estudiosos em *gerações* ou *dimensões*, sendo certo que esta última expressão é a que dá mais sentido a essa classe de direitos, já que a primeira delas (‘gerações’) pode fazer surgir a ideia de que uma geração posterior de direitos “revogaria” a geração anterior e isto não corresponde à realidade. Dessa forma, os direitos fundamentais conquistados pelos homens ao longo da história são cumulativos e nenhum deles é ou pode ser revogado em razão da conquista de outros direitos que forem classificados como de “geração superior”.

De fato, os direitos fundamentais de todas as gerações ou dimensões se interagem e se complementam; não há sentido dizer que eles são concorrentes entre si ou que os direitos, *e.g.* de quinta geração revogam os direitos das quatro gerações (ou dimensões) conquistadas anteriormente em outras épocas.

As dimensões dos direitos fundamentais foram estabelecidas em função das dimensões dos direitos humanos. Sob essa ótica, hoje os direitos fundamentais estão reunidos da seguinte forma: *a) direitos de primeira geração* (direito à vida e à liberdade); *b) direitos de segunda geração* (direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e ao lazer); e *c) direitos de terceira geração* (direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao sadio meio ambiente, à boa qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação; esses direitos são também denominados ‘direitos de fraternidade’ ou ‘direitos de solidariedade’). Importante destacar que há doutrinadores que afirmam já existir direitos fundamentais de *quarta e quinta dimensões*, referindo tais direitos, respectivamente, à *engenharia genética* e à *democracia e informática*.

É bem verdade que os direitos fundamentais consagrados nas Constituições não foram criados pelos Constituintes ou pelo legislador ordinário em sentido *lato*. Esses direitos, que têm como objetivo nuclear a proteção da dignidade da pessoa humana receberam *status* de cláusula pétrea (aberta) pela CF/88 (Cf. art. 60, § 4º, IV). Isto decorreu, certamente, do fato de a *dignidade humana* ser também um conceito em aberto, ou seja, em construção, e que sempre estará a exigir novos “direitos fundamentais” para a sua proteção. Isto se justifica em vista das constantes, rápidas e inimagináveis modificações que se operam e sempre se operarão na sociedade, notadamente nos dias hodiernos, com a ampla, ininterrupta e inevitável expansão das Tecnologias de Informação (TI).

Ao ensinar sobre as características especiais dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva<sup>67</sup> destaca que eles se desenvolveram à sombra das *concepções jusnaturalistas*, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis. Deixando ao léu a conotação jusnaturalista que informa a matéria, ainda é possível reconhecer outras características desses direitos, como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

### 2.1.3 Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional brasileiro

Diante das considerações já apresentadas, salienta-se que a expressão *direitos fundamentais* foi inserida pela primeira vez no ordenamento constitucional brasileiro com a *Constituição da República de 18 de setembro de 1946 (CR/46)*. Esta Constituição, que como a de 1988, também restaurou a democracia no Brasil após a longa Ditadura de Getúlio Dornelles Vargas, traz em seu texto, por duas vezes, a expressão *direitos fundamentais*.

Apesar desta realidade, entende-se que tal expressão poderia perfeitamente ter sido utilizada para intitular o “*Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais*”, do “*Título IV – Da Declaração de Direitos*”, da mencionada Carta. Entretanto, os Constituintes preferiram utilizar tal expressão na forma consagrada pela *Revolução Francesa de 1789*: “*direitos fundamentais do homem*”. Assim, não se atribuiu na CR/46 a necessária e merecida atenção a esta classe de direitos essenciais e vitais à dignidade humana.

Na primeira vez em que a expressão em destaque aparece no texto da CR/46, ela está assim escrita<sup>68</sup>:

#### CAPÍTULO II

##### *Dos Direitos e das Garantias individuais*

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos *direitos fundamentais do homem*. (sem destaques no original).

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 181.

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 15 de outubro de 2013, sem paginação na Internet.

Ao se analisar literalmente o *caput* do art. 141, da CR/46, nota-se que os Constituintes asseguram direitos fundamentais de primeira dimensão aos destinatários da referida Carta Política, quais sejam: *direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade*, sendo certo que tal artigo contempla um grande rol de direitos de amplitude individual (esta Constituição não chegou a dar guarida a qualquer direito de amplitude coletiva).

O termo em destaque foi utilizado novamente no art. 146, da CR/46, onde se estabelece que “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os *direitos fundamentais* assegurados nesta Constituição” (sem destaques no texto original).

Como se infere da citada norma, o Constituinte de 1946 estava ciente de que a CR/46 conferia *direitos fundamentais* ao povo brasileiro, mas não destinou tratamento especial a tais direitos, preferindo nomeá-los como “*Direitos e Garantias Individuais*” (Cf. o *Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais*, do *Título IV – Da Declaração de Direitos*, da Constituição em apreço), exteriorizando, talvez, a influência das (ainda) indeléveis características do Estado Liberal.

Os direitos fundamentais só vieram a merecer o devido e necessário destaque com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 (CF/88). Esta Carta Política, chamada “Constituição Cidadã”, foi promulgada após um regime ditatorial que perdurou no país por mais de 20 anos, instalado que foi com o golpe militar de 31 de março de 1964. Assim, a CF/88 restaurou a democracia no Brasil, pondo fim ao período que ficou conhecido na história como “anos de chumbo”.

Os direitos fundamentais foram tratados com atenção especial pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, que, diferentemente dos Constituintes anteriores, os proclamaram logo nos primeiros capítulos da novel Constituição Federal (CF/88).

Este é um dos notáveis pontos que diferenciam e enaltecem a Constituição Federal de 1988 em relação às demais constituições brasileiras e a várias constituições alienígenas, pois nota-se claramente que o Constituinte de 1987-88 quis privilegiar o elemento humano do Estado. O Poder Constituinte Originário foi exercido com o espírito essencialmente democrático e isto justifica o lançamento logo no início da Carta Constitucional de 1988 dos *direitos (e deveres) fundamentais do povo*, (único) elemento vivo e sentimental que integra o Estado, ladeado por seu território e por sua soberania.

Interessante ressaltar que a CF/88 estabelece logo no seu art. 1º que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]*”.

No contexto da CF/88, Gregório Assagra de Almeida lembra que a previsão de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito não constou no texto das outras Constituições brasileiras. Para Assagra de Almeida isto revela um importante diferencial, pois o Estado Democrático de Direito diverge em muito do Estado Liberal de Direito, onde a tutela jurídica é de caráter exclusivamente individualista. No mesmo sentido, ele diverge também do Estado Social de Direito, que dá proteção somente a alguns direitos sociais. Informa ainda Assagra de Almeida que o Estado Democrático de Direito é o “Estado da justiça material, da transformação da realidade social, da tutela jurídica ampla, dinâmica, aberta, concretizante a direitos individuais e coletivos”<sup>69</sup>.

Conforme destaca também Assagra, o art. 3º, da CF/88<sup>70</sup> é extremamente rico em valores estritamente ligados a compromissos do Estado para com a transformação da realidade social. E mais, o autor em referência resalta que como esses valores foram positivados como *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, eles vinculam a todos: executivo, legislativo, judiciário e a própria sociedade<sup>71</sup>.

É importante destacar, como lembra Gregório Assagra de Almeida, que do princípio da solidariedade, arrolado no art. 3º, I, da CF/88, se depreendem vários direitos fundamentais, a exemplo dos direitos à diferença dos idosos, dos índios, dos portadores de necessidades especiais, das crianças e dos adolescentes<sup>72</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu texto título abrangente sobre os Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão e os classificou em

<sup>69</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 352.

<sup>70</sup> CF/88: Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 de abril de 2014, sem paginação na Internet.).

<sup>71</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 353.

<sup>72</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 353.



capítulos específicos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”.

Entretanto, vale lembrar que os direitos fundamentais não estão proclamados somente nestes Capítulos do Título II, da CF/88; há direitos e deveres fundamentais inseridos em outras partes do texto da Constituição, a exemplo do direito à segurança pública (art. 144), direito à saúde (arts. 196 a 200), direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), direitos afetos à família, à criança e ao adolescente, dentre outros.

O caráter dinâmico da sociedade hodierna, cujo traço marcante é representado pelas mudanças das mais variadas ordens, processadas numa rapidez sem tamanho, exige redobrada atenção do Constituinte Reformador. Assim, as devidas alterações no texto constitucional devem ser procedidas com oportunidade, sempre adequando-o às necessidades decorrentes das transformações exigidas pela sociedade, de forma que o Direito possa, de fato, cumprir a sua função de regular as relações dos homens em sociedade.

Nesse contexto é que se operam as Emendas Constitucionais (EC), classe especial de norma prevista na própria Constituição Federal de 1988 (art. 60) e cujo processo de elaboração é mais complexo do que o das leis. A Emenda Constitucional é a única norma capaz de alterar o texto constitucional com acréscimos, restrições e/ou supressões.

Apesar do dispositivo constitucional acima destacado contemplar explicitamente a expressão “direitos e garantias individuais”, já está pacificado na doutrina e nos tribunais que os direitos fundamentais coletivos também se enquadram – implicitamente – na referida norma, ou seja, os direitos massificados também são cláusula pétrea da CF/88. Assim, não se admite a revogação de direitos fundamentais de natureza individual e/ou coletiva já proclamados/positivados, sendo certo que novos direitos fundamentais poderão (e deverão) ser conferidos ao povo quando necessário, consoante o que se explicou antes.

Com o advento da Carta Magna de 1988, os direitos coletivos, chamados hoje por alguns doutrinadores de “novos direitos”, foram positivados juntamente com os direitos individuais, conforme se vê no *Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)*, do seu *Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)*.

Em verdade, mesmo antes da CF/88, alguns direitos coletivos já eram reconhecidos ao cidadão e podiam ser defendidos desde há muito através da *Ação Popular*, regulamentada pela *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*, e mais tarde, também através da *Ação Civil Pública (ACP)*, regulamentada pela *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*, conhecida como *Lei da Ação Civil Pública (LACP)* e que se destinava à defesa de direitos diversos dos contemplados pela *Ação Popular*. Ressalte-se que ambas as ações foram recepcionadas pela

Constituição Federal de 1988, sofreram alterações no decorrer do tempo e continuam a vigorar.

A CF/88 proclamou também como direito fundamental o *direito do consumidor*, determinando a sua defesa, conforme prescreve o seu art. 5º, XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”). Diante deste comando constitucional, promulgou-se a *Lei nº 8.078, em 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC)*, que em seu art. 81<sup>73</sup> define de forma tripartite os direitos massificados, sendo tais definições aplicáveis, *lato sensu*, em sede de qualquer tipo de direito massificado.

A CF/88 instituiu no Brasil um “novo Estado”, o “Estado Democrático de Direito”. Ao discorrer sobre esta inovação em relação às demais constituições que já vigoraram no país, Gregório Assagra da Almeida<sup>74</sup> destaca o seguinte:

[...] Trata-se de um diferencial muito grande, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito, diversamente do Estado Liberal de Direito, de tutela jurídica de caráter individualista, e do Estado Social de Direito, fundado na proteção de alguns direitos sociais, constitui-se no Estado da justiça material, da transformação da realidade social, da transformação da tutela jurídica ampla, dinâmica, aberta, concretizante a direitos individuais e coletivos. O Estado rompe com o dualismo que separava Estado da sociedade e se insere na sociedade, como representação da sua evolução e organização.

Além das características já destacadas, tem-se que os direitos fundamentais foram erigidos ao *status* de “cláusula pétrea”. Assim, por força do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, não podem ser alvo de Emenda tendente a aboli-los.

Ainda, por força das disposições contidas nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CF/88, os direitos fundamentais têm aplicação imediata e os que estão positivados na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>73</sup> Lei nº 8.078/90 (CDC):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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 (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC)*. 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2014, sem paginação na Internet).

<sup>74</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 352.

Uma grande façanha do Constituinte de 1987/88 foi, sem dúvida, a incorporação da proteção dos *direitos coletivos* na CF/88, sendo certo que até então, tais direitos eram reconhecidos somente em reduzidas situações e nunca haviam sido contemplados como *direitos fundamentais*.

Uma vez classificados como direitos fundamentais, os *direitos coletivos* foram então, juntamente com os direitos individuais, elencados no *Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)*, do *Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)*, da mencionada Constituição.

Outro avanço representado pela CF/88 se refere à ampliação do direito de acesso à justiça e sua classificação como garantia fundamental, também chamado “direito de ação” ou “inafastabilidade do judiciário”. O avanço neste cenário diz respeito principalmente ao ‘*direito-garantia*’ de se tutelar *lesão* ou *ameaça de lesão a qualquer direito*, não tendo o Constituinte se adstrito à possibilidade de se defender (via judiciário) apenas direito já violado, como estabelecia as constituições anteriores, mas inclusive a *ameaça de lesão a qualquer direito*; trata-se da *defesa preventiva de direitos*, como estabelece claramente o inciso XXXV, do art. 5º, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O rol de direitos fundamentais conferidos ao cidadão e outros avanços introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, tornaram-na uma constituição inovadora e admirada inclusive no contexto internacional. Sobre este aspecto, Gregório Assagra de Almeida afirma que a CF/88 “[...] constitui-se, sem sombra de dúvida, na consagração de conquistas jurídicas, sociais e políticas, de longe, as mais importantes da História do País e as mais transformadoras”<sup>75</sup>.

No que pertine às garantias fundamentais consagrados pela CF/88 no *Título II*, do seu *Capítulo I*, essas são medidas assecuratórias dos direitos fundamentais e que se inserem na classe dos *deveres fundamentais*, estejam eles na alçada do Estado, do cidadão ou de pessoas jurídicas de direito privado. O objetivo precípua desses deveres é, sem dúvida, o de oferecer condições a todos de concretizar os direitos que lhes são consagrados. Na maioria das vezes, estas medidas são utilizadas contra o próprio Estado, ente onipotente e contumaz violador de direitos fundamentais e de outras naturezas, nas mais variadas situações.

Nesse rumo, vê-se que os *deveres fundamentais* pertencem ou integram matéria dos *direitos fundamentais*, estando ambos estritamente relacionados. Desta afirmativa infere-se,

<sup>75</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 351.

por óbvio, que *os direitos fundamentais não são prestações e/ou abstenções que devem partir somente do Estado para o cidadão; não se pode negar que também o Estado é destinatário de direitos que se abeberam a direitos fundamentais, vez que são imprescindíveis à sua existência/funcionamento/manutenção.*

Dessa forma, os *direitos fundamentais* exigem *deveres fundamentais* por parte do elemento humano do Estado, do próprio Estado em sentido *lato* e, em certa medida, das organizações privadas. Nesse raciocínio, interessante anotar que em regra, a relação direito-dever ocorre de forma reflexa, fazendo valer a máxima de que “o direito de uma pessoa tem por limite o direito do seu semelhante”.

Assim é que os direitos fundamentais vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, mas se direcionam também à proteção dos cidadãos em face dos poderes privados. Ante a aposição dos direitos fundamentais e o plano de sua eficácia, importa destacar as afirmações que se seguem, materializadas na fundamentação de voto no Recurso Extraordinário (RE) 201.819, Relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11 de outubro de 2005, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>76</sup>:

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. 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 CR, 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 (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006.).

A Constituição Federal de 1988, como as normas jurídicas em geral, traça um mundo ideal de se viver, onde uma vez respeitados todos os seus comandos, reinaria a verdadeira paz

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]*. 4. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 20 de agosto de 2014, p. 75.

social. Este é o chamado “mundo do dever ser”, ou seja, a forma de se idealizar uma sociedade justa e ordeira onde os direitos fundamentais e as demais normas de convivência social seriam, de fato, respeitados por todos. Portanto, este “mundo ideal” traçado pela norma, é, em grande medida, irrealizável, inatingível.

O mundo real, ou seja, a vida como ela é, se apresenta como contraponto do citado “dever ser”, e pode ser chamado “mundo do “ser”. Este é o mundo onde reina a pobreza (material e espiritual), as intrigas, crimes, guerras, má distribuição de renda, riquezas, miséria, fome, amor, ódio, alegrias, tristezas, amizade, solidariedade, desordens de todas as ordens e muitas outras mazelas criadas pelos homens em decorrência de seu *modus vivendi* e, certamente pela sua característica ímpar entre os viventes, qual seja, a sua condição de “animal racional”.

Importante pontuar que no Brasil, muitas facetas do “dever ser” já foram transplantadas para o mundo do “ser”. Mas muito ainda precisa ser disponibilizado à população. Os hipossuficientes ou “descamisados” precisam ser educados; num primeiro momento para terem condições de trabalhar e “ganhar a vida”, fazerem respeitar pelos demais cidadãos e serem dignos e capazes de cobrar e/ou defender seus direitos, seja em juízo ou na esfera administrativa.

Ressalte-se que todas as grandes conquistas da humanidade foram frutos de árduas e sangrentas lutas travadas entre classes dominada e dominante... Muitos morreram para que as gerações futuras pudessem gozar direitos que os “poderosos” lhes consagraram em vários momentos da história.

Em suma, os dois “mundos” – o “dever ser” e o “ser” –, jamais se igualam! Eles existem em planos paralelos, diversos: sempre o “ser” estará distante do (utópico) mundo ideal desenhado pela norma.

Mesmo diante desta fatídica realidade, não se pode olvidar que as normas instituídas pelos homens são (sempre serão) utilizadas pelos juízes e tribunais e pelo Estado, *lato sensu*, quando for julgar ou analisar casos concretos que envolvam violações dessas “normas ideais de vida”. Nesse cenário, faz-se valer o brocardo jurídico que proclama: “*dura lex, sed lex*” – a lei é dura, porém é a lei!

Vê-se, destarte, que é preciso que o homem conheça as normas, conheça seus deveres e direitos para com o Estado, para com o seu semelhante, para com a sociedade, para com as organizações, para com o meio ambiente etc, pois caso seja processado por violar uma norma (ideal), será julgado e cobrado com base nessa norma, ou seja, na norma que integra o “dever

ser”; nessas situações, o “ser” lhe ajudará pouco e em poucas situações. A cruza da lei incidirá sobre os seus infratores!

## 2.2 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana foi inserida no art. 1º, III, da CF/88, e, juntamente com outros postulados, integra os *princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro*<sup>77</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a CF/88 referem-se à dignidade da pessoa humana como fundamento e razão de ser de todos os direitos humanos. Uma das propostas mais frutíferas do pensamento moderno consiste em afirmar que o ser humano tem dignidade, ou seja, vale por si mesmo, diferentemente das coisas e dos animais, que em lugar de dignidade têm preço. Esta afirmação serviu para justificar a capacidade de inviolabilidade do ser humano. O Estado e outros grupos ou instituições sociais não podem deixar de reconhecer essa *dignidade*. Diante desta afirmativa, todo o ser humano pode alegar seus próprios direitos frente a abusos de autoridades ou de terceiros.

Segundo Paulo Mascarenhas, a *dignidade da pessoa humana* implica que a ninguém é dado o direito de violar os direitos do homem; cabe ao Estado a proteção desses direitos e a garantia do exercício das liberdades individuais<sup>78</sup>.

A dignidade, para Alexandre de Moraes, é um valor espiritual e moral atinente à pessoa e que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida; este valor traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Assim sendo, somente excepcionalmente, podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto serem humanos<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> CF/88: TÍTULO I – Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; [...] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 de abril de 2014, sem paginação e destaques na Internet).

<sup>78</sup> MASCARENHAS, Paulo. *Manual de direito constitucional*. Salvador, 2010, p. 49. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em: 23 de setembro de 2013.

<sup>79</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 48.

No contexto em debate, Francis Delpérée apresenta de forma simples e objetiva o conceito de dignidade humana e mostra a abrangência desse termo, o que vem a corroborar com as ideias expostas atrás<sup>80</sup>:

O conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais). Consagra assim a Constituição em favor do homem, um direito de resistência. Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar a sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Certamente, na prática, ele suporta, como qualquer um, pressões e influências. No entanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva dependa de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior, seja ela benevolente e paternalista.

Para Uadi Lammêgo Bulos<sup>81</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana agrega a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem expressos na Constituição do Brasil de 1988. Segundo Uadi Lammêgo, quando a CF/88 proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um *imperativo de justiça social*, um *valor constitucional supremo*. Por isso, destaca do autor, a dignidade humana “consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo deste princípio é abrangente, envolvendo valores espirituais e materiais”<sup>82</sup>.

O respeito à dignidade da pessoa humana revela a vitória do homem contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. Desse jeito, tal princípio exterioriza uma série de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. O conteúdo jurídico deste princípio está inter-relacionado com as liberdades públicas, e de forma geral, engloba aspectos de cunho individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Em verdade, a dignidade humana envolve uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: *Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilvete (Orgs.). São Paulo: Dialética, 1999, p. 160.

<sup>81</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.

<sup>82</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.

<sup>83</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.

A dignidade humana surge como direito desde o ventre materno e perdura até à morte, sendo, portando, inata ao homem. Este princípio propicia o acesso à justiça para quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vêm reconhecendo a importância da dignidade humana em todas as demandas que passam pelos crivos dos seus Ministros<sup>84</sup>.

No contexto dos seus ensinamentos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Uadi Lammêgo Bulos apresenta as chamadas “dimensões da dignidade humana”, estabelecidas por Antonio Enrique Pérez Luño<sup>85</sup>. Nesse sentido, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se apresenta em três dimensões: a *dimensão fundamentadora*, de núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; a *dimensão orientadora*, que estabelece metas ou finalidades predeterminadas e faz ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional e a *dimensão crítica*, que se apresenta como critério de aferição da legitimidade das diversas manifestações legislativas.

O autor em referência discorre também sobre a importância da dignidade da pessoa humana na interpretação da Constituição, assinalando o seguinte<sup>86</sup>:

[...] a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobreprincípio, ombreado os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Assim, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.

Para Uadi Lammêgo Bulos é mister se destacar o seguinte sobre o princípio da dignidade humana no Direito Constitucional Comparado<sup>87</sup>:

[...] a constitucionalização do vetor da dignidade da pessoa humana vem plasmada em diversos ordenamentos jurídicos mundiais, o que comprova que o homem é o centro, fundamento das sociedades modernas. Daí a Lei Fundamental de Bonn de

<sup>84</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.

<sup>85</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.

<sup>86</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.

<sup>87</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 512.



1949, diploma que muito influenciou a Constituição espanhola de 1978, ter enfatizado, logo no art. 1º, “a dignidade do homem” (*Schutz der Menschenwürde*): “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público” O mesmo aconteceu com a Constituição portuguesa de 1978 (*sic*), [1976] que também assegurou o princípio (art. 1º).

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, Kildare Gonçalves Carvalho afirma que este princípio significa mais que o reconhecimento do valor do homem no que tange à sua liberdade. Nesse pormenor, para Kildare, o Estado se constrói com base nesse princípio, sendo verdade que o termo *dignidade* designa o respeito que merece qualquer pessoa; e destaca mais o seguinte<sup>88</sup>:

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento Kantiano.

Dessa forma, vê-se que a *dignidade da pessoa humana* é a base-maior do enunciado dos direitos humanos fundamentais. Kildare Gonçalves Carvalho diz que “a dignidade humana, como qualidade intrínseca da pessoa humana [...], é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”<sup>89</sup>.

Assim, vê-se que o *princípio da dignidade da pessoa humana* está intimamente ligado aos direitos humanos fundamentais, sendo correto afirmar que ele é o fundamento maior *desses direitos*. Lado outro, é correto afirmar também que o principal objetivo dos direitos fundamentais é o de garantir que todos os homens vivam com dignidade. Nesse prisma, deve o Estado cuidar para que todos os *objetivos fundamentais da República Democrática Brasileira* (art. 3º, CF/88) sejam alcançados. Isto implica dizer que o Estado deve disponibilizar ao povo condições de viver dignamente, ser respeitado e ter pelo menos o *mínimo existencial*.

<sup>88</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 462.

<sup>89</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 655.

### 3 DEVERES E DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Ninguém possui outro direito senão o de sempre cumprir o seu dever (AUGUSTE COMTE – 1798-1857).*

Para se garantir *direitos fundamentais* ou de qualquer natureza, há que se entrar em cena os *deveres* (fundamentais ou não) de alguém para com alguém, ou seja, do *titular* para com o *destinatário* dos direitos considerados. Em se tratando de direitos fundamentais, em regra, esses deveres são atribuídos ao Estado, mas há também deveres de particulares e de pessoas jurídicas de direito privado para como Estado e para com cidadãos que a elas se vinculam por motivos diversos. Esses direitos, em regra, são de ordem reflexiva.

Diante deste quadro, as funções dos deveres (fundamentais ou não) são entendidas como sendo ações direcionadas ao Estado ou a alguém (pessoa física ou jurídica de direito privado), com vistas a fazer ou não fazer algo em prol do respeito, preservação ou da concretização de um direito de alguém ou da reparação dos prejuízos decorrentes de sua violação.

Dessa forma, nota-se que os deveres fundamentais têm função de destaque no que pertine à vinculação, em regra do Estado e do particular e, excepcionalmente, de pessoas jurídicas de direito privado no sentido de se respeitar e/ou concretizar direitos fundamentais e também direitos de outras amplitudes, em relações horizontais e/ou verticais, de forma recíproca.

Ante o exposto, vê-se que no contexto dos *deveres* se inserem, também, todas as condições e a infraestrutura necessária à efetivação dos *direitos fundamentais*. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, ao discorrer sobre os deveres fundamentais, faz a seguinte indagação: “O que significam deveres fundamentais num Estado de direito democrático?” E em seguida ele mesmo responde, afirmando que estes deveres “Significam, em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade”<sup>90</sup>. Gomes Canotilho continua, dizendo que “Em segundo lugar, a fórmula constitucional não significa [...] a simetria de direitos e deveres, mas estabelece um

---

<sup>90</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 531.

fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação para os deveres fundamentais”<sup>91</sup>.

É relevante pontuar que a análise de J.J. Canotilho sobre os deveres fundamentais tem por base as prescrições contidas na Constituição Portuguesa de 1976 (CP/76), uma das Cartas Políticas que serviu de paradigma à elaboração da Constituição do Brasil de 1988.

No mesmo contexto acima, Gomes Canotilho faz também as seguintes explicações sobre os deveres fundamentais<sup>92</sup>:

O fundamento constitucional dos deveres fundamentais não é, em primeira linha, a necessidade de se defender ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito. É neste sentido que se defende serem os deveres fundamentais um “capítulo dos próprios direitos fundamentais”. (P. Badura). A dimensão jurídico-constitucional dos deveres ultrapassa, porém, o círculo dos direitos. Os deveres fundamentais são também referidos como categorias jurídico-internacionais na Declaração Internacional dos Direitos do Homem (art. 29.º/1), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (cfr. Preâmbulo), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (art. 32.º/1) e na Carta Africana de Direitos do Homem (art. 29.º/7).

A Constituição [o autor se refere à Constituição Portuguesa de 1976] não consagra, no entanto, um catálogo de deveres fundamentais à semelhança dos direitos fundamentais. Há apenas deveres fundamentais de natureza pontual necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autorização constitucional. Pode falar-se, também aqui, de uma reserva de constituição quanto a deveres fundamentais.

A concepção do dever fundamental é antiga no pensamento constitucional. Assim, este dever “Trata-se de uma reivindicação de cunho conservador, segundo a qual o papel da Constituição não se esgota no ato de conferir direitos, sendo também necessário formular os deveres das pessoas enquanto membros da sociedade e do Estado”<sup>93</sup>.

Destaca-se ainda que “se uma pessoa tem o direito de ficar só em casa em um determinado contexto tutelado pela lei, isso só pode significar que todos os demais têm o dever geral de respeitar sua privacidade espacial”. Dessa forma, “Negar este dever geral

<sup>91</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 532.

<sup>92</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 532.

<sup>93</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

significa, na substância, abolir os referidos direitos [fundamentais ou não], admitindo uma contradição: ‘A tem direito a X, mas B pode violá-lo’<sup>94</sup>.

Para Dimoulis e Martins, “o Capítulo I do Título II da Constituição Federal apesar de tratar oficialmente dos ‘deveres individuais e coletivos’ não estabelece explicitamente deveres”. Entretanto, referidos autores destacam que “a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado”. Dessa forma, esses deveres têm que ser realizados com medidas apropriadas e não por meio de simples omissão de intervenção, tal como nos direitos individuais. Nesse contexto, os autores pontuam que “O mesmo acontece com as garantias de instituições públicas e privadas que podem ser realizadas somente por meio do cumprimento do respectivo dever do Estado”<sup>95</sup>.

Conforme defendem Dimoulis e Martins<sup>96</sup>, uma leitura mais detida do art. 5º da CF/88, possibilita detectar vários deveres específicos do Estado para com os indivíduos. Nesse sentido, os autores em referência citam, *e.g.* a indenização do condenado por erro judicial, direito fundamental consagrado no inciso LXXV, do referido art. 5º. Para Dimoulis e Martins essa norma “estabelece que ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário’, [e] isto constitui um dever das autoridades estatais, que corresponde ao direito daquele que foi injustamente condenado de receber uma indenização pelos danos indevidamente sofridos”<sup>97</sup>.

### **3.1 Deveres fundamentais: um tema esquecido pela doutrina constitucional contemporânea**

Como já foi explicado alhures neste trabalho, os deveres fundamentais se situam no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse passo, ao se realizar a pesquisa em relato, pôde-se entender que esses *deveres* são também, uma *espécie do gênero direitos fundamentais*. Esta constatação serviu de base à elaboração da teoria demonstrada na seção numérica 3.4.1, logo à frente.

<sup>94</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

<sup>95</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

<sup>96</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

<sup>97</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

Diante da assertiva supra, não é difícil compreender que os deveres fundamentais, na imensa maioria dos casos, existem em função dos direitos fundamentais com os quais se relacionam e se vinculam, sendo verdade que, em regra, *o cumprimento de deveres é indispensável à efetiva concretização de direitos*.

Dessa forma, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>98</sup> destaca que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à proteção e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, “representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca”. Continuando com seu magistério, o autor ressalta que “Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério”<sup>99</sup>.

O autor em referência assinala que os deveres fundamentais, como informa a doutrina, não são bem explorados pelos estudiosos do direito constitucional contemporâneo. Nesse sentido, Ingo Sarlet frisa que os deveres fundamentais são um tema “dos mais ‘esquecidos’ pela doutrina constitucional contemporânea, não dispendo de um regime constitucional equivalente (ou mesmo aproximado) àquele destinado aos direitos fundamentais”<sup>100</sup>.

Ante esta situação, Ingo Wolfgang Sarlet destaca o seguinte, no contexto em estudo, no âmbito do Estado Brasileiro<sup>101</sup>:

[...] No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma “herança liberal”, no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção em sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos “direitos subjetivos” em detrimento dos “deveres”. Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

<sup>101</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança. Em virtude da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como do caráter demasiadamente liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplam-se, dessa maneira, os elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais.

Conforme assinala ainda Sarlet<sup>102</sup>, o reconhecimento de deveres fundamentais implica a participação ativa dos cidadãos na vida pública e, na acepção de Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”. Este quadro reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações privadas, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos, já no âmbito do Estado Social, acabou levando a um fortalecimento da noção de deveres fundamentais, além de caracterizar o direito a igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal<sup>103</sup>.

A *dignidade da pessoa humana*, como explicado atrás, encontra-se subentendida na noção de *deveres fundamentais*, sendo esta “compreendida de modo individualizado e comunitário (institucionalizada), não se podendo falar em garantias efetivas dos direitos fundamentais sem o cumprimento mínimo de deveres do homem e do cidadão”<sup>104</sup>.

Conforme explicam Bruna Lyra Duque e Adriano Sant’Ana Pedra<sup>105</sup>, a Constituição do Brasil de 1988 não apresenta apenas normas que conferem *direitos*, mas também *diversos deveres* dos sujeitos como membros do Estado. Tem-se, assim, que os *deveres fundamentais* são recíprocos aos *direitos fundamentais* (ou direitos da liberdade), pois se limitam por estes e se prestam ao mesmo tempo como garantia para o exercício da liberdade. Destarte, nota-se

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

<sup>103</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 208.

<sup>105</sup> DUQUE, Bruna Lyra; SANT’ANA PEDRA, Adriano. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013, p. 148. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345/335>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

que o Estado não pode ser concebido apenas de *direitos*, mas também, e da mesma forma, de *deveres*.

Ao se manifestar sobre os *deveres individuais e coletivos* na Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva lembra que a referida Carta Política traz em seu texto título assim nomeado. Segundo José Afonso, “Os conservadores da Constituinte clamaram mais pelos deveres que pelos direitos. Sempre reclamaram que a Constituição só estava outorgando direitos e perguntavam onde estariam os deveres? Postulavam, até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos”<sup>106</sup>. Na verdade, o autor afirma que não era isso que esses Constituintes queriam e sim “uma declaração constitucional de deveres, que se impusessem ao povo”<sup>107</sup>.

Neste cenário, José Afonso da Silva entende que a CF/88 não precisava mesmo de elencar em seu texto uma “declaração de deveres”, e, nesse sentido, se expressa<sup>108</sup>:

Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.

Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder. Alguns exemplos esclarecem o tema: o dever de propiciar ampla defesa aos acusados, o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares, o dever de comunicar a prisão de alguém e o local onde se encontra ao juiz competente e à família do preso, o dever de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado, o dever de identificação, ao preso, dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório, o dever de respeitar a integridade física do preso etc. (art. 5º, XLIX, LXII, LXIII e LXIV).

Diante deste cenário, os autores mencionados atrás dizem que a temática dos *deveres fundamentais* diante da autonomia privada deve ser considerada a partir da *tese da simetria entre direitos e deveres fundamentais*. Nesse ponto, busca-se compreender como o reconhecimento de uma relação sinalagmática entre particulares enfraquece a autonomia

<sup>106</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 195-196.

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p.196.

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p.196.

privada e pode gerar conflitos de interesses quando se aplica sem critérios e de forma absoluta o dirigismo contratual<sup>109</sup>.

Reportando-se novamente ao magistério de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, importante lembrar que também se destacam no âmbito dos deveres fundamentais os chamados “deveres (ou imperativos) de criminalização do Estado”. Para os mencionados autores, nesse cenário<sup>110</sup>,

[...] a Constituição Federal estabelece deveres normativos do Poder Legislativo que deve tipificar e punir criminalmente determinadas condutas (exemplo: punir como crime a prática de tortura - art. 5º, XLIII, da CF). É controvertido até que ponto deve-se admitir a presença de deveres de criminalização implícitos ou se faz parte da discricionariedade do legislador ordinário o poder de descriminalizar mesmo graves violações de direitos fundamentais (por exemplo, crimes contra a vida ou contra a liberdade sexual), quando não há um dever explícito de criminalização. Parte da dogmática dos deveres estatais de tutela [...] se traduz, segundo parte da doutrina, justamente em deveres de criminalização implícitos quando forem os únicos suficientemente adequados (proibição de insuficiência – *Untermassverbot*) para o alcance do propósito de tutela. Mas essa tese é altamente polêmica.

Os autores em destaque entendem que o foco da polêmica em torno do *dever de criminalização* reside notadamente no fato de que tais deveres “não oferecem somente uma garantia aos direitos fundamentais (evitar atos de tortura graças à ameaça de sanção penal ou, pelo menos, saber que os agressores serão punidos), mas também têm repercussões sobre os direitos dos possíveis agressores”. Nesse sentido, Dimoulis e Martins assinalam a verdade jurídica que diz que mesmo quando alguém pratica um crime e é condenado, esse alguém não perde os seus direitos fundamentais em razão da condenação, exceto, é claro, os que decorrem da sentença judicial transitada em julgado (direito de locomoção, direito de exercer determinada profissão, outros). Dessa forma, vê-se que há “necessidade de particular cuidado na afirmação e implementação dos deveres de criminalização, sendo necessário comprovar a necessidade de determinada tipificação, conforme uma especial interpretação e aplicação [...] do critério da proporcionalidade<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> DUQUE, Bruna Lyra; SANT’ANA PEDRA, Adriano. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013, p. 149. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345/335>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

<sup>110</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

<sup>111</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.



Ainda no contexto dos deveres fundamentais<sup>112</sup> há outras prescrições na CF/88 sobre deveres dos cidadãos e da sociedade. Nesse passo, se encontram o dever de prestar o serviço militar inicial (obrigatório), estatuído no art. 143, da CF/88, e a educação como dever do Estado e da família, estabelecido no seu art. 205. Nesses casos, “o dever fundamental se define como norma cuja finalidade é exigir dos particulares atuação positiva para implementar direitos fundamentais, mas com a necessária intermediação do Estado legislador, que é o primeiro destinatário das normas definidoras de direitos e deveres fundamentais”<sup>113</sup>.

Em meio aos deveres há uma classe especial: a dos *deveres fundamentais coletivos*. Segundo Dimoulis e Martins<sup>114</sup>, há os “deveres coletivos tradicionais, cujo titular é uma categoria de indivíduos, dependendo seu cumprimento da atuação em conjunto e os novos deveres coletivos, cuja realização é de modo difuso, sendo difícil identificar quem é o titular e quais as suas obrigações”.

Em se tratando de deveres coletivos, importante mostrar as realísticas afirmações que dão conta de que a CF/88 raramente preceitua esse tipo de dever fundamental. Assim sendo, , ressaltam-se as seguintes afirmações<sup>115</sup>:

[Os] Principais exemplos [desta realidade] são o referido dever de prestar o serviço militar (art. 143) e o dever de frequentar o ensino fundamental (art. 208, I), que não podem ser materializados sem a atuação convergente de um grande número de pessoas: O que seria um exército com um único recruta ou um sistema de ensino frequentado por um aluno? Mas, apesar dessa óbvia limitação, o dever de cada titular permanece individual.

Mais numerosos são os novos deveres coletivos, de natureza difusa. Podemos mencionar a segurança pública (“responsabilidade de todos” – art. 144 da CF), a educação (“dever da família”, “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” – art. 205 da CF), a preservação ambiental (dever da “coletividade”, art. 225), a tutela das crianças, dos adolescentes e dos idosos (dever da “família e da sociedade”, art. 227 e 230).

No contexto exclusivo dos chamados “novos deveres fundamentais coletivos”, Dimoulis e Martins explicam como alguns desses deveres vêm sendo cumpridos no Brasil e

<sup>112</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

<sup>113</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

<sup>114</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

<sup>115</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

destacam o relevante papel do legislador ordinário para com tal obrigação estatal, como se segue<sup>116</sup>:

Isso indica que se faz necessária a intervenção legislativa-estatal para especificar as formas e meios de cumprimento de tais deveres pelos seus titulares. Legislações como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ou o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) são concretizações dos respectivos deveres constitucionais da família e da sociedade, havendo previsão de sanções em caso de descumprimento.

Conforme destacam os autores em referência, faz-se necessário lembrar que “alguns direitos garantidos no art. 5º, da CF/88 podem apresentar, segundo a opinião dominante, como contrapartida um dever do titular de exercer seu direito de forma solidária e levando em consideração os interesses da sociedade”<sup>117</sup>. Como exemplo desta assertiva, cita-se o direito de propriedade, que deve ser exercido conforme a “sua função social” (art. 5º, XXIII, CF/88).

Nesse prisma, entende-se que a garantia de um direito depende do reconhecimento (cumprimento) do dever a ele correlato por parte dos demais<sup>118</sup>. Por conta disto é que se diz que “existem tantos deveres implícitos quanto direitos explicitamente declarados”. Tais deveres podem se materializar através de ação ou omissão, dependendo da característica do direito, “mas, em todos os casos, o direito de uma pessoa pressupõe o dever de todas as demais (quando se aceita a tese do efeito horizontal direto) e, sobretudo, das autoridades do Estado”<sup>119</sup>.

Entretanto, “outros autores consideram, ao contrário, que, entre direitos e deveres, não há necessariamente correspondência, constatando uma relação de assimetria”<sup>120</sup>. Nesse sentido, Leonardo Martins<sup>121</sup> aponta que a *tese da simetria* revela o seguinte problema:

Uma relação sinalagmática de direitos fundamentais e obrigações ou deveres fundamentais, tal qual ocorre no plano infraconstitucional, sobretudo no direito civil obrigacional e infraconstitucional em geral, enfraquece o caráter autônomo do direito civil, o sentido da autonomia privada enquanto liberdade de contratar, gerando eternos e insolúveis conflitos, e também o papel de parâmetro do controle

<sup>116</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

<sup>117</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 196.

<sup>119</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

<sup>120</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109.

<sup>121</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

de constitucionalidade que têm as normas de direito fundamental. Um determinado titular **A** pode sim impedir totalmente o exercício da liberdade de expressão do titular **B** sem violá-la, tendo em vista uma cláusula contratual ou exercício de um outro direito fundamental, simplesmente porque o destinatário (vinculado) à norma do art. 5º, IV, da CF é somente o Estado. Imagine-se a tamanha insegurança jurídica que seria causada se partíssemos do dever de uma associação empresarial que não pudesse excluir um membro ideologicamente inoportuno que violasse inclusive normas estatutárias. Deveriam ser estas julgadas inconstitucionais de plano? Uma expressão perniciosa de um membro de uma associação religiosa que afirme acreditar no Deus de outra comunidade religiosa não pode levar à sua “excomunhão” consoante os dogmas da própria instituição religiosa? Haveria aqui violação da liberdade do art. 5º, VI, da CF? Mesmo a inviolabilidade do domicílio enquanto direito fundamental é endereçada inicialmente somente ao Estado. Por se tratar aqui de um bem jurídico de tamanha relevância, o legislador penal resolveu protegê-lo também contra agressões provenientes de quaisquer pessoas, sancionando a conduta ilícita com intervenção em outro direito fundamental do acusado. A invasão do domicílio por particular implica violação da respectiva norma penal (art. 150 do CP) e não do art. 5º, XI, da CF.

Ao se estudar os deveres fundamentais na CF/88 percebe-se que eles são oponíveis, em primeiro plano, ao Estado pelos cidadãos e também destes em face dos demais cidadãos e do Estado, numa relação reflexiva. É certo que existem também deveres fundamentais das organizações privadas para com determinados cidadãos e para com o Estado, sendo que também essas relações ocorrem de forma recíproca.

No contexto dos deveres fundamentais, Norberto Bobbio<sup>122</sup> também faz importantes ponderações:

[...] o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos. É inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados. Parece-me, antes de mais nada, que é preciso distinguir duas ordens de dificuldades: uma de natureza mais propriamente jurídico-política, outra substancial, ou seja, inerente ao conteúdo dos direitos em pauta.

A partir dos avanços em sede de direitos fundamentais com a CF/88 e de outras constituições democráticas alienígenas, aí se considerando a positivação de vários direitos de cunho individual e coletivo, das garantias fundamentais e dos deveres fundamentais, vive-se

---

<sup>122</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 36-37.

hoje a chamada “face oculta dos direitos humanos”. Essa expressão foi cunhada por José Casalta Nabais, que, nesse sentido, assim se expressa<sup>123</sup>:

Estou seguro de que o objecto, que escolhi para esta minha exposição, não está na moda nos tempos que correm. A bem dizer não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica.

Segundo José Casalta Nabais, uma das causas do “esquecimento” dos deveres fundamentais pela doutrina pode ser atribuída à grande preocupação dominante após a Segunda Guerra Mundial de se instituir ou fundar regimes constitucionais suficientemente fortes no aspecto protetivo dos direitos e liberdades fundamentais. O pós-guerra revelou a preocupação exacerbada de se edificar regimes que se opusessem de forma plena e eficaz a todas e quaisquer tentativas de regresso ao passado totalitário ou autoritário. Assim, conforme assevera Casalta Nabais, “Era, pois, necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos”<sup>124</sup>.

### 3.2 As funções dos deveres fundamentais na Constituição Federal de 1988

Pelo que se vislumbrou com a pesquisa em foco, acredita-se que o Constituinte de 1987-88 já previa que o legislador pátrio não teria o (esperado) esmero para com o seu dever fundamental de legislar. Diz-se isso exclusivamente no que tange à regulamentação dos tantos direitos fundamentais que foram por eles proclamados na CF/88 e que careciam de regulamentação: alguns desses direitos até hoje reclamam a regulamentação, evidenciando-se, assim, a mora do Legislativo.

Nesse sentido, o texto original da CF/88 constou um novel instituto jurídico que não deixa de ser uma “ferramenta-garantia” que consegue mitigar a mora legislativa e do Estado em sentido *lato*, qual seja, o *Mandado de Injunção* (art. 5º, LXXI).

<sup>123</sup> NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Coimbra, 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013, p. 1.

<sup>124</sup> NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Coimbra, 2005, p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

A inserção do *princípio da eficiência* no texto da Constituição Federal de 1988, procedida com a Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 1998, deveria ter implicado em maior comprometimento dos parlamentares para com o dever legiferante e dos governantes em geral para com o fiel exercício de suas competências de poder atribuídas pelas normas.

No entanto, isto não ocorreu e o Mandado de Injunção vem sendo utilizado em larga escala para se conseguir concretizar certos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Como se vê, a própria inserção do Mandado de Injunção (MI) como *remédio constitucional para purgar a mora legislativa* (“sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais”), por si só, entende-se, já indica que os próprios parlamentares Constituintes já tinham em mente que o Legislativo não cumpriria eficientemente o seu dever constitucional de legislar. Ante este entendimento, o MI se revela como meio de defesa do legislador que não regulamentou certos direitos fundamentais insertos em normas de eficácia contida; ao mesmo tempo, esse *remédio* serve de lenitivo a muitos cidadãos que a ele recorrem para garantir a fruição e/ou a não violação de seus direitos.

Esta realidade, que se acredita ter sido uma “maliciosa” defesa prévia engendrada pelo Constituinte de 1987-88 e dos parlamentares que os sucederiam, na verdade, foi uma tentativa de se paliar a mora legislativa para com os titulares de direitos não regulamentados, sendo certo que o Judiciário, em sede de solução de Mandado de Injunção, em regra, resolve cada caso com base na analogia, determinando a fruição do direito reclamado com base em lei que regulamenta direito semelhante ao não regulamentado.

No caso em epígrafe, interessante frisar que até o presente momento, passados mais de 26 anos da promulgação da CF/88, ainda há direitos fundamentais que não foram regulamentados pelos legisladores, como o direito de greve do funcionário público civil (art. 37, VII, CF/88) e a aposentadoria especial desses funcionários, prevista no art. 40, § 4º, III, da mencionada Constituição.

Ainda em se tratando do Mandado de Injunção, interessante pontuar que até mesmo os ritos processuais deste “remédio constitucional” ainda não foram regulamentados em lei, sendo “observado, no que couber, as normas que disciplinam o Mandado de Segurança”, conforme prescreve o art. 24, parágrafo único, da *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. A

mesma situação perdura também no caso do *Habeas Data*, “remédio constitucional” previsto no art. 5º, LXXII, a) e b), da CF/88<sup>125</sup>.

Como se vê, a desídia do Legislativo é facilmente percebida, mesmo que de forma implícita, no próprio texto constitucional que prevê a possibilidade de se impetrar Mandado de Injunção (MI), uma forma de se mitigar esse não fazer dos parlamentares pátrios (art. 5º, LXXI, CF/88). Eis que a própria Constituição do Brasil, em sede de direitos e deveres fundamentais, reconhece e procura paliar os casos de descumprimento do principal dever fundamental do Estado-Legislativo, ou seja, o *dever-função de legislar*.

Entretanto, é bom salientar que muitas ações são ajuizadas para se reclamar e cobrar prestações positivas do Estado (*lato sensu*), principalmente no que se refere ao (não) cumprimento do dever fundamental para com a saúde. É sabido que somente por meio da via judicial é que o Estado, por exemplo, fornece remédios que estão “fora da lista” do Sistema Único de Saúde (SUS), que agiliza cirurgias e outros procedimentos de urgência e emergência, que realiza exames considerados mais “sofisticados” e várias outras ações afetas ao direito fundamental à saúde (arts. 196-200, da CF/88).

O direito humano fundamental (difuso) à saúde, a todos consagrado pela Constituição Cidadã de 1988, é dever do Estado e por isto deve ser cumprido de forma eficiente: é assim que está proclamado na Constituição do Brasil! Entretanto, o que ocorre é o pleno descumprimento de mais este dever estatal, gerando evidentes e imensuráveis prejuízos, muitos deles irreparáveis, a milhões de brasileiros.

O que ocorre é que o SUS não atende ao povo da forma devida e oportuna como foi concebido pela CF/88 e pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências). O Estado, em sentido *lato*, deixa muito a desejar no que tange ao cumprimento do seu dever fundamental para com a saúde do povo brasileiro. Assim, são muitas as pessoas que morrem à míngua do atendimento de profissionais da saúde; muitos são os que, mesmo doentes, têm que suportar filas intermináveis em busca de médicos, de medicamentos ou de exames médicos. O SUS não cumpre o seu papel! Ele não funciona! Muitos brasileiros morrem antes mesmo de se

---

<sup>125</sup> Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990: Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor. Parágrafo único - **No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica** (BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. *Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*. 1990a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2014. Sem paginação e sem destaques na Internet).

avistarem com um médico ou de ingerir um só comprimido que o Estado se obrigou constitucionalmente a lhe fornecer. Isto é real, é científico, ocorre sistematicamente em todo o país e é mostrado insistentemente e quase diariamente pela mídia, numa verdadeira e absurda reincidência específica.

No contexto em debate, ainda no que pertine a não regulamentação dos direitos fundamentais coletivos de greve e de aposentadoria especial do funcionário público civil, citados antes, é bom frisar que esses direitos já foram objeto de milhares de Mandados de Injunção. Na decisão de tais MI o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou o emprego, por analogia, de leis que regulamentam esses direitos no âmbito da iniciativa privada. É consabido que essas “improvisações” acabam gerando prejuízos aos destinatários dos direitos, haja vista as diferenças existentes entre as atividades desenvolvidas pelos funcionários públicos civis e pelas pessoas que laboram na iniciativa privada.

Neste prisma, conforme se infere de notícia divulgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), durante a sessão plenária de 09 de abril de 2014, o Ministro Teori Zavascki apresentou levantamento comprovando que no período de 2005 a 2013 o STF recebeu 5.219 Mandados de Injunção; desses, 4.892 se referiam especificamente à aposentadoria especial de servidores públicos. Por conta desta grande ocorrência de MI reclamando a mora legislativa para com a regulamentação de um mesmo direito fundamental coletivo, o Plenário do STF aprovou, por unanimidade, a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 45. O verbete refere-se apenas à aposentadoria especial em decorrência de atividades exercidas em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física dos servidores. A Súmula passou a ser a 33ª Súmula Vinculante (SV) do STF. O verbete de súmula foi publicado no Diário Oficial da União (DOU), de 24 de abril de 2014, com os seguintes dizeres: *“Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica”*<sup>126</sup>.

Diante do exposto, cabe ressaltar que são muitos os casos em que o Estado-Administração só cumpre seus deveres quando instado pelo Judiciário através de sentenças ou acórdãos. Daí a chamada (e questionada), “judicialização do Executivo”.

---

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Aprovada Súmula Vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público*. Quarta-feira, 09 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264538&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 de abril de 2014. Sem paginação e destaques na Internet.

Entretanto, grande questão se assenta também sobre os milhões de brasileiros, que, por razões das mais variadas ordens, inclusive pela deficiência do Estado em garantir-lhes o direito fundamental a assistência jurídica integral e gratuita, haja vista serem hipossuficientes (*art. 5º, LXXIV*), não conseguem ter acesso à justiça para reclamar seus direitos.

Há também neste mesmo rumo, outro “verme”, talvez o mais terrível dos tantos “vermes” que assolam a espécie humana nas várias partes da Terra: o *analfabetismo!* Segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, 9% dos brasileiros eram analfabetos, o que totalizava aproximadamente 18 milhões de pessoas. Mesmo assim, o IBGE afirmou que em comparação com os resultados do Censo de 2000, a situação da alfabetização melhorou no país, pois a taxa de analfabetismo diminuiu de 12,8% para 9% em 2010<sup>127</sup>.

Esses milhões de brasileiros analfabetos não conhecem os direitos fundamentais que lhes foram conferidos; muitas dessas pessoas quando acaso ouvem falar de “direitos”, não acreditam que são reais e muito menos realizáveis.

O “verme” do analfabetismo é um terrível mal que assola muitas nações! Já houve quem disse que “o analfabeto mal ouve, mal fala, mal vê...” E soma-se a essa assertiva, ainda, que ele mal vive, aliás, não vive, “sofre a vida”, não conhece seus direitos e menos ainda os seus deveres; não come, não mora, não veste, não tem saúde, não vai à escola, não trabalha... Apenas existe, “vegeta” pelas ruas e morros, campos e construções, vilas e favelas, ora sentido frio ora o calor causticante e sempre à mercê de todo tipo de intempérie... Muita vez se prostituindo e muita vez se lançando no mundo do crime...

Este quadro revela a trágica realidade brasileira: um país rico com muitos milhões de “filhos” analfabetos, famintos, miseráveis e que simplesmente existem; vivem abaixo ou atrás da linha da pobreza.

Além de vários deveres constitucionais estarem explícitos na CF/88, é interessante pontuar que a Constituição do Brasil de 1988 é uma Constituição Dirigente<sup>128</sup>, pontilhada por normas programáticas e que exigem regulamentação por parte do legislador em sentido

<sup>127</sup> IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Você sabia que o número de pessoas que não sabem ler ou escrever está diminuindo no Brasil?* 2014. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/educacao>>. Acesso em: 22 de agosto de 2014. Sem paginação na Internet.

<sup>128</sup> *Constituição dirigente* é aquela que define fins e objetivos para o Estado e a Sociedade (Programática). Tem a função de fornecer uma direção permanente e exigir a atuação estatal. Contém dispositivos que vinculam a ação do legislador e dos particulares à realização de certos fins e à obediência de certos valores considerados fundamentais pelo Constituinte. (CANOTIHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2001).



*lato* (através de leis, decretos etc) para que possam surtir os efeitos desejados pelos Constituintes.

Apesar de a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, estabelecer norma de grande impacto, que apregoa que *os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata*, várias normas constitucionais, como dito acima, inclusive algumas insertas no seu art. 5º, e que declaram direitos de amplitude fundamental, exigem regulamentação: são normas de eficácia contida.

Assim, difícil entender a possibilidade de *aplicabilidade imediata* de direitos que carecem de regulamentação para serem concretizados. Ante esta constatação, entende-se que o texto do § 1º, do art. 5º, da CF/88 é equivocado, sendo verdade, conforme já se mostrou nesta dissertação, que ainda hoje, há direitos fundamentais que “esperam a boa-vontade” do legislador para serem regulamentados.

Nesse contexto, o comando inserto no referido § 1º, uma novidade introduzida na Constituição Brasileira, sob inspiração da Constituição de Portugal de 1976 (art. 18, I), deixa transparecer aos seus leitores a falsa ideia de que todos os incisos do art. 5º, da CF/88, bem como tantas outras normas da referida Carta, que proclamam direitos fundamentais, são autoexecutáveis<sup>129</sup>. Isto não condiz com a realidade. Como dito atrás, há vários direitos que foram positivados através de normas de eficácia contida, evidenciando-se que nem todos eles são autoaplicáveis. Dessa forma, tem-se que “o parágrafo [1º, art. 5º, CF/88] acima transcrito deve ser visto *cum granun salis*<sup>130</sup>, porque as liberdades públicas têm aplicação imediata se, e somente se, a Carta Suprema não exigir a feitura de leis para implementá-las”<sup>131</sup>.

No que pese a previsão da garantia constitucional representada pelo Mandado de Injunção, acredita-se que isto jamais pode ser invocado como justificativa dos ditames do § 1º, do art. 5º, pois o próprio tempo necessário para se conseguir o provimento de um MI, por si só, já afastaria por completo a possibilidade do direito fundamental objeto de tal Mandado ter “aplicação imediata”.

Em verdade, o provimento favorável em sede de Mandando de Injunção significa tão-somente a “regulamentação precária” de um direito pelo Judiciário, salientando-se, ainda, que tal “regulamentação” só pode ser aplicada ao caso concreto examinado no MI considerado.

<sup>129</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 481-482.

<sup>130</sup> *Cum granun salis*: como um grão de sal; com ponderação, parcimônia, com reserva.

<sup>131</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 482.

Além disto, entende-se que o Mandado de Injunção, mesmo previsto na CF/88, não deixa de ser uma espécie de “ingerência” do Judiciário na esfera de competência do Legislativo, o que não deixa de ser uma forma de comprometimento do princípio da independência dos “Poderes da República”. Acresce-se ainda, que a fruição de direito através de ordem judicial, apesar de ser uma forma de purgar a mora do Legislativo, não é o “caminho ideal” e esperado de se proceder num estado democrático de direito. Está-se diante de uma das anomalias do Estado Democrático de Direito Brasileiro, pois o correto (e constitucional) é o Legislativo legislar, ou seja, cumprir o seu dever-função constitucional.

Diante do estudo realizado entende-se que o Mandado de Injunção foi uma forma dos Constituintes resguardar o (mal) legislador de possível responsabilidade civil por danos materiais e/ou morais ante a impossibilidade de imediata fruição de um direito constitucional em razão da sua mora. *Diante deste entendimento, não teriam esses parlamentares “legislado em causa própria”?*

Ademais, acredita-se que a fruição de um direito fundamental por imposição Judicial não é “remédio” suficiente para eximir o Legislativo de arcar com prejuízos de toda natureza sofridos pelo cidadão em razão de sua mora legislativa, inclusive com os decorrentes de gastos com honorários advocatícios (contratuais), tudo nos termos da responsabilidade civil prevista no Código Civil. Assim, está evidente que a mora do Legislativo no cumprimento de sua função-dever, resultando em prejuízos para o administrado se gera a obrigação de se indenizar o lesado nos prejuízos materiais e imateriais por ele suportados.

No contexto do Mandado de Injunção, o então Deputado Federal e Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, Ulysses Guimarães, talvez tentando justificar a “nobreza do MI”, assim se pronunciou sobre tal “remédio” por ocasião da “entrega da Constituição cidadã” ao povo brasileiro<sup>132</sup>:

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

Diante das afirmações supra, havendo mora legislativa que impossibilite a efetiva concretização de um direito, entende-se cabível a aplicação do art. 389, do *Código Civil Brasileiro (CC)*, que estabelece: “*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas*

<sup>132</sup> BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Ano II – nº 308. Brasília, 5 de outubro de 1988, p. 323. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Comstituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Comstituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 22 de março de 2014.

*e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”. Portanto, pode a casa legislativa (i)responsável ser responsabilizada civilmente e compelida pelo Judiciário a indenizar o lesado.

Importa pontuar, ainda, que com a pesquisa em relato foi possível entender que *deveres fundamentais* guardam estreita relação com as *garantias fundamentais*. Quando o Estado disponibiliza ao cidadão instrumentos processuais e/ou administrativos para lhe propiciar a concretização de seus direitos (fundamentais ou não), por óbvio ele está agindo em sede de cumprimento de deveres fundamentais, sendo certo que esses deveres se inserem na ceara da função-dever do Judiciário de dizer o Direito (função jurisdicional). Nesse caso, visível está que as garantias fundamentais são também *direitos fundamentais* a todos conferidos<sup>133-134-135</sup>, cuja função, no caso em discurso, é a de propiciar a fruição de direitos (fundamentais ou não), em regra por intermédio do Poder Judiciário, retirando tais direitos da abstração em que se encontram no texto constitucional ou legal.

Ante estas explicações, ressalte-se que nada vale se consagrar direitos ao cidadão se ele não puder ou tiver como cobrar, proteger e/ou fruir esses direitos. Daí a relevância das *garantias fundamentais* e dos *deveres fundamentais* consagrados na CF/88.

No âmbito das garantias fundamentais, a Constituição disponibiliza ao cidadão instrumentos processuais e administrativos para fazer valer seus direitos. Nesse contexto, encontram-se os chamados *remédios constitucionais* (*habeas corpus* – preventivo e

<sup>133</sup> Ao explicar a diferença existente entre direitos e garantias fundamentais, Alexandre de Moraes afirma que há doutrinadores que diferenciam os referidos termos. Moraes informa que a distinção entre direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro remonta a *Rui Barbosa*, ao separar as *disposições meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as *disposições assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias. É comum juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 62).

<sup>134</sup> Segundo Alexandre de Moraes, Jorge Miranda faz a mesma diferenciação entre direitos e garantias, e assim se manifesta: “Clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, *os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se*” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 63).

<sup>135</sup> Segundo J.J. Canotilho, também citado por Alexandre de Moraes, *rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de proteção dos direitos*. As garantias se destinam tanto a assegurar o direito do cidadão contra a onipotência estatal quanto a ações ou ingerências de pessoas físicas ou jurídicas que violem ou ameacem violar direitos de outrem. Em verdade, as garantias fundamentais visam a propiciar ao cidadão exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, *habeas data*, direito de petição, princípio do *non bis in idem* e outros) (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 63).

liberatório/repressivo; mandado de segurança – individual e coletivo; *habeas data*; mandado de injunção; ação popular; direito de petição e direito de certidão), a *Ação Civil Pública* (destinada à tutela de direitos coletivos), e, principalmente, o *direito de acesso à justiça* ou *direito de ação*, que se constitui no direito de ajuizar qualquer tipo de ação contra a lesão ou ameaça de lesão a (qualquer) direito (art. 5º, XXXV, CF/88).

Como já foi mencionado alhures nesta dissertação, as garantias constitucionais fundamentais são, em regra, opostas pelo cidadão ao Poder Público ou a seus agentes. Entretanto, é bom lembrar que os deveres fundamentais dos cidadãos para com o Estado e para com os seus semelhantes não podem ser relegados ao esquecimento.

Vê-se, portanto, que Estado e cidadão têm o dever de respeitar (todos) os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio, sejam esses de amplitude fundamental ou não. Assim, impõe-se a todos o cumprimento de seus *deveres*, de forma a se garantir a inviolabilidade dos direitos.

Da mesma forma, infere-se do *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, da CF/88, por óbvio, que os direitos fundamentais não são prestações e/ou abstenções que devem partir tão-somente do Estado para o cidadão. Na verdade, trata-se de uma relação de mão-dupla, reflexiva, pois também o cidadão deve respeitar e cumprir direitos do Estado e das outras pessoas (físicas e jurídicas) com as quais se relaciona.

Interessante pontuar que na realidade essa situação ocorre com maior frequência na forma vertical, ou seja, do Estado para com o cidadão, sendo certo que este ente “onipotente” é o principal responsável pela concretização de muitos direitos fundamentais e de outras amplitudes. Ao Estado, através do Poder Legislativo, é atribuída a *função-dever* de regulamentar os direitos que carecem de tal medida para serem fruídos e de dotar seus órgãos da infraestrutura humana e material necessária à efetivação de tais direitos (fundamentais ou não).

Nesse prisma, é bem verdade que ele, o Estado, *lato sensu*, é também um frequente violador de direitos das mais variadas ordens, inclusive e principalmente de amplitude fundamental. Esta afirmação é tão verdadeira, entende-se, que implicou na criação de “varas especializadas de fazendas públicas” e de “juizados especiais de fazendas públicas” para “cuidarem” exclusivamente de demandas envolvendo o Estado em sentido *lato*.

Nesse rumo, é correto afirmar também que os indivíduos têm deveres fundamentais para com os seus semelhantes, numa relação horizontal (indivíduo para indivíduo e vice-versa).

Apesar da realidade descrita atrás, como já se anotou nesta dissertação, os deveres fundamentais não têm despertado grande entusiasmo ou atenção da doutrina. Pelo contrário, ao se promulgar a “Constituição Cidadã de 1988”, restauradora da democracia pós-golpe militar de 1964, acredita-se que os Constituintes tiveram excessivo zelo em “garantir direitos” ao povo, optando por deixar a maioria dos deveres de forma implícita no texto constitucional.

Neste mesmo cenário, é bom lembrar que os Constituintes não se esqueceram por completo dos *deveres constitucionais fundamentais*. Há de se ressaltar, mais uma vez, que a expressão *deveres fundamentais* foi explicitada no título do *Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)*, do *Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)*, da CF/88. Interessante pontar que vários deveres (e direitos) fundamentais foram (explicitamente) positivados em outros pontos da Constituição, a exemplo do dever para com a segurança pública, para com a à saúde e para com a educação.

Nesse contexto, Claudino Piletti<sup>136</sup>, sustentando que a cada direito corresponde um dever, exemplifica que o direito de se manifestar livremente o pensamento é correlato ao dever de permitir que os outros expressem a sua opinião. A partir deste entendimento, o autor destaca os seguintes deveres principais do povo para com o Estado: dever de votar; dever de pagar impostos e dever de prestar o serviço militar.

Destaca-se também o magistério de Francisco Gérson M. de Lima<sup>137</sup>, no sentido de que os deveres são impostos pelas leis morais e também pela consciência, consistindo em obrigações que a pessoa tem para com Deus, para com o próximo e para consigo mesmo. Nesta vertente, os deveres sociais e cívicos referem-se às obrigações do indivíduo para com as outras pessoas e para com a Pátria.

Como já se mencionou antes, não há na jurisprudência e/ou na doutrina fartas explicações acerca dos deveres fundamentais. Esta omissão ocorre basicamente em razão das marcas indeléveis deixadas pelo Estado Liberal, que era guardião tão-somente de direitos (individuais) de primeira geração, que exigem prestações positivas somente por parte do Estado para com o indivíduo. Esta verdade se traduz até hoje na supremacia dos direitos sobre os deveres<sup>138</sup> estampada no texto da Constituição do Brasil de 1988.

---

<sup>136</sup> PILETTI, Claudino. *OSPB – organização social e política brasileira*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 79.

<sup>137</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. 2011, p. 24. Disponível em: <<http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 241.

A fileira de direitos de amplitude fundamental elencados na CF/88, tendo em vista a importância desses direitos para a boa qualidade de vida do povo, e, notadamente para se garantir a dignidade desse povo, fez com que esses direitos passassem a ser objeto de amplos debates no país. Tais debates ocorreram e ocorrem principalmente nos âmbitos acadêmico, político e jurídico. Esses direitos são também objeto de reflexões e interpretações diversas por parte de operadores do direito, de políticos, estudantes, e, até o presente momento, de forma ainda acanhada, somente pelas pessoas (comuns do povo) que deles tomam conhecimento e precisam fru-í-los.

É relevante destacar que ainda há grande número de pessoas no Brasil que não conhece os direitos que lhes são conferidos pela CF/88 e por tantas leis. É dizer que vários milhões de compatriotas ignoram por completo a Constituição, e, por conseguinte, sequer imaginam os tantos direitos que a Norma-Maior lhes confere; esses “pobres coitados” vivem na penumbra... Perante o ordenamento jurídico brasileiro pode-se dizer que eles apenas “existem”.

Nesse rumo, “falar sobre os deveres do Estado é o mesmo que determinar os direitos dos cidadãos; por outro lado, determinar os deveres dos cidadãos é o mesmo que definir os direitos do Estado”<sup>139</sup>. Porém, segundo Francisco Gérson M. Lima, entre os deveres e os direitos há outras realidades e institutos, como os poderes, as atribuições, as responsabilidades. Assim, nota-se que os poderes do Estado não são absolutos e devem ser utilizados para a consecução dos objetivos sociais. Nestes objetivos há direitos e deveres que informam como, para quê e quando agir, ora por parte do próprio Estado, ora por parte do cidadão.

No contexto em debate, o pensador e filósofo alemão Rudolf Von Ihering, afirma em sua *Luta pelo Direito*, que “Resistir à injustiça é um dever do indivíduo para consigo mesmo, porque é um preceito da existência moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência não pode ser coroada de êxito, senão quando for geral”<sup>140</sup>. Ihering assevera que

---

<sup>139</sup> ARIZA, Dervile; BARBEIRO, Heródoto (Org. e Coord.). *LISA – Biblioteca Integrada*. 7. tir. Organização e coordenação. Campinas: LISA, 1983, v. 5, p. 85 *apud* LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. 2011, p. 29. Disponível em: <<http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

<sup>140</sup> IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1993, 1993, p. 28.

aquele que for atacado em seu direito deve resistir; é um dever que tem para consigo mesmo”<sup>141</sup>.

Da obra de Ihering referida atrás<sup>142</sup> destaca-se também no contexto da pesquisa ora relatada estas suas (eloquentes) palavras:

O direito não será letra morta e se realizará no primeiro caso se as autoridades e os funcionários do Estado cumprirem com o seu dever, e em segundo lugar, se os indivíduos fizerem valer os seus direitos.

Mas, se por qualquer circunstância, seja por comodidade, por ignorância ou por medo, estes últimos ficarem longo tempo inativos, o princípio legal perderá por este motivo o seu valor.

[...].

Não, não basta para que o direito e a justiça floresçam em um país, que o juiz esteja sempre disposto a cingir sua toga, e que a polícia esteja disposta a fazer funcionar os seus agentes; é mister ainda que cada um contribua por sua parte para essa grande obra, porque todo o homem tem o dever de pisotear, quando chega a ocasião, essa víbora que se chama a arbitrariedade e a ilegalidade.

Como se registrou no início desta dissertação, a tendência do homem rumo sempre no sentido de cobrar direitos, seja do Estado, do seu semelhante ou de pessoas jurídicas com as quais ele se relaciona. Nesse sentido, o homem tende também a se esquecer ou a ignorar seus deveres para com essas pessoas e/ou para com o Estado em seu dia a dia; há um brocardo que diz: “se existem direitos, existem deveres a eles correlatos para serem cumpridos”. Esta é uma regra lógica e ao homem não é dado se esquivar de seus deveres.

Dessa forma, vê-se que os *deveres fundamentais* pertencem ou integram os *direitos fundamentais*. Tanto é que os parlamentares da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 os lançaram juntamente com esses direitos no *Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, do *Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, da mencionada Carta. Assim, fácil compreender a estreita relação existente entre *direitos e deveres fundamentais*, bem como inferir-se que direitos e deveres devem coexistir numa verdadeira simbiose.

Ao discorrer sobre os *deveres fundamentais* no âmbito do direito comparado, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>143</sup> afirma que na Europa, de forma ilustrativa, podem ser elencadas as Constituições dos seguintes Estados que fazem menção a essa categoria de deveres: Portugal (Parte I), Espanha (Título I), Itália (Parte I), Bulgária (Capítulo II), Polônia (Capítulo II) e

<sup>141</sup> IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1993, 1993, p. 29.

<sup>142</sup> IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 48, 51.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 209.

Turquia (Parte II). Na América do Sul o autor destaca as Constituições da Colômbia (Capítulo V), do Paraguai (Capítulo XI) e da Venezuela (Capítulo X), que dedicam seções exclusivamente aos *deveres dos indivíduos*; as Cartas do Uruguai (Seção II), da Argentina (Seção 41, dever de preservar o ambiente), da Bolívia (Título Primeiro), do Chile (Capítulo Terceiro) e do Peru (Capítulo III) trazem disposições sobre deveres em menor destaque ou incorporadas às normas que consagram direitos fundamentais.

Quanto às Constituições Africanas, fazem referência a *deveres individuais* a de Burkina Fasso (Capítulo I), a da República Central Africana (arts. 6 e 16), a de Burundi (Título II), a do Congo (Título III), do Egito (Parte III), Nigéria (art. 24), Serra Leoa (art. 13), a de Moçambique (Título III), a do Estado de Gana (art. 41), dentre outras<sup>144</sup>.

No âmbito asiático, no mesmo sentido, as Constituições da Coreia do Sul (Capítulo II), de Hong Kong (Capítulo III da Lei Básica), da Índia (Parte IV A) e do Afeganistão (Capítulo II)<sup>145</sup>.

### **3.3 Os deveres fundamentais e a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**

Os macroproblemas que mais incomodam a sociedade brasileira, ou a todos os brasileiros, na atualidade, residem na insegurança pública, marcada pela crescente, assustadora e pelas mais ousadas formas de práticas criminosas, na debilidade e no descaso para com a saúde pública e na precariedade da educação pública. Todas essas mazelas estão topologicamente situadas no âmbito do tema da pesquisa relatada nesta dissertação, ou seja, no âmbito dos *direitos e deveres fundamentais do Estado* em sentido *lato*.

A cientificidade da afirmativa anterior encontra respaldo na realidade fática enfrentada pelo povo brasileiro, tanto nas áreas urbanas quanto nas áreas rurais. A mídia não para de anunciar os mais hediondos crimes, os desmandos de toda ordem no que tange à (má) prestação de serviços na área da saúde pública e a acelerada degradação da educação pública, o que vem culminado com a diplomação de jovens nos ensinos fundamental e médio que mal

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 209.

<sup>145</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 209.



conseguem ler uma lauda e muito menos entender a mensagem que o autor queria transmitir-lhe.

Sabe-se que não há prioridade entre direitos fundamentais, pois todos eles são imprescindíveis à dignidade da população. Entretanto, não há como deixar de considerar que os três “males” descritos anteriormente são os que mais atemorizam os brasileiros na atualidade. Todos sofrem com os efeitos da insegurança pública, da debilidade da saúde pública e com a péssima educação que o Estado oferece ao povo.

Nesse prisma, pretende-se exteriorizar de forma objetiva como a desídia estatal, especialmente para com os seus três deveres fundamentais elencados antes (saúde, educação e segurança públicas), faz sofrer toda a população brasileira e se traduz num grande óbice à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estampados no art. 3º, da CF/88.

Nesse contexto, entende-se que o poder público deveria envidar todos os seus esforços para mudar essa trágica realidade: muitos morrem à míngua por falta da assistência (básica) à saúde, outros tantos são assassinados por criminosos que a cada dia aperfeiçoam suas formas de agir e tantos outros vivem na penumbra por serem analfabetos e não conseguirem um meio honesto de sobreviver, sendo certo que muitos deles acabam engrossando o “exército do crime” aos se lançarem nas mais variadas modalidades delituosas que são “oferecidas por este fértil e ascendente mercado marginal”.

Ante esta breve exposição, acredita-se que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, II, III, e IV, CF/88) podem ser atingidos a partir da concentração de esforços do Estado no cumprimento dos seus deveres para com as três mazelas sociais descritas antes.

A partir de estudos detalhados em torno dos três direitos/deveres fundamentais em apreço, afloram as seguintes considerações ou deduções lógicas e de efeitos positivos para o povo brasileiro: o combate sistemático à criminalidade resultará em melhorias na prestação da *segurança pública*. A criminalidade violenta vem propiciando a banalização da vida em várias cidades do país e mesmo no campo; as pessoas estão se acostumando a conviver com “sangue” diariamente e o número de homicídios diários no país chega a ultrapassar o número de mortos em guerras sangrentas travadas em várias partes da Terra; ante o grave quadro de violência instalado no Brasil, torna-se difícil, arriscado e extremamente perigoso o exercício regular das atividades humanas cotidianas, ou seja, trabalhar, estudar, ir ao médico, ao hospital, enfim, transitar por logradouros públicos, seja em cidades ou mesmo na zona rural.

Na mesma esteira, é patente que a (in)segurança pública prejudica o pleno desenvolvimento humano e é fator extremamente contrário à realização dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro e dos objetivos pessoais, familiares e profissionais de cada brasileiro e da população em geral.

No que se refere ao *direito/dever fundamental à saúde*, entende-se que a partir do momento em que o Estado, em sentido *lato*, passar a cumprir pelo menos de forma razoável este seu dever, ressurgirá um povo mais sadio e que, conseqüentemente, terá maior disposição e capacitação para trabalhar, estudar e “lutar” para atingir seus próprios objetivos. Nesse sentido, um “povo sadio” influenciará favoravelmente na consecução de todos os objetivos fundamentais da República Brasileira. Ressalte-se, ainda, no contexto da saúde pública, que este direito fundamental de todos só será exercido em plenitude quando o Estado garantir aos seus titulares a necessária segurança (pública) para os seus deslocamentos, para suas internações em nosocômios etc.

O *direito fundamental à educação* é tão imprescindível como todos os demais direitos fundamentais. Nesse contexto, já houve quem dissesse que “a educação liberta o homem”; esta libertação pode ser entendida em variados sentidos, mas é certo que o cidadão educado tem melhores condições de conhecer seus direitos e deveres e de reclamar a violação dos primeiros; o cidadão que passa pela escola aprende o que realmente precisa saber para viver melhor e enfrentar as agruras que normalmente se lhes apresentam em sua estada Terrena. Uma população bem educada e instruída tem maiores e melhores condições de vida, de trabalho e de gestão de seus interesses. No contexto da educação, entende-se que o Estado deve inserir nos currículos dos ensinos fundamental, médio e superior, disciplina destinada exclusivamente a ensinar “*Conhecimentos Básicos de Direito*”; acredita-se que esta disciplina deveria contemplar, em primeiro plano, ensinamentos básicos sobre *direitos e deveres fundamentais* (individuais e coletivos) e outros direitos/deveres consideradas de “*conhecimento obrigatório*” por todos, não só no que tange à Constituição, como também ao *Direito Penal*, ao *Direito Civil* e determinadas leis extravagantes, a exemplo do *Código de Defesa do Consumidor – CDC* (Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990), *Estatuto do Idoso* (Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003) e *Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA* (Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990). Nesse sentido, acredita-se que o ensino de Conhecimentos Básicos de Direito terá boa aceitação por parte dos alunos e de seus familiares. É consabido que a escola, por meio dos seus corpos docente e discente, é uma importante formadora de opinião; os discentes funcionam como “células multiplicadoras” dos conhecimentos auferidos nas aulas, principalmente em se tratando de direitos (e de deveres) conferidos a todo cidadão

brasileiro. Nesse prisma, pai, mãe, irmã(os), amigos e colegas de rua e de lazer dos alunos acabarão “tendo notícia” sobre os direitos (e deveres) de todos e, sobretudo, que é dever do Estado garantir-lhes condições dignas de vida; com o tempo, todos tomarão conhecimento, também, das garantias fundamentais, ou seja, da existência de “ferramentas” ou meios para se defender e/ou cobrar do Estado e mesmo de particulares ou de organizações privadas a concretização desses direitos. Em suma, os alunos aprenderão como e o que se pode e se deve fazer para retirar direitos da abstração em que se encontram no texto da CF/88 e/ou de determinada lei.

Diante da realização dos direitos fundamentais acima descritos, de forma conjunta e harmônica, acredita-se que o Brasil terá uma população mais sadia, feliz e produtiva em todos os sentidos ou aspectos.

A satisfatória concretização dos três direitos fundamentais em destaque implicará numa maior valorização da vida humana, e, por conseguinte, numa maior produtividade humana nos mais diversos setores de atividade/profissões, na redução de gastos do Estado com outros direitos fundamentais e com a assistência social: Bolsa-Família, Bolsa-Escola etc. Isto ocorrerá porque o próprio cidadão passará a concretizar esses direitos por seus próprios meios e iniciativa.

A partir do momento em que o Estado passar a garantir a todos os três direitos fundamentais em apreço, entende-se que será possível a “*edificação de uma sociedade livre, justa e solidária*”, a “*garantia do desenvolvimento nacional*”, a “*erradicação da pobreza [da miséria] e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais*”, bem como a “*promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (Cf. art. 3º, CF/88).

### **3.4 Teorizando direitos e deveres fundamentais**

Como já se afirmou antes nesta dissertação, os deveres fundamentais não tem sido objeto de profunda análise e estudo pela doutrina pátria nem pela doutrina alienígena, sendo poucos os doutrinadores que têm se dedicado a estudá-los detalhadamente.

Diante desta situação, a pesquisa em relato possibilitou a elaboração de uma *teoria* em torno dos direitos e deveres fundamentais consagrados na Constituição do Brasil de 1988, à qual se intitulou *Teoria Tripartite dos Direitos Fundamentais: os Deveres Fundamentais como espécie de Direitos Fundamentais*.

A mencionada teoria foi elaborada diante de detida análise de dados coletados na pesquisa em relato e de inferências e fundamentações suficientemente capazes de explicar as assertivas que a integram.

Para a construção da teoria acima nomeada estudou-se a *estratégia* utilizada pelos parlamentares da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 na elaboração do texto da CF/88 dedicado exclusivamente aos *direitos fundamentais*.

Neste cenário, percebeu-se que os Constituintes lançaram os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” no mesmo Capítulo reservado aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (*Capítulo (I) do Título (II) da Constituição*).

Nesse passo, importa destacar que J.J. Gomes Canotilho, colaciona as afirmações do de Peter Badura, docente da Universidade de Munique/Alemanha, para quem os deveres fundamentais são um “capítulo dos próprios direitos fundamentais”<sup>146</sup>. Esta assertiva ajudou em muito na edificação da teoria em apreço, pois ela transmite ao leitor a ideia de que *os deveres fundamentais são realmente uma espécie de direitos fundamentais*. Assim, entende-se residir nesta premissa a razão de a expressão “*deveres fundamentais*” encabeçar o *Capítulo I, do Título II: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, da CF/88.

Dessa forma, vê-se, sem muito esforço, que a intenção do Constituinte de 1987-88 não foi outra senão a de se destacar a importância e a correlação existente entre *direitos fundamentais* e *deveres fundamentais individuais e coletivos*. Esta intenção é evidenciada principalmente por estarem esses *direitos e deveres* colocados *no mesmo patamar*, de forma a materializar a estreita relação/dependência existente entre ambos. Nesse sentido, fácil perceber a essencialidade dos deveres fundamentais para com a concretização dos direitos fundamentais a eles vinculados. Ou seja, estes dois institutos constitucionais se correlacionam diretamente na imensa maioria dos casos, sendo certo que o não cumprimento de determinado dever fundamental, em regra, implica na não realização ou na falta de condições necessárias à concretização do direito fundamental a ele vinculado ou correspondente, ou dele dependente.

Neste mesmo rumo, a aposição dos *Direitos e Garantias Fundamentais* no mesmo Título da CF/88, desnudou a vontade do Constituinte Originário de mostrar ao povo brasileiro que as *Garantias Fundamentais* são também direitos seus e que estão no mesmo patamar dos *Direitos Fundamentais*. As *Garantias Fundamentais*, como se constatou na pesquisa, são ‘ferramentas’ colocadas à disposição do cidadão para fazer valer os seus direitos em sentido *lato*. Destaca-se, neste ponto, que uma dessas ‘ferramentas’, qual seja, o *direito de ação* ou da

<sup>146</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 532.

*inafastabilidade do judiciário*, destina-se a tutelar em juízo não só lesão ou ameaça a direito fundamental como também a qualquer direito (art. 5º, XXXV, CF/88).

Assim sendo, a doutrina e os tribunais pátrios reconhecem a similitude existente entre direitos e deveres fundamentais, não restando dúvidas de que as garantias constitucionais fundamentais, a maioria delas de ordem processual, são também direitos fundamentais que se apresentam com “roupagem diferente” da dos direitos fundamentais propriamente ditos. Esta evidência se revela a partir do momento em que todo cidadão pode lançar mão das garantias fundamentais sempre que precisar defender seus direitos; importa ressaltar, também, que as garantias fundamentais estão positivadas juntamente com o extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, da *Constituição*; em verdade, elas são “direitos-garantias fundamentais” de todos.

Diante da constatação supra, é correto concluir que as *garantias fundamentais* previstas na CF/88, mais precisamente no seu art. 5º, são também direitos fundamentais de todos e também *deveres do Estado*. Elas se apresentam como deveres porque todas elas estão na esfera de competência do Estado, *lato sensu*, e somente ele, por meio do exercício da função jurisdicional ou através de sua Administração é que recebeu competência constitucional para colocá-las à disposição dos seus administrados e delas conhecer.

Assim, em se tratando de direitos fundamentais ou de deveres fundamentais, as *garantias fundamentais* constituem uma *espécie* do *gênero direitos fundamentais*, ou seja, elas são *direitos fundamentais diversos dos direitos fundamentais propriamente ditos* e dos demais deveres constitucionais dispostos na CF/88, *e.g.* do dever para com a saúde, a educação e a segurança pública. Neste ponto, esses *deveres* exigem esforços diversos do Estado em prol do efetivo manejo das garantias fundamentais por qualquer cidadão.

Interessante pontuar, nesse pormenor, que a principal peculiaridade das garantias é a possibilidade de elas serem manejadas por qualquer cidadão que delas precisar para defender/reclamar a violação ou ameaça a seus direitos, sejam eles fundamentais ou de outra natureza, no último caso, mais precisamente através do exercício do *direito de ação*, positivado no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Nesta mesma linha de raciocínio, o cumprimento dos *deveres fundamentais* é imprescindível à fruição de todos os direitos fundamentais, sendo oportuno destacar que as garantias fundamentais podem ser entendidas como “ferramentas” indispensáveis à realização de certos direitos fundamentais propriamente ditos. Assim, se o Estado, o particular ou uma organização privada (em casos específicos), não cumprir determinado dever constitucional ou legal, em sentido *lato*, sua mora resultará em prejuízos ao titular do direito fundamental (ou de

outra amplitude) considerado, tendo-se em vista a impossibilidade de sua fruição. Diante da mora do Estado em sentido *lato* em não cumprir determinados deveres, surge para o cidadão prejudicado o direito de provocar o Estado-Juiz para lhe “socorrer” e tutelar o direito violado ou que estiver na iminência de o sê-lo.

Portanto, possível compreender que também os *deveres fundamentais* são *uma (outra) espécie do gênero direitos fundamentais*, ou seja, são outro tipo de *Direitos Fundamentais*, ou, mais precisamente, são *direitos fundamentais* que o Estado, os cidadãos, bem como organizações privadas (em casos específicos), devem cumprir fielmente. Somente a partir do cumprimento de deveres é que será possível a efetiva concretização de direitos fundamentais que tiverem sua efetiva concretização adstrita ao cumprimento de deveres para serem efetivamente concretizados ou realizados/fruídos por seus titulares.

Para reforçar o entendimento acima exposto, destaca-se que os parlamentares da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 colocaram à disposição de todos, como *garantia fundamental*, o *Mandado de Injunção*, “ferramenta” de ordem processual destinada a “socorrer” o cidadão quando, por mora legislativa, um direito consagrado na Constituição não puder ser fruído por falta de norma regulamentadora (Cf. art. 5º, LXXI, CF/88).

Nesse cenário, entende-se que não só as *garantias fundamentais*, como também os *deveres fundamentais* são *direitos fundamentais* que se apresentam com “roupagem” diferente da dos direitos fundamentais propriamente ditos; os deveres fundamentais integram um *tertium genus* dos *direitos fundamentais*; eles são, juntamente com as garantias fundamentais, *espécie do gênero Direito Fundamental*.

Para melhor ilustrar a teoria ora apresentada, cita-se como exemplo o *direito fundamental à saúde*, previsto no art. 196, da CF/88: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

O texto constitucional acima destacado é claro ao proclamar que todos têm direito à saúde e que é *dever do Estado* adotar as providências necessárias à sua concretização. E mais, esta norma evidencia que as ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde (de todos), bem como toda a infraestrutura material e humana necessária à concretização deste direito (humano) fundamental, são *deveres fundamentais constitucionais* explícitos do Estado (*lato sensu*). Nesse sentido, o direito fundamental à saúde só poderá ser efetivamente concretizado a partir do momento em que o Estado realmente cumprir com este seu dever fundamental, planejando e executando ações e serviços destinados à promoção,

proteção e recuperação da saúde da população, disponibilizando a todos a infraestrutura adequada e necessária para tal: hospitais, postos de saúde, médicos e seus auxiliares, medicamentos em geral, ambulâncias etc.

Como restou explicado, o cumprimento do dever fundamental do Estado para com a saúde de todos constitui também *direito fundamental [inalienável] de todos*, ou seja, é direito (fundamental) de todos que o Estado cumpra com este dever fundamental para que possam efetivamente concretizar o direito fundamental à saúde proclamado no texto do citado art. 196 (e seguintes) da CF/88.

Por conseguinte, infere-se que os deveres fundamentais afetos ao Estado (*lato sensu*), a particulares ou a organizações privadas, como ocorre com as garantias fundamentais, são também *direitos fundamentais*. É bem verdade que estes direitos, na mesma medida em que as garantias fundamentais, também se apresentam com “*roupagem diferente*” da dos direitos fundamentais propriamente ditos ou em espécie.

No âmbito da teoria em evidência, importa pontuar que os deveres fundamentais, em regra, ocorrem de forma reflexiva nas relações Estado/cidadão, cidadão/cidadão, organização privada/empregados/Estado.

De uma forma mais explícita e didática, entende-se, por óbvio, que o cumprimento dos deveres fundamentais é um direito de todos, sendo certo que este *facere*, seja por parte do Estado, do particular ou de organização privada, é a principal – talvez a única – condição ou forma necessária à efetiva concretização da imensa maioria dos direitos fundamentais.

Diante destas explicações, entende-se que os direitos fundamentais insertos na Constituição do Brasil de 1988 se apresentam de forma tripartite, sendo certo que os *direitos fundamentais* são gênero que comporta três espécies:

- a) *direitos fundamentais propriamente ditos* (ou em espécie);
- b) *direitos-garantias fundamentais*; e
- c) *direitos-deveres fundamentais*.

Nesse rumo, importa ressaltar, também, que há certas anomalias no contexto em estudo e que fogem à regra geral mencionada na presente teoria e nesta dissertação de forma geral, como é o caso do *direito ao voto* (art. 14, *caput*, CF/88). No Brasil, da mesma forma que se tem o *direito fundamental ao voto*, há também o *dever fundamental de votar*, “imposto aos eleitores”, ou seja, eles são “*obrigados a votar*”, *obrigados a cumprir um direito fundamental*. Assim, no caso do Brasil, sendo o voto obrigatório, vê-se que há um contrassenso em relação às características e fundamentos do estado democrático de direito, pois *o Estado obriga o cidadão a exercer um direito de amplitude fundamental; o voto é um*

*direito que tem que ser exercido pelo eleitor; é “direito-dever”*. Entende-se que esta relação é anômala: “exigir que alguém cumpra um direito”; a regra é a de se exigir o cumprimento de dever e não o cumprimento de direito: eis aí uma “*anomalia democrática*” brasileira!

Esta “anomalia democrática” do voto como *direito-dever* ainda vigora no Brasil talvez em razão da falta de consciência política do povo e do excessivo número de analfabetos, sendo razoável dizer que tudo isto se relaciona às deficiências diversas do Estado no cumprimento do seu dever fundamental para com a educação, para com a segurança pública, para com a saúde e para com os seus deveres em geral.

Outro caso que foge à regra *direito-dever*, ora teorizada, é o *dever fundamental de pagar impostos*<sup>147</sup>. Este dever, ante a forma como se desenhou o Estado Democrático de Direito Brasileiro na CF/88, por certo, propicia (ou deveria propiciar) a concretização de vários, ou melhor, de todos os direitos do povo. Entretanto, conforme se extrai do disposto no art. 167, IV, da CF/88, em regra, o dinheiro arrecadado com impostos não se vincula a uma destinação específica. Trata-se da chamada *não afetação dos impostos*, sendo certo que estes tributos só podem ter destinação específica caso haja previsão constitucional. Assim, tem-se um dever fundamental para com o Estado (pagar impostos) sem que se tenha um direito certo a ele correspondente ou a ele vinculado. Frise-se, nesse contexto, a explícita facilidade/possibilidade de *desvios de recursos públicos*, com as mais variadas formas de corrupção, peculato e outras fraudes/crimes, em evidentes e constantes “farras”, desmandos e enriquecimentos ilícitos de incontáveis pessoas com a *res publica*.

Há ainda outro dever do cidadão para com o Estado-União que merece destaque neste espaço. Trata-se do dever de servir à pátria<sup>148</sup>, ou *dever de prestar o serviço militar inicial*, popularmente chamado *serviço militar obrigatório* (Cf. art. 143, CF/88). Nessa vertente, entende-se que deveria estar presente o *sentimento patriótico*, o “*sentimento de brasilidade*” em se envergar a farda de uma das três Forças Armadas para se preparar para a defesa da pátria. Entretanto, é por demais sabido que os jovens, com raríssimas exceções, não sentem qualquer orgulho em prestar o serviço militar; ao contrário, este “dever cívico” é encarado

<sup>147</sup> *O dever fundamental de pagar impostos: é relevante esclarecer que o Estado e as organizações (Sociedades Empresárias) não são titulares de direitos fundamentais, aqueles que foram objeto de tantas lutas do homem contra o Estado e contra as classes dominantes em várias épocas. Assim, ao se referir a dever fundamental de pagar impostos, quer-se dizer que este dever é fundamental no sentido de que o seu cumprimento pelo cidadão e pelas organizações é que irá dotar o Estado, em sentido ‘lato’, das condições necessárias à consecução dos seus objetivos e fins, ou seja, de mover a “máquina estatal” em prol do bem-estar da coletividade. Nesse contexto, é bom lembrar que os deveres fundamentais, em regra, se relacionam aos direitos (humanos) fundamentais e somente em raros casos, a direitos do Estado ou de organizações privadas (Nota do autor).*

<sup>148</sup> Os esclarecimentos da nota 118 valem também para o dever de servir à pátria através da prestação do serviço militar obrigatório (art. 143, CF/88).



simplesmente como um empecilho na vida de quase todos os jovens. No contraponto, é também verdade que ao jovem que presta o serviço militar obrigatório, o chamado conscrito<sup>149</sup>, não é conferido, em contrapartida, qualquer direito fundamental certo, positivado na CF/88 ou na Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar – LSM) ou em qualquer outra norma. Nesse caso, tem-se apenas um *dever-dever* ou um “dever fundamental”.

Faz-se importante destacar que a mora para com as obrigações militares gera uma série de percalços na vida do cidadão, traduzindo-se em prejuízos semelhantes ou até mais gravosos que as punições impostas ao eleitor que não cumpre o *dever-direito de votar*.

---

<sup>149</sup> *Conscrito*: cidadão que foi recrutado para o serviço militar obrigatório.

#### 4 A INCIDÊNCIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

*“Quando um dever parece por demais pesado, pode-se aliviá-lo cumprindo-o com maior escrúpulo” (GOETHE).*

Ao iniciar este capítulo, entende-se relevante destacar alguns ensinamentos do jurista Vicente de Paula Maciel Júnior. Para ele, como “no plano do direito material está constitucionalmente prevista a forma de Estado Democrático de Direito como fundamento da práxis das diversas situações jurídicas, é igualmente importante que tenhamos a extensão desse princípio ao modelo de processo vigente” no Brasil<sup>150</sup>.

Entretanto, Maciel Júnior destaca que “as forças dominantes nos processos de definição de competências de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos, vêm determinando a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir”<sup>151</sup>.

Para o autor em destaque, o sistema baseado nos direitos subjetivos acaba privilegiando a defesa individual dos direitos e são raros os avanços ocorridos no âmbito das demandas contra agentes políticos ou quanto à legitimação para que concorrentemente os sujeitos possam participar da correção sobre a deliberação de alguns atos de poder<sup>152</sup>.

Conforme assinala Vicente de Paula Maciel Júnior, as ações coletivas evidenciam temas que muitas vezes afetam um número indeterminado de pessoas e inclusive o próprio Estado. Nesse contexto, assevera o autor, “é inegável que a demanda coletiva possui, portanto, uma grande força participativa, mesmo porque o seu resultado poderá gerar modificações e adequações de atos de execução dos agentes políticos no exercício de competências de poder”<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

<sup>151</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

<sup>152</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

<sup>153</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

Conforme Maciel Júnior, esta situação “representa uma forma de controle participativo e a ação coletiva é uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade”<sup>154</sup>.

Para o autor em comento, como consequência e reação a essa força participativa que pode surgir dos direitos coletivos e difusos, bem como das ações coletivas para a tutela desses direitos,

os agentes políticos tendem a criar ou atribuir competências aos chamados órgãos “intermediários” (Ministério Público, associações, Órgãos de Defesa do Consumidor, Delegacias de Ordem Econômica, *ombudsman*) e que em muitos casos pertencem ao próprio governo. Sob o argumento de que com isso viabilizam a tutela dos direitos, esses agentes políticos encaminham projetos de lei no sentido de restringir a legitimação para agir somente a esses entes intermediários, excluindo o indivíduo da possibilidade de demandar para a tutela de outros interessados. Some-se a isso que os argumentos utilizados para justificar essa posição são extraídos exatamente do direito processual civil individual no sentido de afirmar inclusive que a viabilidade da demanda coletiva estaria comprometida se a legitimação fosse estendida a todos os indivíduos, porque não seria identificado o “sujeito” da ação.

Ao refletir sobre as ações coletivas, Maciel Júnior entende que por serem tais demandas consideradas como ‘ferramenta’ “de participação, ao mesmo tempo em que se propôs a solucionar os problemas do acesso à justiça por uma massa de pessoas, revelou (*sic.*) [revelaram] o receio de que esses participantes se fortalecessem demasiadamente, sem que sobre eles pudesse haver algum controle”<sup>155</sup>.

Importante pontuar, neste passo, a trágica realidade descrita por Vicente de Paula Maciel e que revela o desinteresse dos agentes políticos, em sentido *lato*, em “fortalecerem” as ações coletivas. Nesse sentido, o autor assevera que apesar de se tratar de uma “lógica compreensível, mas perversa”, tanto os governantes quanto os legisladores utilizaram-se do instituto processual “da legitimação para agir como um mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos. Com isso somente teriam a possibilidade de ajuizar a demanda coletiva algumas poucas entidades e desde que cumprissem certos requisitos pré-estabelecidos na norma”<sup>156</sup>.

Nesse contexto, lembra o autor em referência que “O maior receio dos agentes políticos é que a ação coletiva adotada em um modelo participativo amplo pudesse no fundo

<sup>154</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

<sup>155</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 121.

<sup>156</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 121.

se transformar em um veículo do controle difuso do ato administrativo e da lei em tese, a ser exercido por qualquer interessado”<sup>157</sup>.

Diante das fundamentadas explicações feitas por Vicente de Paula Maciel Júnior, não é difícil compreender que as ações coletivas no Brasil ainda não receberam a devida atenção por mero desinteresse político. Diante desta constatação, faz-se mister lembrar que os direitos coletivos foram consagrados como direitos fundamentais pela Magna Carta de 1988, inclusive ocupando posição de destaque no *Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)* do *Título II*, da mencionada Carta, reservado com exclusividade aos *Direitos e Garantias Fundamentais*.

Dessa forma, vê-se que *é dever fundamental do Estado*, se traduzindo no elemento nuclear da função do Estado-Judiciário, criar e disponibilizar aos administrados as condições necessárias – materiais, humanas e jurídico-legais – que possibilitem a todos o (efetivo e não limitado) direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88). É através do exercício deste direito fundamental que o cidadão defenderá lesão ou ameaça a direito coletivo ou individual.

Nesse cenário, o cumprimento dos deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais, *individuais e coletivos*, está tão-somente na esfera do “poder público”. Assim, vê-se que cabe ao Estado, através de seu corpo legislativo, regulamentar os direitos constitucionais que exigirem tal providência e criar leis e condições para que eles possam realmente ser concretizados.

No exato contexto dos direitos fundamentais coletivos<sup>158</sup>, tem-se que vários deveres do Estado devem ser cumpridos para que tais direitos possam ser efetivamente defendidos por seus titulares. Nesse sentido, para se proteger os direitos coletivos em sentido *lato*, o Poder Judiciário tem que estar devidamente preparado e em condições de garantir às partes litigantes

<sup>157</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 121.

<sup>158</sup> Na pesquisa relatada nesta dissertação só foram considerados os direitos coletivos segundo os termos previstos/definidos no art. 81, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), como se segue, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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 (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC)*. 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2014. Sem paginação na Internet.).

o direito fundamental ao devido processo legal coletivo e aos demais direitos processuais constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis às ações massificadas. Entretanto, é consabido que no Brasil, até o momento, essa classe de direitos ainda vem sendo defendida de forma deficiente e por deveras acanhada, haja vista a inexistência de lei processual que efetivamente garanta aos administrados em geral a legitimidade ativa para agir em sede de ações coletivas.

Nesse cenário, o Poder Judiciário, através do exercício da sua *função-dever*, deve garantir às partes o *processo coletivo justo*, onde realmente elas possam participar de todos os atos e fases do processo; também neste processo, o direito fundamental ao contraditório deve ser nota marcante e essencial que a todos deve ser assegurado em plenitude. Dessa forma, claro está que o cumprimento dos deveres fundamentais processuais atribuídos ao Estado se confundem com a própria *função de dizer o Direito*. Nesse contexto, tem-se que a função jurisdicional (do Estado) é, em verdade, mais um dos seus deveres para com o povo. Esta *função-dever fundamental* é fator primordial e essencial à eficiente tutela dos direitos coletivos ou de qualquer outra espécie de direito garantido ao povo pelo ordenamento jurídico.

Ainda neste contexto, importa destacar as explicações de Gilmar Mendes<sup>159</sup>, para quem os direitos fundamentais se vinculam à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, a tarefa de colocar a disposição da população os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Neste contexto, Gilmar Mendes afirma que os direitos fundamentais, em última análise, visam a prestações objetivas e “a garantia não apenas da liberdade-autonomia perante o Estado, como também da liberdade por intermédio do Estado. Tudo isto porque o indivíduo, em se tratando da conquista e manutenção da sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”<sup>160</sup>.

Nesta vertente, enquanto direitos de defesa (“*status libertatis*” e “*status negativus*”), o autor em comento afirma que os direitos fundamentais se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos. Para Gilmar Mendes, os

---

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 135-136. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 131-142.

<sup>160</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 136. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 131-142.

direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “*status positivus*”, “implicam uma postura ativa do Estado”. Nesse sentido, o autor afirma que o Estado “se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”<sup>161</sup>.

Ainda, conforme afirma Gilmar Mendes, “A concretização dos direitos de garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar”<sup>162</sup>.

Ante ao exposto, vê-se, de pronto, que somente a partir do cumprimento dos deveres fundamentais, notadamente por parte do Estado, é que os indivíduos terão as condições necessárias à efetiva realização dos direitos fundamentais que lhes foram consagrados pela Carta Magna vigente. Neste contexto se insere, por óbvio “a relevância dos deveres fundamentais na tutela dos direitos fundamentais coletivos” e dos direitos em sentido *lato*.

No que tange exclusivamente à proteção dos direitos coletivos, tema do presente capítulo, a pesquisa teve como foco central os *deveres processuais fundamentais do Estado*. É verdade, como já se afirmou atrás, que esses *deveres fundamentais* se confundem com a *função jurisdicional do Estado*, ou seja, com a sua *obrigação constitucional de dizer o Direito diante dos casos concretos que lhes são apresentados por qualquer pessoa*. Isto porque a realidade social pátria revela que somente através da via judicial é que o Estado tende a cumprir muitos de seus deveres. Portanto, os deveres fundamentais processuais estão emersos na *função jurisdicional do Estado*, devendo ser materializados através do *devido processual legal*, o “processo justo”.

É através do processo justo que se pode garantir justiça ao cidadão. Nesse passo, é consabido que em regra, o Estado-Administração não cumpre com seus deveres fundamentais de forma espontânea como deveria fazê-lo. Por isto, o exercício do direito fundamental de ação acaba sendo a única via capaz de fazer esse Estado cumprir tais deveres; esta é uma triste realidade brasileira; *triste* porque muitos são os que não conseguem acessar a justiça: a imensa maioria por não conhecer seus direitos, outros tantos por serem hipossuficientes e não receber assistência jurídica integral e gratuita conforme preceitua a CF/88 (art. 5º, LXXIV).

---

<sup>161</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 136. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.i nap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.i nap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 131-142.

<sup>162</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 136. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.i nap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.i nap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 131-142.

#### 4.1 O devido processo legal como processo justo e a proteção dos direitos massificados e dos direitos em sentido *lato*

Ao se falar em “processo”, é fundamental que se comece por explicar o que vem a ser processo em direito. Entre os vários conceitos apresentados pelos doutrinadores, optou-se na pesquisa ora relatada por entender o processo como sendo o procedimento em contraditório.

Nesse sentido, a partir dos estudos de Oskar Von Bülow<sup>163</sup>, realizados em 1868, que resultaram na *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, passaram os doutrinadores a ter nova concepção acerca do processo.

A partir de Bülow, percebeu-se “que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos”<sup>164</sup>.

Conforme explicam Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini e Araújo Cintra, “o procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”<sup>165</sup>.

Para os autores em referência, “A noção de processo é essencialmente teleológica<sup>166</sup> porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, o poder jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem<sup>167</sup>”. Ante esta situação, os mencionados doutrinadores pátrios concluem

<sup>163</sup> Oskar Von Bülow foi um jurista alemão e um dos maiores especialistas em direito processual civil de sua época; foi professor associado da Universidade. Bülow nasceu em 11 de setembro de 1837 em Wroclaw e morreu em 19 de novembro de 1907, em Heidelberg. Estudou direito em Berlin, Heidelberg e Breslau, tendo obtido seu doutorado em 1859, com o trabalho *praejudicialibus formulis*. Habilitou-se em 1863 com o trabalho *praejudicialibus exceptionibus* e tornou-se professor da Universidade de Giessen em 1865, vindo a lecionar Direito Romano e Direito Civil. Em 1872 foi para Tübingen e em 1885 tornou-se professor da Universidade de Leipzig. Aposentou-se prematuramente em 1892 aos 55 anos, devido a problemas cardíacos, mas continuou dedicando-se aos estudos, publicando várias obras de relevo (KHALED JR, Salah H. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. 2010. *Panóptica*, ano 4 número 20, novembro 2010-março 2011, p. 19-41. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/18/15>>. Acesso em: 05 de outubro de 2014, p. 25.).

<sup>164</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 297.

<sup>165</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 297.

<sup>166</sup> *Teleológica*: relativa a teleologia; diz-se de argumento, conhecimento ou explicação que relaciona um fato com sua causa final (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Informatizado. Correspondente à 3. ed., 1. imp. da Editora Positivo, rev. e atual. do Aurélio Século XXI, o Dicionário da Língua Portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2004, sem paginação – em CD).

<sup>167</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 297.

“que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”<sup>168</sup>.

Pode-se dizer que o processo é o instrumento, a “ferramenta” com a qual o Estado-Juiz exerce a função jurisdicional a cargo do Estado, função esta que visa a dirimir os conflitos e a realizar a justiça pela via judicial.

Conforme ensina Elio Fazzalari, “O ‘processo’ é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente deveres fundamentais do Estado, mas não somente) e algumas atividades de direito privado”<sup>169</sup>.

Sob esta ótica, tem-se que o processo “É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder)”<sup>170</sup>; procedimento, por sua vez, “é o mero aspecto formal do processo, não se confundindo conceitualmente com este; em um só processo pode haver mais de um procedimento (p. ex.: procedimentos em primeiro e segundo graus)”<sup>171</sup>.

De toda a sorte, é fundamental destacar que não há como se entender o que é processo em Direito sem se compreender o que é procedimento. Nesse rumo, destacam-se as seguintes explicações de Aroldo Plínio Gonçalves<sup>172</sup>:

Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o *contraditório*. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

<sup>168</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 297.

<sup>169</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006, p. 27.

<sup>170</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 297.

<sup>171</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 298.

<sup>172</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 68.



Note-se que as explicações citadas atrás têm por base a teoria de Elio Fazzalari, que ao estudar o *processo* e o *procedimento*, concebeu o primeiro como sendo o procedimento realizado em contraditório.

O italiano Elio Fazzalari (1924-2010), pensador e doutrinador do Direito, foi um dos teóricos que melhor identificou o *processo*, atentando-se para a existência de uma modalidade especial de procedimento. Essa modalidade especial se caracteriza pela circunstância de que aos destinatários do ato final da sequência são asseguradas possibilidades simétricas e equilibradas de participarem, influenciando o próprio conteúdo do ato final. São essas possibilidades – denominadas por Fazzalari de *contraditório* – que conferem uma estrutura dialética ao procedimento, e é esta estrutura que se traduz no procedimento<sup>173</sup>.

Segundo informa Fazzalari, “o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”<sup>174</sup>.

Retornando ao tema principal da pesquisa em relato, não se pode olvidar a relevância da função do Judiciário no âmbito do cumprimento dos deveres fundamentais. No contexto desta afirmação, destaca-se que é função-dever do Estado, sob a responsabilidade do Poder Judiciário, garantir o acesso de todos à justiça, conforme prescreve a CF/88 e cumprir os deveres fundamentais que lhe couber, de forma a garantir a realização do *devido processo legal* – o *processo justo*. Em verdade, *o dever do Estado de dizer o direito diante do caso concreto* que lhe é apresentado, como já se afirmou antes, *é a essência da função jurisdicional do Estado*, constitucionalmente atribuída ao Judiciário, se traduzindo, portanto, em *dever-função do Estado-Judiciário*.

É somente a partir do cumprimento dos deveres fundamentais processuais que o cidadão poderá exercer em plenitude o seu *direito fundamental de acesso à justiça*, aí consideradas todas as formas de se provocar o Estado-Juiz para dizer o Direito diante de determinado caso concreto para se defender, de forma individual ou coletiva, qualquer direito violado ou ameaçado de o ser. Nesse contexto, importante destacar que o Estado-Judiciário tem o dever fundamental de exercer a *função jurisdicional* a cargo do Estado, sempre que for provocação por pessoa interessada, e, por conseguinte, deverá examinar criteriosamente o

<sup>173</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

<sup>174</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

caso concreto com o fito de se realizar a justiça, dando a cada um o que lhe pertence. Nesse sentido, uma vez condenado por sentença transitada em julgado, o Judiciário imporá ao Estado – em sentido *lato* – através de sentença ou acórdão, que cumpra o seu dever, ou seja, que garanta a fruição do direito violado em razão de sua inércia. Vê-se, portanto, nesta esteira, que o Estado-Judiciário é a única via que o cidadão dispõe para fazer o Estado (em sentido *lato*) fazer ou não fazer algo em prol da efetiva concretização de grande gama de direitos, fundamentais (ou não) que lhes foram consagrados constitucional e infraconstitucionalmente.

Somente assim é que as partes litigantes terão como fruir o direito processual fundamental ao devido processo legal e os demais direitos processuais constitucionais e infraconstitucionais pertinentes e imprescindíveis ao exercício do direito (fundamental) de ação ou de acesso à justiça. Somente desse jeito é que as partes poderão participar, livre e amplamente, de todos os atos e fases do processo para a efetiva defesa de seus direitos, individuais e/ou coletivos.

O magistrado é o agente público responsável pelo cumprimento da função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a condução do processo com maestria, com a estrita observância da competência constitucional e legal que lhe é conferida para examinar o caso concreto e assegurar a realização de justiça às partes.

Nesse contexto, o magistrado deve sempre buscar a justiça, dando a cada um o que lhe pertence, assegurando às partes litigantes todos os direitos fundamentais constitucionais processuais, tanto nas ações individuais quanto nas ações coletivas. O *processo justo*, representado pela garantia constitucional do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/88) e dos seus consectários, deve ser meta primordial e inarredável do Poder Judiciário, sendo certo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Conforme ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o direito-princípio processual *ao devido processo legal* engloba-se, modernamente, “o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório [...], como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”<sup>175</sup>.

Ainda nesse sentido, informam os autores em referência<sup>176</sup>:

<sup>175</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 88.

<sup>176</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 90.

[...], pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional.

Os autores em relevo assinalam também que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, a justiça penal e a civil passaram a ser informadas por dois “grandes princípios constitucionais”: o *acesso à jurisdição* e o *devido processo legal*. Destes dois princípios se irradiam os demais princípios informadores do processo, tudo como forma de se garantir aos litigantes o direito à *ordem jurídica justa*<sup>177</sup>.

Importante destacar, também, que a CF/88 estabeleceu no seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos “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”. Assim, claro está que o rol de direitos processuais proclamados na Carta Magna não é exaustivo, podendo e devendo ser este ampliado em face da necessidade exigida pela sociedade.

Não pairam dúvidas de que para o devido esclarecimento do litígio é necessário e indispensável que sejam ouvidas as partes que lutam pelo direito no processo, que sejam analisadas e sopesadas as suas alegações, as provas que produzirem e tudo o mais que levarem aos autos. Se assim não ocorrer, impossível se falar que o princípio do *devido processo legal* foi respeitado ou observado, e muito menos, ainda, que houve um *processo justo*.

Durante a pesquisa ora relatada se descortinou o entendimento doutrinário existente há muito na doutrina alienígena em torno do *processo justo*, sendo certo que este processo é o que a Constituição do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LIV, nomeou como *devido processo legal*. Esse processo é aquele em que os direitos processuais constitucionais e infraconstitucionais consagrados às partes litigantes são realmente garantidos e respeitados. Desse jeito, conclui-se, por óbvio, que o *processo justo* é o processo onde as partes têm o direito de ampla participação nos seus atos e em todas as suas fases. Ante esta afirmação,

<sup>177</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 90.

infere-se que as partes são fundamentais à construção do provimento pelo magistrado, seja na defesa individual ou na defesa coletiva de seus direitos.

Ao discorrer sobre o tema em discurso, Humberto Theodoro Júnior<sup>178</sup> assim se manifestou:

O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, de preferência à garantia de um devido processo legal.

Nesse cenário, considerando a forma como o Estado Democrático de Direito foi desenhado após a Segunda Grande Guerra, é preciso que o processo seja visto e analisado sob novas perspectivas. Assim, importa destacar, em primeiro plano, a essencial posição que o processo deve ocupar na estrutura dos direitos e das garantias constitucionais, pois desses direitos é que se extrai o “modelo constitucional do processo”<sup>179</sup>.

Diante do entendimento acima, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes concebem o processo justo como o “conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”<sup>180</sup>.

Dessa maneira, pode-se inferir que o *processo justo* tem como contraponto o *processo inquisitivo*, onde o juiz atua livremente e calcado tão-somente em sua vontade, onde às partes não se confere quaisquer direitos processuais constitucionais e/ou infraconstitucionais. Assim, as partes, por certo, acabarão “vítimas” do livre arbítrio do julgador/inquisidor e não haverá um “mínimo de justiça” no provimento final exarado.

<sup>178</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 65. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>179</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 86. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>180</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 65. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

Ainda no âmbito do *processo justo*, André Luiz Borges Netto<sup>181</sup> afirma o seguinte:

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).

Para Humberto Theodoro Júnior, *Jurisdição e processo* “são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito de processo, como meio indispensável à realização da justiça”<sup>182</sup>. Desta forma, segundo o autor, “A Constituição, em seu artigo 5º, inc. XXXV, por isso, quando garante o acesso à jurisdição, assegura aos cidadãos, necessariamente, o direito ao processo como uma das garantias individuais”<sup>183</sup>.

O autor em referência assevera que “A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal (CF), art. 5º, incs. LIV e LV)”<sup>184</sup>.

Para Theodoro Júnior, as normas do direito processual consagram de forma prática os princípios informadores do *processo moderno*. São esses princípios que propiciam às partes litigantes a ampla defesa de seus direitos. O juiz, por sua vez, encontra nos princípios os

<sup>181</sup> BORGES NETTO, André Luiz. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1º de maio de 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/820>>. Acesso em: 03 de julho de 2014. Sem paginação na Internet.

<sup>182</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>183</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>184</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 65. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

instrumentos necessários para chegar à verdade real, sem que para isso tenha que lesar direitos individuais dos litigantes<sup>185</sup>.

Conforme afirma Theodoro Júnior, “a garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo”<sup>186</sup>. Ressalta o autor que o devido processo legal abrange outros princípios fundamentais informadores do processo, a exemplo do *juiz natural* e do *juiz competente* (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88, respectivamente), a garantia de *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CF/88), o princípio do *contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV, CF/88), além de a Constituição determinar que todas as decisões do judiciário deverão ser devidamente fundamentadas (art. 93, IX, CF/88)<sup>187</sup>.

O autor em destaque ressalta, também, que a Constituição Federal de 1988, com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, teve o seu art. 5º acrescido do inciso LXXVIII, que proclama que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>188</sup>.

Para Humberto Theodoro, no contexto do comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional<sup>189</sup>,

*o due process of law* [devido processo legal] realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a

<sup>185</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>186</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>187</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>188</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>189</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 108 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

No processo justo, para efeito de efetivação do princípio do devido processo legal, Humberto Theodoro Júnior destaca que “não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal”. Nesse prisma, o autor cita o conceito de “justo” escrito por Nicolò Trocker<sup>190</sup>:

[Processo justo] é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição [italiana].

É relevante destacar também as seguintes pontuações sobre o processo justo<sup>191</sup>:

Há, de tal sorte, um aspecto procedimental do devido processo legal, que impõe a fiel observância do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há também um aspecto substancial, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.

Conforme afiança Theodoro Júnior, o devido processo legal não pode ser “visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais, de modo a preparar e proporcionar um provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais”<sup>192</sup>.

<sup>190</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 66-67. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>191</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 67. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

<sup>192</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010, p. 67. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

## 4.2 O contraditório e ampla defesa e a efetiva participação das partes no processo como dever-função do Estado

O direito processual (fundamental) ao *devido processo legal*, explicado antes, é o *princípio maior* a informar o processo. Dele decorrem outros tantos princípios, constitucionais processuais e legais. Vários desses outros princípios processuais estão também consagrados como direitos fundamentais na CF/88, como ocorre com o *contraditório* e a *ampla defesa*.

Conforme se depreende do Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *contraditório* significa aquilo “em que há, ou que encerra contradição; oposto” ou “que incorre em contradição ou contradições”<sup>193</sup>.

Como já foi dito antes, o direito fundamental ao contraditório está positivado no art. 5º, LV, da CF/88 e proclama que “*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*”.

As explicações doutrinárias sobre o direito-princípio processual ao contraditório são feitas amplamente por processualistas e constitucionalistas brasileiros e estrangeiros, não pairando dúvida sobre a sua essencialidade no devido processo legal e, por conseguinte, na realização da *justiça*<sup>194</sup>, finalidade precípua do *processo justo*.

Assim, o contraditório é um direito (fundamental) processual consagrado às partes que se digladiam em busca de justiça no processo, tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, seja de forma individual ou de forma coletiva.

De uma maneira mais singela, pode-se afirmar que o direito ao contraditório garante às partes litigantes conhecer tudo o que é levado aos autos, se constituindo, assim, numa forma de se “proibir” que autor ou réu seja surpreendido por uma prova ou por qualquer outro elemento juntado aos autos “às ocultas” por qualquer deles ou mesmo pelo Juiz e/ou pelo Representante do Ministério Público.

Dessa forma, se o Juiz não observar e garantir às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como os demais princípios consectários do *processo justo* (devido

<sup>193</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Informatizado. Correspondente à 3. ed., 1. imp. da Editora Positivo, rev. e atual. do Aurélio Século XXI, o Dicionário da Língua Portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2004. Sem paginação (em CD).

<sup>194</sup> Refere-se aqui à justiça fruto dos julgamentos perante os tribunais; à justiça processual, possível e passível de ser atingida ou realizada e não à justiça concebida/idealizada pelos filósofos. Em verdade, a *justiça* idealizada e concebida pelos estudiosos da Filosofia desde há muito, não é atingível ou realizável no mundo dos homens. Ela nunca foi e/ou será realizada em plenitude, sendo, portanto, inatingível no cotidiano daqueles que a buscam incansavelmente no mundo dos homens (Nota do Autor).



processo legal consagrado no art. 5º, LIV, CF/88), o processo não será “devido” e muito menos “legal” e/ou “justo”; nesse caso o *processo será ilegal, arbitrário* e, fatalmente, *injusto*.

Como dito antes, o devido processo legal consagrado na Carta Política Brasileira de 1988 é o processo tido pela doutrina como *processo justo*, aquele que deve ser realizado em estrita observância às normas processuais constitucionais e infraconstitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, destaca-se, mais uma vez, que para o processo ser realmente justo ele deve ter como traço essencial e inarredável a ampla participação das partes em todos os seus atos. Diante desta assertiva, o *direito ao contraditório e ampla defesa* se mostra como liame essencial para se concretizar esta *ampla participação das partes no processo*.

Ao destacar a importância do contraditório no âmbito processual, Nelson Nery Júnior faz as seguintes pontuações<sup>195</sup>:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Das informações de Nelson Nery Júnior subentende-se que a *isonomia* entre as partes litigantes no processo, ou seja, a igualdade dos litigantes perante a lei, constitucionalmente assegurada, deve ser sempre respeitada no processo. A isonomia das partes jamais pode ser postergada ou “esquecida” pelo julgador, aquele que tem de ser um *juiz imparcial*, cômico do seu papel no exercício da *função-dever constitucional, legal e moral de dizer o Direito*.

O juiz imparcial tem por dever dirigir o processo em busca da realização da justiça, fundamento maior da função jurisdicional sob sua responsabilidade e do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, destaca-se que o cumprimento dos mandamentos constitucionais e legais é traço essencial do Estado Democrático de Direito.

É a partir da nova forma como vem sendo considerado o sistema processual pátrio que o princípio constitucional do contraditório passou a ter elevada expressão. Assim, o processo “garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo

---

<sup>195</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 122.

a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”<sup>196</sup>.

Nessa vertente, há de se ressaltar que já faz tempo que a doutrina detectou a impossibilidade de o contraditório ser analisado apenas como simples “garantia formal de bilateralidade da audiência”. Em verdade, o contraditório deve ser considerado “como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*<sup>197</sup>) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”<sup>198</sup>.

Há também que se destacar, neste ponto, a atual concepção do contraditório que significa que não se pode mais acreditar que este direito/princípio processual possibilite tão-somente o “dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial”<sup>199</sup>.

Segundo informa Aroldo Plínio Gonçalves, tendo-se por base os estudos de Elio Fazzalari sobre o processo, este só “começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento”<sup>200</sup>.

Nesse sentido, Elio Fazzalari destaca a figura dos “interessados” no processo, assim se manifestando<sup>201</sup>:

Frequentemente, em algumas áreas principalmente, o ordenamento exige que sejam protagonistas do ato que esta sendo preparado os sujeitos em cuja esfera jurídica o ato é destinado a desenvolver eficácia, em contraditório entre eles (referimo-nos aos

<sup>196</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014, p. 65.

<sup>197</sup> Expressão alemã que em português significa também “*opção de ação*”.

<sup>198</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014, p. 65.

<sup>199</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, p. 107-141, 2009, p. 109.

<sup>200</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

<sup>201</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006, p. 32.

sujeitos que, se vai ser emanada pelo juiz uma sentença civil de condenação, serão, respectivamente, o condenado e o beneficiário da condenação), além da participação dos autores, aqueles que vão editar o ato final. Metaforicamente, cada um desses sujeitos pode auto-indicar-se como “interessado” em relação ao ato final, exatamente em razão dos efeitos – favoráveis ou prejudiciais – que tais atos desenvolverão sobre eles, e por isso são habilitados a “dizer e contradizer” durante a preparação daquele ato (com o fim de promovê-lo ou de impedi-lo).

O processualista em referência destaca mais sobre a participação desses “interessados” nas atividades preparatórias que conduzem aos pressupostos do provimento, assinalando o seguinte<sup>202</sup>:

Se, numa primeira abordagem, indicamos como “*provimentos*” os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, os que governam em sentido *lato*, os que fazem justiça, e assim por diante) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas, e como “*procedimento*” a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara e é concluída com ele; se acolhemos essas primeiras sumárias noções, estamos em condições de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, justamente, a conclusão de um procedimento, o ato-final do mesmo: no sentido que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia, se ele não foi, entre outras coisas, precedido da série de atividades preparatórias pela própria lei estabelecida.

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, em contraditório, colhemos a essência do “*processo*”: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.

Como foi explicado antes, o contraditório tem como característica básica a (ampla) participação das partes nos atos e fases do processo, sendo certo que este direito-princípio se relaciona intimamente com o direito-princípio da ampla defesa. Eis que o contraditório é a “via” que propicia às partes a realização da ampla defesa. Sendo assim, pode-se afirmar que sem o *efetivo exercício do contraditório* é impossível de se realizar uma *ampla defesa*, pois não há como se defender de algo que não foi revelado ou dado a conhecer a quaisquer das partes, para, caso queiram, apreciá-lo, contrariá-lo, contradizê-lo ou impugná-lo. Desse entendimento conclui-se que a “ampla defesa” será inviabilizada se não for possível o exercício do contraditório, sendo verdade que esta situação implicará em nulidade do feito por absoluto cerceamento de defesa.

<sup>202</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006, p. 32-33.

O constitucionalista Celso Ribeiro de Bastos tem posicionamento semelhante ao descrito no parágrafo anterior, e assim se expressa<sup>203</sup>:

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas.

Diante do exposto, vislumbra-se a estreita relação existente entre os dois direitos fundamentais-princípios processuais – *contraditório* e *ampla defesa*: a ampla defesa só será lícita, válida, passível e possível de ser realizada quando for respeitado o direito ao contraditório; não há outra forma de se realizar efetivamente a ampla defesa senão pela via do contraditório. Isto significa dizer que ao Autor deve ser garantido o direito de conhecer e se manifestar acerca de tudo o que o Réu levar aos autos para formular sua (ampla) defesa. De igual forma, deve ser também assegurado ao Autor o direito à réplica, representada no processo civil pátrio pelo direito de impugnação da defesa do Réu.

Entretanto, o contraditório não se resume às duas situações supra. Vai para além delas. Além da defesa do Réu e do direito do Autor de impugná-la, é também direito do primeiro conhecer e “dizer” o que lhe convier acerca de tudo o mais que o Autor juntar aos autos, devendo isto ocorrer numa “via de mão dupla”, ou seja, de forma recíproca.

Ao explicar sobre o tema em apreço, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que o contraditório não é um novel direito. O autor destaca que o jurista alemão, Rudolf Von Ihering (1818-1892), deixou muitos escritos a respeito da administração da justiça, onde a primeira exigência é a da “*justiça no processo*”. Assim, para Ihering, a justiça é interna e intrínseca à “*organização do processo*” e deve estar voltada para o processo. Desta afirmação, vê-se que Von Ihering entende que a justiça, no processo, é a primeira e única exigência essencial, perante a qual, todas as demais exigências são secundárias<sup>204</sup> e devem se curvar.

<sup>203</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 266.

<sup>204</sup> IHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956, p. 307 *apud* GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119.

Interessante pontuar, também, que Ihering entende que a relação entre as partes deve se caracterizar pela igualdade jurídica. Nesse sentido, o autor assinala que “devem [as partes] combater-se com armas iguais e devem-lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz”<sup>205</sup>.

Trazendo as afirmações de Von Ihering para a atualidade, entende-se que ele se referiu, por certo, ao direito-princípio do contraditório, direito esse que deve ser conferido amplamente às partes que lutam pelo Direito em qualquer processo.

Reforçando o entendimento acima, pode-se afirmar que somente através do efetivo exercício do contraditório é que se poderá “*combater com armas iguais*” e, por conseguinte, se tornar viável e possível a realização da “*justiça no processo e com o processo*”.

Ainda em seus ensinamentos sobre o princípio do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves assevera que o conceito desse direito-princípio processual é bem atual e ainda não foi totalmente assimilado, “embora seu princípio fundamental, ‘*audiatur (...) et altera pars*’ [ouça-se também a outra parte], ‘*audita altera parte*’ [com audição da outra parte], ‘*audi alteram partem*’ [ouça a outra parte], seja bastante difundido e presente na Teoria Geral do Direito com a conotação bastante aproximada da que lhe seria dada pelo Direito Processual Civil [...]”<sup>206</sup>.

Continuando com suas explicações, Plínio Gonçalves se refere a Pierre Pescatore, para quem a expressão latina “*audiatur (...) et altera pars*”, quer dizer que “uma decisão não pode adquirir a autoridade da coisa julgada para quem não participou do debate judiciário, que o contraditório possibilita o melhor esclarecimento do juiz, e que, entretanto, significa, sobretudo, a possibilidade que a parte deve ter de se fazer ouvir.”<sup>207</sup>

Para Aroldo Plínio Gonçalves, a explanação feita antes pode ser aceita como uma aproximação do conceito atual de contraditório, sendo certo que este direito fundamental processual “exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava Von Ihering, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça

<sup>205</sup> IHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956, p. 307 *apud* GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119.

<sup>206</sup> IHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956 p. 307 *apud* GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119.

<sup>207</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119-120.

interna no processo, de justiça no processo [...]”. Mesmo assim, tudo isto só ocorrerá se as mesmas oportunidades forem conferidas igualmente às partes que litigam<sup>208</sup>.

Ao longo de suas explicações, corroborando o entendimento de Ihering sobre o direito ao contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves destaca que este princípio informador do processo não se traduz tão-somente na “participação dos sujeitos do processo”. Para o autor, este direito processual fundamental significa mais que isto<sup>209</sup>:

Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Por derradeiro, assinala-se a advertência de Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que a visão contemporânea do contraditório não deve se limitar à discussão no âmbito do direito comparado. A discussão sobre a essencialidade do princípio do contraditório, conforme acentua o autor, deve permitir a percepção e a defesa, em todo Estado Democrático de Direito, da “existência de um juiz diretor (formal e material do processo), mas que, necessariamente, exerce sua função garantindo às partes a manutenção da possibilidade de também participar ativamente do processo [...]”<sup>210</sup>.

### 4.3 O direito à organização e ao procedimento

Este tema se reveste de certa complexidade e exige estudos aprofundados para ser suficientemente compreendido. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que há pontos importantes em torno do debate existente sobre esses direitos e que eles são representados pela proposta feita por Häberle de um *status activus processualis* relacionado à “face procedimental da liberdade constitucional, o ‘*due process* dos direitos fundamentais’”, bem como a proposta de Hesse, que diz que “organização ou procedimento [*revelam-se*] com

---

<sup>208</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119-120.

<sup>209</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119-120.

<sup>210</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, 2009, p. 110.

frequência o – provavelmente único – meio de se produzir um resultado conforme aos direitos fundamentais e, com isso, assegurá-los de forma eficaz também em face dos problemas modernos”<sup>211</sup>.

Após várias considerações sobre a complexidade existente entre o direito à organização e ao procedimento em sede de direitos fundamentais, Robert Alexy afirma que “As distinções que são feitas [entre os dois direitos] seguem não a divisão entre o conceito de procedimento e o conceito de organização, mas outros pontos de vista bastante diversos”. Segundo o autor, “Isso faz com que fique claro que a utilização habitual de ambas as expressões não segue um critério técnico”<sup>212</sup>.

Para Robert Alexy, “O espectro daquilo a que se faz referência é bastante amplo. Ele se estende desde direitos a uma proteção jurídica efetiva, que ninguém hesitaria em denominar ‘direitos a procedimentos’, até aqueles direitos a ‘medidas estatais (...) de natureza organizacional relevantes para a composição dos órgãos colegiados em universidades’”<sup>213</sup>.

Conforme destaca Alexy, para se agrupar aspectos tão diversos em um mesmo conceito só se justifica se for possível achar similaridades que sustentem tal agrupamento; e desta mais<sup>214</sup>:

Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e/ou respeito aos princípios, então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente. Se ele não é obtido dessa forma, ele é, do ponto de vista procedimental, defeituoso, e deve ser, por isso, classificado negativamente. Esse conceito amplo de procedimento engloba tudo o que está incluído na fórmula “realização e asseguarção dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”.

Nesse sentido, a despeito das visíveis diferenças, as normas do direito contratual e as normas do direito processual definem igualmente um procedimento: as primeiras estabelecem como se pode produzir uma obrigação contratual; as segundas, um julgamento. Ao mesmo tempo, o conceito amplo de procedimento faz com que fique claro o que é relevante na ideia de procedimento no âmbito dos direitos fundamentais. As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais.

---

<sup>211</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 470.

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 472.

<sup>213</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 473.

<sup>214</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 473.

O autor em referência entende que “Ao invés de direitos a organização e procedimento, seria possível falar simplesmente de ‘direitos a procedimentos’ ou ‘direitos procedimentais’, desde que se pressuponha um conceito amplo de procedimento, que inclua também normas de organização”<sup>215</sup>. Para Robert Alexy, “Um dos problemas estruturais mais interessantes dos direitos procedimentais é saber se eles realmente são direitos a ações positivas atribuíveis ao *status* positivo, ou se, ao contrário, pertencem ao *status* negativo ou ao *status* ativo”<sup>216</sup>.

Ao discorrer sobre o tema em apreço, Gilmar Ferreira Mendes diz que “a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade”<sup>217</sup>.

Diante desse entendimento, Gilmar Mendes afirma que tanto a existência de lei como a falta dela podem afrontar os direitos fundamentais. Para o autor, isto se verifica, *e.g.* com os direitos a prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado *direito à organização e ao processo* e também com o *direito de igualdade*.<sup>218</sup>

Ao discorrer sobre o “direito à organização e ao procedimento”, o autor em referência destaca, também, o seguinte<sup>219</sup>:

Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de “direito à organização e ao procedimento” (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa).

---

<sup>215</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 474.

<sup>216</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008, p. 477.

<sup>217</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 135.

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 135.

<sup>219</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 138-139.



Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais.

Isto se aplica de imediato aos direitos fundamentais que têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, [...].

Ingo Sarlet ressalta que a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo.

Para Gilmar Mendes, “quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento”<sup>220</sup>. Para exemplificar este fenômeno, o autor cita o caso em que se impõe que determinados atos processuais “somente poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado. Ou, tal como faz a Constituição brasileira, quando se estabelece que as negociações coletivas somente poderão ser celebradas com a participação das organizações sindicais (Constituição Federal, art. 8º, VI)”<sup>221</sup>.

Ao finalizar suas explanações sobre o direito à organização e ao procedimento, Gilmar Mendes diz: “Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido”<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 139.

<sup>221</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 139.

<sup>222</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tópicos sobre um curso de mestrado sobre efeitos fundamentais*. Procedimento Processo e Organização. Coimbra: 1990, tópico 2.2 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_008\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_008_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014, p. 139.

#### 4.4 O juiz e sua competência de poder no exercício da função jurisdicional do Estado

Ao discorrer sobre o tema em apreço, Aroldo Plínio Gonçalves invoca ensinamentos de Rudolf Von Ihering quando este expressa de forma satisfatória o que ele chamou de “justiça no processo”. Nesse sentido, Ihering defendeu as relações das partes no processo e destacou que nesse contexto o juiz é terceiro e não parte. Destarte, Rudolf Ihering entende que a “justiça no processo” é de “subordinação jurídica”<sup>223</sup>.

Do entendimento de Rudolf Von Ihering, descrito atrás, deduz-se que a realização da justiça, desde há muito é dever fundamental do Estado. Já faz muito tempo também que a função jurisdicional do Estado foi atribuída ao Judiciário, ficando a cargo do magistrado que recebe da norma competências de poder que o habilitam a dizer o direito diante dos casos concretos que se lhes apresentam. Assim é que o Estado-Juiz tem o dever-função de decidir as lides que o “provocam” e o retiram da inércia (princípio da Jurisdição).

Esta função-dever está intrinsecamente relacionada aos princípios processuais do juiz natural e do juiz competente, ambos elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição do Brasil de 1988 (art. 5º, LIII e XXXVII, respectivamente).

Como já foi explicado alhures nesta dissertação, não há sentido se falar em direito sem se considerar o seu contraponto: o *dever*. Daí a relevância dos deveres fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito e da pesquisa em comento, pois é verdade que esses deveres são obrigações atribuídas, em regra, ao Estado. Importante assinalar que, na imensa maioria dos casos, os deveres são fatores que condicionam a efetiva concretização dos direitos fundamentais.

Desta feita, é bom ressaltar que o magistrado é o emissário do Estado que tem o dever (fundamental) de dirigir, de conduzir o processo, vez que o processo é a verdadeira “ferramenta” utilizada para a execução da *função jurisdicional*, função essa chamada a si pelo Estado desde os mais remotos tempos. Assim, o magistrado tem o *dever-função constitucional e infraconstitucional de dizer o Direito* por intermédio do processo nos casos concretos que lhes são apresentados.

Como já foi dito antes, o processo é informado por vários princípios, constitucionais e infraconstitucionais; estes princípios emanam de um “superprincípio”, ou “princípio-mor”, nomeado como *devido processo legal* pela CF/88.

---

<sup>223</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 119.

Neste contexto, como já foi explicado antes, deve o juiz garantir às partes litigantes, dentre outros direitos, o (amplo) exercício do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa e aos demais direitos processuais insertos na CF/88 e na legislação processual pátria. De maneira mais explícita, diz-se que ao Juiz cabe cumprir o dever fundamental que, na verdade, se traduz no cumprimento de uma função do Estado – a *função jurisdicional* – que é a de exercer a jurisdição (‘dizer o direito’), garantindo a todos o acesso à justiça através do devido processo legal, seja em sede de direitos individuais ou de direitos coletivos.

Conforme já se mostrou atrás, o devido processo deve ser justo, e às partes deve ser possibilitada a ampla participação em todos os seus atos e fases, tudo visando à efetiva realização da justiça.

Importa assinalar que o dever do Estado de exercer a função jurisdicional, em se tratando da esfera penal, é visto como uma forma de se “intimidar” os infratores das leis, com o firme propósito de se manter a harmonia e a ordem na sociedade para propiciar a paz social. Assim, vê-se que este “interesse público”, dever fundamental do Estado e fundamento maior da função jurisdicional a cargo do magistrado, deve ser exercido com a rígida observância dos direitos fundamentais consagrados às partes, sempre em estrita consonância com os mandamentos do *devido processo legal*.

As assertivas descritas no parágrafo anterior são corroboradas por Vicente de Paula Maciel Júnior<sup>224</sup>, para quem, no Estado Democrático de Direito, as *competências de poder* limitam as condutas dos agentes políticos e dos agentes públicos, em sentido *lato*, de forma que as ações desses agentes devem ter como parâmetro o estrito comando normativo vigente em dada sociedade. E destaca mais<sup>225</sup>:

Não significa, no entanto, que o Estado tenha poder próprio. Essa ideia de que o Estado tem poder surge em função de uma distorção e apropriação que certos agentes políticos fazem no uso das competências que recebem. E surgem também porque ocorre uma subjetivação da figura do Estado, que passa a ser visto socialmente como um “sujeito” que tem “vontades”. Mas o Estado é uma estrutura fictícia idealizada para o cumprimento burocrático de fins comuns e não um “sujeito”, personificado, que possui vontade própria.

A vontade que deve ser executada pelo agente político através da estrutura do Estado é a vontade que está escrita na norma. Uma vontade que o agente político recebe por delegação, segundo um processo que o legitima ao exercício de suas funções e que também está previsto na norma (o processo eleitoral, o concurso público para alguns cargos etc).

<sup>224</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

<sup>225</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

Para Maciel Júnior, “alguns agentes se apropriam do cargo público e longe de cumprirem as determinações das competências de poder que receberam, preocupam-se mais em se apropriar do poder como se ele lhe tivesse sido dado pelo voto ou pelo concurso público”. Quando agem assim, afirma Maciel Júnior, esses agentes públicos se esquecem de que possuem tão-somente “competências de poder” para desempenhar suas funções/cargos; e que essas competências foram definidas segundo processos consensuais em dada sociedade. Isto implica dizer que esses agentes recebem através do processo eleitoral ou dos concursos públicos apenas a capacidade, a legitimação para o exercício das funções necessárias à implementação daquilo que foi previamente definido, segundo um processo consensual válido e que se tornou lei<sup>226</sup>.

Diante dessa “apropriação do poder” pelo agente político, ele “passa a agir como se a sua vontade fosse a vontade do Estado e como se não tivesse tão-somente competências de poder a cumprir, mas sim como se tivesse recebido um verdadeiro poder (pessoal) em virtude do fato de ter sido eleito ou aprovado em um concurso público”<sup>227</sup>. Interessante pontuar que este *desvio no cumprimento do dever funcional* pelos agentes públicos/políticos parece estar sendo *a regra e não a exceção* no contexto atual do Estado Brasileiro. Prova disto são os constantes escândalos envolvendo atos de corrupção em diversos escalões do Estado em sentido *lato*, sendo certo que há também uma (crescente) onda de desmandos das mais variadas ordens: obras “faraônicas” e inacabadas, gastos abusivos decorrentes da realização da ainda recente Copa do Mundo da “FIFA” (2014), o controvertido desvio das águas do Rio São Francisco para “acabar com a seca do Nordeste”, o “rombo” bilionário na Petrobrás e na Receita Federal, o “desvio” de dinheiro público através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para o “patrocínio de obras faraônicas” em diversos países, como Venezuela, Cuba e Bolívia, a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte na Região Norte do país, que se arrasta por vários anos, e tantas outras malogradas “investidas” contra os cofres públicos para se realizar empreendimentos mal planejados e que, não raras vezes, somam pouco em prol da coletividade e acabam privilegiando somente determinadas pessoas ou classes sociais, inclusive de outros países.

---

<sup>226</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

<sup>227</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

Sobre essa absoluta apropriação do poder, ocorrida desmedidamente nos três âmbitos do Estado Brasileiro, como afirmado antes, Maciel Júnior destaca, também, o seguinte<sup>228</sup>:

O Estado moderno fundado no direito e em especial os modelos de Estado que prescrevem a forma democrática de participação na formação de competências de poder não podem admitir essas distorções, que são verdadeiras usurpações de poder. Isso deve estar muito claro ao agente político e aos indivíduos do Estado, porque trás consequências graves a ambos. O agente político que personifica o poder extrapola os limites da legitimação recebida através de competências originadas da norma. E se o agente político não tem a competência de poder para legitimar a prática do ato ele não vincula o Estado, porque não poderia por lei praticar o ato em nome dele. O agente político não tendo determinada competência de poder e tendo praticado o ato fora dos limites estabelecidos, extrapola os limites da sua competência e vincula a si próprio, mas não vincula o Estado ou o órgão ao qual pertence.

Ainda neste contexto, o autor em comentário afirma que “as forças dominantes nos processos de definição de competências de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos, vêm determinando a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir”<sup>229</sup>. E prossegue, afirmando o seguinte<sup>230</sup>:

[...] o sistema baseado nos direitos subjetivos vem privilegiando a tutela individual dos direitos e admitindo pouquíssimos avanços quanto às demandas contra os agentes políticos ou mesmo quanto à legitimação para que concorrentemente os sujeitos possam participar da correção sobre a deliberação de alguns atos de poder. E quando os agentes políticos agem contra ou fora dos limites das competências de poder que possuem, eles próprios instituem por lei um sistema de responsabilidade civil perante o qual quem sofrerá a ação será a “pessoa jurídica de direito público” e não ele, o agente político.  
O mesmo ocorre quanto ao processo coletivo, que importa em uma forma de participação difusa dos sujeitos na fiscalização da legalidade de atos praticados e que podem ser anulados pelo Poder Judiciário, com evidentes repercussões na vida dos indivíduos.

Ainda no que tange à atuação do magistrado, Plínio Gonçalves afirma que ele é *sujeito do processo*, ele tem a titularidade não apenas do ato do provimento final, “mas de provimentos emitidos no curso do procedimento, sempre que decisões são proferidas, e de

<sup>228</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 122-123.

<sup>229</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

<sup>230</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 119.

outros tantos atos processuais que a lei lhe reserva, na preparação do ato final, enquanto investido na função jurisdicional, enquanto órgão pelo qual o Estado fala”. E destaca mais<sup>231</sup>:

Sendo sujeito de atos processuais, é claro que ele participa do processo. A participação do juiz, na fase de instrução, que afasta definitivamente a possibilidade de que ele seja visto como um simples autômato, é posta em relevo por BARBOSA MOREIRA, que, com base em várias disposições do Código de Processo Civil de 1973, demonstra que ele não se limita a “uma postura de estátua”. A maior participação dos juízes no processo é um direito que, conforme alerta [Barbosa Moreira], assiste à própria sociedade, para o qual o legislador deve ser sensibilizado e despertado<sup>232</sup>.

Contudo, saliente-se, a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa “em contraditório com as partes”, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um “interessado”, ou um “contra-interessado” no provimento. [...].

Para o autor em relevo, o direito ao contraditório ocorre entre as partes, pois ele é fundamental na discussão do caso *sub judice*, ou seja, no “jogo de interesses em direções contrárias”, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que será prolatado pelo magistrado. Segundo Aroldo Plínio, é “essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável à outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo”<sup>233</sup>.

O contraditório não é, por isso, a “mera participação no processo”. Essa era a ideia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam “sujeitos dos atos processuais”. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento.

Ainda no contexto da atuação do juiz no processo, importante frisar que “seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra

<sup>231</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 120-121.

<sup>232</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre a ‘Participação’ do juiz no processo civil”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 380-394, p. 390 *apud* GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 121.

<sup>233</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 121.

eles. Sublinhe-se, nesse ponto, o profundo sentido do duplo grau de jurisdição como garantia de direitos processuais”<sup>234</sup>.

Nesse contexto destacam-se também as observações de Elio Fazzalari, como se segue<sup>235</sup>:

No que concerne aos atos processuais do juiz e dos seus auxiliares, eles são sempre qualificados pelas normas que lhes disciplinam, como atos “de dever”: constituem, portanto, do ponto de vista das posições subjetivas, outros tantos “deveres” daqueles órgãos públicos. Essa constatação, válida para todos os tipos de jurisdição, faz parte do princípio mais geral pelo qual qualquer órgão público, e não somente o juiz, deve incorporar o próprio ofício.

Vê-se, assim, que no âmbito do *devido processo legal*, do *processo justo*, as partes têm o direito de fiscalizar os atos do juiz. Este direito é de alta relevância e guarda relação com o princípio da publicidade dos atos processuais. Entretanto, Plínio Gonçalves destaca que “as partes não se colocam em combate com o juiz, nem este em contraditório com as partes. Ele fala sempre pelo Estado, enquanto investido da função jurisdicional, e os atos decisórios do processo têm o selo da imperatividade”<sup>236</sup>.

O autor em apreço destaca mais sobre o direito das partes no contexto descrito antes<sup>237</sup>:

As partes exercem o seu controle sobre ele [o Juiz], pelo remédio legal adequado à natureza do ato, mas esse controle se dará sempre através do pedido de pronunciamento do próprio Poder Judiciário, chamado a intervir para a proteção dos direitos processuais. Quando tal controle se faz pela impugnação do ato imperativo, pela via recursal, é o mesmo Poder Jurisdicional, em outro grau, mas sempre o mesmo Poder, a quem incumbe a reapreciação do ato. A revisão recursal não importa, como bem demonstra BARBOSA MOREIRA, “reforma” ou “confirmação” da decisão impugnada, mas em sua substituição<sup>238</sup>. Na hipótese de cassação da decisão, ou anulação, o provimento em grau de recurso implica na determinação para que a substituição se faça pelo próprio autor do provimento viciado, para que não se suprima grau de jurisdição. De qualquer modo, a revisão não se faz por outro órgão que não o jurisdicional, em qualquer grau de sua manifestação.

<sup>234</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 121.

<sup>235</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006, p. 497.

<sup>236</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 122.

<sup>237</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 122.

<sup>238</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 380-394, p. 390 *apud* GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 122.

O dever de garantir o contraditório realizado entre as partes não isenta o magistrado de participar efetivamente do feito, “ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo”<sup>239</sup>.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, mesmo os aspectos que não se ligam diretamente à garantia do contraditório e da ampla defesa integram também a *moderna concepção do processo justo*. Assim, por exemplo, “se exige do juiz que não seja apenas a ‘boca da lei’ a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador”<sup>240</sup>.

No *processo justo*, ao juiz cabe a interpretação e aplicação do direito positivo ao julgar a causa. Isto é tarefa integrativa, que visa a atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos pertinentes ao caso concreto. Nesse sentido, *é dever do juiz* atuar de forma a “complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça”<sup>241</sup>.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior assinala que a participação do juiz no devido (e justo) processo legal é um dever fundamental, pois os direitos fundamentais são uma importante característica do Estado Democrático de Direito. Por serem estes direitos reconhecidos e declarados pelo Estado, devem ser concretizados pelo magistrado no âmbito do exercício da função jurisdicional. Dessa forma, “ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais”<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 122-123.

<sup>240</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014, p. 67.

<sup>241</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014, p. 67.

<sup>242</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, v. I, nº 22, p. 25 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-



O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) estabelece “*Os Poderes, os Deveres e a Responsabilidade do Juiz*” na *Seção I, Capítulo IV, Título I*, do seu *Livro I*, prescrevendo-os nos seus arts. 125 a 133. Logo no início da mencionada seção, no *caput* do art. 125, o legislador do CPC estabelece que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código [...]”, como se vê, *in verbis*<sup>243</sup>:

#### CAPÍTULO IV

##### DO JUIZ

##### Seção I

##### Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela rápida solução do litígio;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
- IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

- I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
- II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

É relevante destacar no contexto em debate que “O juiz não se confunde com o juízo. Este é o órgão jurisdicional competente para julgar determinada causa, enquanto aquele é a

junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014, p. 67.

<sup>243</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 05 de julho de 2014, sem paginação na Internet.

pessoa [física] a quem é atribuída a função jurisdicional”. Para melhor entendimento da diferença entre *juiz* e *juízo*, o autor destaca que “há juízos que são integrados por dois ou mais juizes e um mesmo juiz pode, eventualmente, exercer suas funções – ao menos temporariamente – em mais de um juízo”<sup>244</sup>.

Corroborando o que já foi explicado antes, importante pontuar, também, que o juiz dirige o processo e “deve agir com impessoalidade e imparcialidade, estabelecendo a comunicação necessária com os demais sujeitos, o autor e o réu”; nesse prisma, o juiz, com base no que for trazido aos autos pelas partes, deve verificar as questões preliminares e decidir o pedido, ponderando, sempre que julgar necessário, as informações trazidas pelas partes<sup>245</sup>.

Ainda se atendo aos deveres do magistrado, as afirmações seguintes são de considerável relevo no âmbito deste estudo<sup>246</sup>:

A condução do processo não é feita de acordo com critérios de conveniência e oportunidade do juiz. Não há discricionariedade judicial: cumpre-lhe, com o apoio de seus auxiliares, fazer executar as regras da lei processual.

A imparcialidade é garantia do jurisdicionado, e decorrência do princípio do juiz natural, que impede que as partes possam escolher o juiz da causa. Este deve ser identificado de acordo com regras previamente existentes no ordenamento jurídico.

Além da garantia do juiz natural, o CPC enuncia hipóteses em que o juiz da causa será impedido ou suspeito (arts. 134 e 135). O afastamento do juiz em tais condições é medida eminentemente preventiva, que visa assegurar que ele se mantenha equidistante dos litigantes. Não terá isenção de ânimo o juiz que tiver vínculos objetivos ou subjetivos com um dos litigantes, seus advogados, ou cujos próprios interesses possam ser afetados pela solução da demanda. [...].

Os atos decisórios praticados por juiz impedido serão nulos, independentemente de prova de prejuízo.

Como se explicou antes, o *Poder Judiciário* é responsável pelo exercício da função jurisdicional do Estado. Esta função é exercida em todo o território nacional pelos Juizes (estaduais e federais), Desembargadores e pelos Ministros dos Tribunais Superiores sediados no Distrito Federal.

---

<sup>244</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* (Coord.: Pedro Lenza). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249.

<sup>245</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* (Coord.: Pedro Lenza). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249.

<sup>246</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* (Coord.: Pedro Lenza). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249-250.

Conforme ensina Sérgio Túlio Santos Vieira<sup>247</sup>, “A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da primordial função de um dos Poderes da República, na conjugação dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 1º, do Código de Processo Civil”.

Nesse sentido, Sérgio Túlio Santos Vieira<sup>248</sup> assinala que “A jurisdição é resultado da manifestação da soberania do Estado. Como *dever do Estado* a jurisdição decorre da obrigação de responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando os pedidos de natureza contenciosa ou voluntária”.

Dessa maneira, ante o conceito de jurisdição descrito acima, o autor em comento destaca<sup>249</sup>:

[...] a jurisdição serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas antissociais e controle difuso da constitucionalidade normativa. Os atos estatais que não tiverem por fim alcançar esses objetivos, isto é, não se enquadrarem nessas atividades, não podem ser considerados jurisdicionais. Conseqüentemente estão fora do poder-dever da jurisdição.

Para Santos Vieira<sup>250</sup> “A jurisdição é poder, dever, função e atividade”. Ele a considera *poder* porque a atuação jurisdicional é conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário; a considera *dever* porque, após entrar em funcionamento por provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, CPC), “vincula o Estado a resolver o conflito com a prestação da tutela jurisdicional” e é defeso ao juiz se eximir de julgar a lide, conforme se infere das prescrições do art. 126, CPC<sup>251</sup>. Para o autor em destaque, a jurisdição “é função por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos de interesses, sejam individuais, sejam coletivos”; é *atividade*, em razão de o processo ser composto por várias formalidades, envolvendo o juiz, as partes, os auxiliares da justiça e outros personagens,

<sup>247</sup> SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014, p. 183-184.

<sup>248</sup> SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014, p. 184.

<sup>249</sup> SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014, p. 184.

<sup>250</sup> SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014, p. 186.

<sup>251</sup> *CPC*: Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (BRASIL, 1973).

sendo “desenvolvido para se chegar ao desiderato aguardado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a sua efetivação”<sup>252</sup>.

Ante os quatro atributos descritos antes, Santos Vieira diz que “é certo afirmar que a jurisdição é o poder-dever-função-atividade estatal encarregado de prestar a tutela jurisdicional em caso concreto”<sup>253</sup>.

Apesar de tudo o que foi pesquisado e relatado nesta dissertação, importa ressaltar a importância da eficiência da função jurisdicional do Estado, ressaltando-se que este é um dos princípios que norteiam a Administração Pública. A realização da justiça possível e passível de ser efetivada com o processo justo deve ser meta constante dos membros do Judiciário, do Ministério Público, do Causídico, do Legislativo e do Estado, *lato sensu*.

Como foi assinalado alhures nesta dissertação, o mundo ideal traçado pela norma, notadamente pela Constituição do Brasil de 1988, chamado nesta dissertação de “*dever ser*”, notadamente no que pertine à concretização de direitos fundamentais relacionados ao acesso à justiça, no Brasil, ainda está distante da realidade. O acesso à justiça no Brasil ainda se mostra debilitado em vários aspectos; a garantia fundamental da “razoável duração do processo”, por exemplo, ainda se encontra inerte no texto do inciso LXXVIII, do art. 5º, da “Constituição Cidadã de 1988”. Este (recente) direito fundamental, proclamado com a EC/45/2004, pelo menos até hoje, em nada alterou a morosidade processual; em verdade, este direito fundamental, como tantos outros, ainda não saiu do âmbito das tantas ficções jurídicas que permeiam o ordenamento jurídico pátrio...

Neste cenário, é verdade que o Judiciário, por questões de ordens diversas, não cumpre com eficiência a sua função-dever fundamental. A eficiente e desejável prestação jurisdicional ainda se encontra na abstração do texto constitucional e das tantas leis que disciplinam ritos processuais. Nesse sentido, entende-se oportuno citar o alerta feito por Mauro Cappelletti<sup>254</sup>, nos seguintes termos:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo,

---

<sup>252</sup> SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014, p. 186.

<sup>253</sup> SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014, p. 186.

<sup>254</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é [ou deveria ser] a primeira tarefa a ser cumprida.

Apesar de não ter sido objetivo da pesquisa em comento, importa lembrar que o Estado Brasileiro, nos âmbitos federal, estadual e municipal, se mostra ineficiente no cumprimento de todos os seus deveres constitucionais fundamentais, a exemplo da saúde, da educação e da (in)segurança pública. Nada é feito de forma a se concretizar efetivamente os direitos fundamentais declarados na Constituição Federal de 1988. Isto é uma verdade inarredável que se comprova amplamente diante das constantes e incansáveis publicações/divulgações feitas pela mídia nacional e até mesmo internacional (em certas circunstâncias).

## 5 CONCLUSÃO

A pesquisa relatada nesta dissertação demonstra que os deveres fundamentais constitucionais explícitos e implícitos na Constituição Federal de 1988 têm a função de promover a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os deveres fundamentais obrigam em regra o Estado e em certas situações os particulares e as pessoas jurídicas de direito privado, a concretizar direitos conferidos ao cidadão, ao Estado e às organizações privadas.

A concretização dos direitos fundamentais, quase sempre, só pode ser viabilizada a partir do cumprimento de deveres correlatos ao direito considerado. Nesse prisma, vê-se reafirmada a regra geral de que *os deveres fundamentais existem em função dos direitos fundamentais*.

No contexto supracitado, é a partir do cumprimento dos deveres fundamentais constitucionais que o Estado, em regra, poderá oferecer ao cidadão as condições necessárias à efetiva concretização dos seus direitos fundamentais e/ou de outras amplitudes. Essas condições vão desde a regulamentação dos direitos que não estão positivados em normas constitucionais de eficácia plena até à alocação de recursos humanos, materiais e de toda a infraestrutura necessária ao pleno gozo dos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta de 1988.

Desse jeito, como restou explicitado ao longo deste estudo, o Estado Brasileiro – *lato sensu* – não cumpre com eficiência os deveres que lhe são atribuídos, seja pela Constituição ou pela lei em sentido *lato*.

A realidade explícita antes foi comprovada *in totum* com a pesquisa em apreço e é corroborada pelas constantes e repetidas notícias de casos concretos amplamente divulgados pela mídia nacional e até pela mídia internacional – quando se trata de fatos de amplitude e consequências mais gravosas e que se relacionam a omissão ou inação estatal.

Assim, evidenciou-se a necessidade de se pesquisar e mostrar a importância do Judiciário no contexto dos deveres fundamentais, pois o que se tem verificado é que o Estado só cumpre certos deveres fundamentais e com “certa eficiência”, mediante ordem judicial. Neste contexto, o Judiciário, quando provocado, determina ao Estado-Administração a “fazer” o que a Constituição e/ou a lei em sentido *lato* lhe determinam.

Nesse rumo, o Judiciário tem “força” para fazer o Executivo fazer, ou seja, a concretizar direitos fundamentais (e de outras amplitudes), a cumprir deveres seus, o fazendo através de sentenças relativas aos mais variados tipos de ações e “remédios constitucionais”

que se lhes são apresentados. Ora, diante da completa ausência do Estado-Administração na solução de problemas cruciais que afligem a população, a única via que resta aos administrados é o acesso à justiça: se o Legislativo e principalmente o Executivo não cumprem seus deveres ‘voluntariamente’, então o Judiciário entra em cena e, em regra, se resolve a questão.

Dessa forma, a pesquisa teve foco também no direito de acesso à justiça, correlato à função-dever fundamental do Estado-Judiciário de dizer o Direito diante dos casos concretos que lhes são apresentados. Nesse contexto, a pesquisa explorou o direito-princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV, da CF/88 (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), salientando-se que este direito fundamental processual é o chamado “processo justo”, pois possibilita às partes a ampla participação nos atos e fases do processo e lhes garante todos os demais direitos-princípios processuais consagrados na Constituição de 1988 e em leis processuais.

No contexto do “processo justo”, o princípio-direito processual fundamental ao contraditório e ampla defesa foram destacados na pesquisa. A razão desse destaque diz respeito ao fato de que a efetiva concretização destes dois direitos, que são inseparáveis, se apresenta como a principal forma de se garantir às partes litigantes a efetiva (e necessária, e democrática) participação no processo: participação especial, em contraditório, haja vista que os interesses disputados são opostos. Esta participação dos interessados no provimento deve ocorrer, como foi explicado, em simétrica paridade nos atos que o preparam. Importante destacar, sempre, neste pormenor, que são as partes, verdadeiras destinatárias do provimento, que sofrerão os seus efeitos (positivos ou negativos), eis uma importante justificativa supralegal para a ampla participação dos litigantes em todos os atos e fases processuais.

Diante do que se comprovou com a pesquisa, pôde-se concluir que o Judiciário acaba sendo, em certos casos, o único “porto seguro” para o cidadão que pede “socorro” diante de suas mais variadas necessidades/direitos, principalmente no âmbito do direito fundamental à saúde.

No Capítulo 3 deste trabalho demonstrou-se uma teoria elaborada a partir de dados coletados na pesquisa, nomeada *Teoria Tripartite dos Direitos Fundamentais: os Deveres Fundamentais como espécie de Direitos Fundamentais*. Com esta teoria, elaborada a partir de detidos estudos, reflexões e as necessárias fundamentações e exemplificações julgadas oportunas, concluiu-se que as *garantias fundamentais* insertas no art. 5º, da CF/88 são também *direitos fundamentais de todos*, restando também fundamentado que essas *garantias* se encontram no âmbito dos *deveres fundamentais* e estão explícitas na Constituição Federal

de 1988. A pesquisa mostrou, ainda, que tal como as *garantias constitucionais fundamentais* e os *direitos fundamentais propriamente ditos*, também os *deveres fundamentais* são uma *espécie* do gênero *direitos fundamentais*: são um *tertium genus* desses direitos. Diante da referida fundamentação teórica, mostrou-se que a CF/88, ao positivizar o “gênero direitos fundamentais” o dividiu em três espécies ou tipos: *a) direitos fundamentais propriamente ditos ou em espécie; b) direitos-garantias fundamentais; e c) direitos-deveres fundamentais.*

Como restou explicado na seção numérica 3.3, uma vez oferecidas à população as condições/recursos necessários à efetiva concretização dos direitos fundamentais à saúde, à educação e à segurança pública, entende-se que os governantes e o próprio povo conseguirão, de forma conjunta, realizar os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, nos termos “idealizados” pelo Constituinte de 1987-88, e que, até hoje, não saíram da abstração, ou seja, da “letra fria” do texto do art. 3º, da Constituição Cidadã de 1988.

O cumprimento dos deveres constitucionais do Estado – em sentido *lato* – para com a efetivação dos três direitos fundamentais descritos antes, por certo, possibilitará a “*edificação de uma sociedade livre, justa e solidária*”, a “*garantia do desenvolvimento nacional*”, a “*erradicação da pobreza [da miséria, do analfabetismo] e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais*”, bem como a “*promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

A pesquisa evidenciou que a concretização dos direitos fundamentais é fator vital para a melhoria da qualidade de vida das pessoas em todos os sentidos; é fazer valer o que a norma apregoa, no sentido de que os direitos (humanos) fundamentais têm como principal propósito garantir ao povo uma vida digna, onde todos possam dispor de condições que lhes garantam saúde, sossego, segurança, moradia, lazer, trabalho e outras situações consideradas indispensáveis à sadia qualidade de vida e/ou existência.

Nesse contexto, importa frisar que para a correta atuação do homem em sociedade é preciso que a dignidade humana se manifeste, sobretudo, como reação frente a abusos de autoridades públicas. Ao revés desta afirmativa, faz-se importante registrar que há casos em que o cidadão reclama por dignidade, mas não se preocupa, em igual medida, em se comportar com dignidade perante a sociedade; exige os seus direitos, mas se esquece de cumprir os deveres que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico ou mesmo pelo senso comum.

Dessa forma, o que ocorre com frequência no cotidiano brasileiro é a intimidade do cidadão com a ausência do Estado na fiscalização do cumprimento das leis: existem leis em demasia, mas não há instrumentos – materiais e principalmente humanos – para se fazer



cumprir e/ou fiscalizar o cumprimento dos comandos estatais nelas contidos. Desta verdade infere-se a ineficiência do Estado e a constatação de que as leis, ao que tudo indica, são promulgadas simplesmente para enganar a nação; é como se elas, por si mesmas fossem suficientes para resolver as questões que disciplinam, é como se fossem a “panaceia” para os males que visam a erradicar.

É bom lembrar, também, que o ser humano sempre tende a reivindicar sua liberdade, até mesmo quando isto significa anular radicalmente as fontes de sua dignidade e até mesmo a liberdade de seus semelhantes. A dignidade é o fundamento de todos os direitos humanos! Assim sendo, este direito natural, humano e fundamental se apresenta como o fundamento-maior da existência do homem. Destarte, o cidadão digno não é só aquele que reivindica o que lhe prejudica, mas também (e principalmente) aquele que cumpre o seu dever e se entrega e integra aos demais cidadãos, especialmente aos mais débeis.

A sociedade que quer garantir a dignidade de seu povo não pode se conformar com a atuação ilegal e ineficaz do Estado. Ela deve promover o crescimento interno de seus cidadãos, buscando o respeito de cada um para consigo mesmo, para com o Estado, *lato sensu*, e para com os demais cidadãos.

Diante do que se constatou com a pesquisa, vislumbra-se que significativa parcela da população nunca “viu” ou sequer teve notícia do rol de direitos individuais e coletivos elencados nos tantos incisos do art. 5º, da CF/88, e muito menos dos outros tantos direitos que lhes são conferidos por tantas outras leis, *e.g.* a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Em decorrência disto, pode-se deduzir que é também significativo o número de compatriotas que deixa de proteger, reclamar e, notadamente, de gozar direitos que lhes são consagrados com o fim precípuo de lhes garantir uma vida digna e menos sofrida.

Por conseguinte, o Estado Brasileiro, em sentido *lato*, em regra o maior responsável por prestações positivas e/ou abstenções vitais à concretização dos direitos fundamentais e de outros direitos, não cumpre a “parte” que lhe cabe nesta relação jurídica democrática tão bem desenhada pelo Constituinte de 1987-88.

Dessa forma, vê-se que o Estado, ente onipotente, deixa a desejar no que pertine ao cumprimento de suas obrigações ou deveres constitucionais e legais. Importante frisar, neste raciocínio, que quase sempre as ações do Estado não primam pela *eficiência* e pelos demais princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput* e seus tantos incisos e parágrafos, da CF/88). Somando-se a esse real e anômalo quadro, insere-se também a *educação, direito fundamental de todos e dever do Estado*, consagrado no art. 205, da CF/88. O Estado oferece ao povo serviços educacionais de baixa qualidade, principalmente nas séries

iniciais e mesmo assim não os disponibiliza a toda a população como deveria, haja vista que sempre se tem notícias de pessoas que não conseguem vagas na escola pública. As escolas públicas, em regra, não são dotadas da infraestrutura material e humana realmente necessária para se *ensinar ao povo*, sendo raros os alunos que *aprendem a aprender* e frequente a presença nela de “*mestres*” que não se encontram devidamente preparados para ensinar alguém a aprender. O cenário brasileiro revela que há milhões de pessoas completamente analfabetas e outros tantos classificadas como “analfabetos funcionais”, ou de uma maneira mais explícita, de semianalfabetos: mal falam, mal ouvem, mal leem, mal veem; apenas “sofrem a vida” ou simplesmente passam por ela; na verdade apenas vegetam nos mais variados rincões deste extenso país.

Como se mostrou nesta dissertação, o ensino dos direitos fundamentais ao povo na escola, nos ensinamentos fundamental, médio e superior, por certo se tornará uma excelente “ferramenta democrática”, capaz de influenciar favoravelmente no cumprimento dos deveres fundamentais e no efetivo exercício da cidadania por seus respectivos titulares. Nesse passo, entende-se que uma população instruída sobre seus direitos e deveres terá melhores condições de “pressionar” os governantes e seus corpos políticos a se “lembrarem” de que *o Brasil é um Estado Democrático de Direito*, Estado esse que tem objetivos fundamentais a serem atingidos desde a sua criação, e que até hoje ainda estão longe de o serem.

Seguem ainda no mesmo rumo as (más) prestações positivas do Estado na área da saúde, que totalmente “pálida”, sofre com “doenças graves”, ou porque não dizer, a saúde do brasileiro, há muito, está “doente”. São muitos os “brasileiros, brasileiras, brasileirinhos e brasileirinhas” que morrem à míngua de cuidados médicos e de medicamentos básicos que lhes são “devidos” constitucionalmente pelo Estado nas “letras frias da CF/88”, ou seja, na abstração das normas constitucionais e legais do mundo do “dever-ser”.

A (in)segurança pública é também outra negação estatal. A população vive acuada, amedrontada e normalmente só se sente segura quando “entrincheirada” em suas casas com muros altos e ornados com os mais variados tipos de ofendículos<sup>255</sup>, verdadeiras casamatas, que na verdade lhes proporcionam uma (falsa) sensação de segurança. As atividades da

---

<sup>255</sup> OFENDÍCULOS: segundo Fernando Capez, ofendículos “São aparatos facilmente perceptíveis destinados à defesa da propriedade e de qualquer outro bem jurídico. Exemplo: cacos de vidro ou pontas de lança em muros e portões, telas elétricas, cães bravios. Como trata-se de dispositivos que podem ser visualizados sem dificuldade, passam a constituir exercício regular do direito de defesa da propriedade, já que a lei permite até mesmo o desforço físico para a preservação da posse (novo CC, § 1º do art. 1.210). Há quem os classifique como legítima defesa preordenada, uma vez que, embora preparados com antecedência, só atuam no momento da agressão (nesse sentido: Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 23. ed., São Paulo, Saraiva, v. 1, p. 395). De uma forma ou de outra, em regra, os ofendículos constituem causa de exclusão de ilicitude. (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 264).

polícia preventiva são hoje completamente ineficazes e, conforme propaga diuturnamente a mídia, suas ações não conseguem reduzir os índices criminais; ao contrário, estes índices crescem em progressão geométrica, propiciando uma completa banalização da vida, o maior bem que o homem possui...

Merece destaque, *também negativo*, a má qualidade da prestação jurisdicional do Estado, que é realizada de forma morosa, levada a efeito por ritos processuais praticamente voltados exclusivamente para a defesa de direitos individuais, e que reclamam uma completa e urgente reforma, inclusive para se adequar à defesa dos direitos massificados. Aliando-se ainda ao cenário da (má) prestação jurisdicional, há carência de recursos materiais e humanos no Ministério Público, no Poder Judiciário em geral e na Defensoria Pública: nenhum destes órgãos cumpre efetivamente seus deveres constitucionais.

Todos esses fatores revelam como o dever fundamental do Estado Brasileiro é prestado de forma precária. A ineficácia estatal favorece a corrupção e fortalece a sensação de impunidade no âmbito dos infratores da lei e da sociedade em geral. Isto acaba transmitindo aos incautos a certeza de que o *crime compensa* nesta “Terra de Santa Cruz”.

Todas estas deficiências se traduzem em desrespeito ao cidadão, afetam a sua dignidade e favorecem o aumento da pobreza, da marginalização, das desigualdades sociais e regionais; impede a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e, por fim, inviabiliza por completo a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, em evidente contradição aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Cf. art. 3º, CF/88).

Ao concluir esta dissertação, entende-se que o tema da pesquisa a que corresponde, foi devidamente debatido e dissecado. Neste prisma, evidenciou-se que a função dos deveres constitucionais fundamentais previstos na CF/88 é a de propiciar condições necessárias à efetiva concretização dos direitos fundamentais consagrados na mencionada Carta Política. Dentre esses deveres fundamentais, cabe ao Estado-Legislativo aprimorar o sistema processual pertinente à defesa dos direitos coletivos em sentido *lato*, tendo-se em vista que as normas processuais insertas no CPC foram concebidas com base nos direitos individuais.

Interessante pontuar, ainda, que a legitimidade ativa para ajuizar ação versando sobre direito coletivo é matéria amplamente discutida. Grande parte da doutrina entende que o rol dos legitimados para tais ações precisa ser ampliado e que as ações coletivas carecem de ritos processuais que se amoldem às peculiaridades dos direitos massificados.

É de se frisar que muito se discute no âmbito doutrinário e judicial sobre a necessidade de se promulgar um “Código de Processo Coletivo”. Destaca-se que esta providência é um dever fundamental do Legislativo, que, em tese, resolverá as tantas pendências que permeiam as restrições quanto à legitimidade ativa e a deficiência decorrente de se aplicar ritos processuais estabelecidos no CPC às ações massificadas. Assim é que se vislumbra a essencialidade da incidência dos deveres fundamentais na defesa dos direitos coletivos.

Diante de todas as conclusões a que se chegou com a pesquisa em apreço, surge ainda, no âmbito do tema estudado uma pergunta que não quer calar: *Por onde anda a dignidade da pessoa humana no Brasil?* Por hipótese, diz-se que ela deve estar grudada aos tantos milhões de brasileiros que estão atrás (ou abaixo) da linha de pobreza... Talvez esteja também adormecida com o tão propalado *slogan* que diz que “*País rico é País sem pobreza*”. *Mas onde estão os brasileiros sem pobreza? Onde estão os filhos deste solo, ó Pátria amada?*

As questões são muitas e a pesquisa em relevo não teve a pretensão de responder a todas elas. Não teve também o intuito de apresentar uma “fórmula mágica” para “curar” as mazelas sociais que assolam o Brasil – graves problemas que parecem sem fim e que atravancam o desenvolvimento nacional, impedem a edificação de uma sociedade livre, justa, solidária, livre da miséria, da pobreza, da marginalização etc.

Mais que a esperança típica dos brasileiros e a promessa dos governantes de que “este é um país do futuro”, é de bom alvitre frisar que o momento de se fazer acontecer é agora! O futuro já se faz presente! Já se passou da hora de se efetivar os direitos (humanos) fundamentais no Brasil! O processo justo tem que ser garantido a todos os que recorrerem ao Judiciário! O processo tem que ser *devido e legal*, assegurando-se sempre às partes o contraditório, a ampla defesa e todos os demais direitos processuais necessários à realização da justiça!

O Estado e o cidadão não têm o direito de se esquivar de quaisquer de seus deveres, sejam eles fundamentais ou de outra amplitude: “*Quando um dever parece por demais pesado, pode-se aliviá-lo cumprindo-o com maior escrúpulo*” (GOETHE).

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã (*Theorie der Grundrechte*), por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ANDRADE, Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Revista dos Tribunais*, 58, p. 130-173, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilverto; MELO, Claudineu (Orgs). *Direitos humanos, democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGES NETTO, André Luiz. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1º de maio de 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/820>>. Acesso em: 03 de julho de 2014.
- BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 15 de outubro de 2013.
- BRASIL. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. *Lei do serviço militar*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14375.htm)>. Acesso em: 12 de agosto de 2014.
- BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a ação popular*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2014.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 05 de julho de 2014.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em: 08 de junho de 2014.

BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Ano II – nº 308. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Comstituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Comstituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 22 de março de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. *Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*. 1990a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC)*. 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 18 de julho de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. 1990c. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 12 de novembro de 2008.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 08 de maio de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. *Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)>. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]*. 4. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Aprovada Súmula Vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público*. Quarta-feira, 09 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264538&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Coord.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTIHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 21. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: *Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilvete (Orgs.). São Paulo: Dialética, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DUQUE, Bruna Lyra; SANT'ANA PEDRA, Adriano. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013, p. 147-161. Disponível em: <<http://revistaetronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345/335>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (do original: *Instituzioni di diritto processuale*). Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. (Trad. de Carlo Coccioli e de Márcio Lauria Filho). Martins Fontes: 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Informatizado. Correspondente à 3. ed., 1. imp. da Editora Positivo, rev. e atual. do Aurélio Século XXI, o Dicionário da Língua Portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANÇA, Júnia Lessa *et al.* *Manual de normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed. rev. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. *Revista de Direito do TJRJ*, nº 79, 2009. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197)>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* (Coord.: Pedro Lenza). São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Eunice Batista Gonçalves *et al.* *Manual de trabalhos acadêmicos*. Universidade de Itaúna, 2013. Disponível em: <[http://www.uit.br/download/graduacao/MANUAL\\_DE\\_TRABALHOS\\_ACADEMICOS\\_UIT.pdf](http://www.uit.br/download/graduacao/MANUAL_DE_TRABALHOS_ACADEMICOS_UIT.pdf)>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, Cap. 3, p. 171-244.

HAGERS BOZO, Aline Maria; BARROS, Raimunda Regina Ferreira. Educação e saúde como pressupostos basilares para o desenvolvimento. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20. n. 37, ago.2013, p. 159-179. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/393/358](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/393/358)>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. (Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho). São Paulo: Saraiva, 2009.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Você sabia que o número de pessoas que não sabem ler ou escrever está diminuindo no Brasil?* 2014. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/educacao>>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1993.



KHALED JR, Salah H. Oskar Von Bülow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais. 2010. *Panóptica*, ano 4 número 20, novembro 2010-março 2011, p. 19-41. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/18/15>>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas. 2006.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. 2011. Disponível em: <<http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

LOURENÇO, José (PFL/BA) – Deputado Federal Constituinte. In: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Ano II, nº 306, Brasília/DF, 2 de setembro de 1988, p. 260. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 25 de novembro de 2013.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MASCARENHAS, Paulo. *Manual de direito constitucional*. Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em: 23 de setembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 131-142. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones\\_Periodicas/AIB/8/AIB\\_08\\_131.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/8/AIB_08_131.pdf)>. Acesso em: 07 de setembro de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1998 (Coleção temas jurídicos, v. 3).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* (Orgs.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma necessária discussão*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Coimbra, 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA E SILVA, Eduardo N. de. *Aula 01: “Constituição Dirigente” – Para que servem as Constituições?* [s/d]. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Aula\\_01:\\_%22Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_Dirigente%22:\\_Para\\_que\\_servem\\_as\\_Constitui%C3%A7%C3%B5es%3F](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Aula_01:_%22Constitui%C3%A7%C3%A3o_Dirigente%22:_Para_que_servem_as_Constitui%C3%A7%C3%B5es%3F)>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

PILETTI, Claudino. *OSPB – Organização social e política brasileira*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

RIBEIRO BRASIL, Deilton; SANTIAGO, Marcus Firmino. O Supremo Tribunal Federal como órgão de regulação provisória de lei em decorrência da omissão do legislador. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 23, 2008, p. 161-175. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/Index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/77/76](http://www4.jfrj.jus.br/seer/Index.php/revista_sjrj/article/viewFile/77/76)>. Acesso em: 22 de agosto de 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010, p. 179-229. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_178.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_178.pdf)>. Acesso em: 08 de julho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar R; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 183-212.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

SILVEIRA, João Carlos da. *Acesso à justiça e direitos fundamentais*. [s/d]. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24Silveira.htm>>. Acesso em: 24 de setembro de 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, v. I, n° 22.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, p. 107-141, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2(1), p. 64-71, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *O rol de deveres fundamentais na constituição como numerus apertus*. 2013. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista031/O\\_ROL\\_DE\\_DEVERES\\_FUNDAMENTAIS.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista031/O_ROL_DE_DEVERES_FUNDAMENTAIS.pdf)>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion: Revista de Filosofia*, v. 54, n.127, Belo Horizonte, June 2013, p. 197-210. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2013000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2013000100011&script=sci_arttext)>. Acesso em: 25 de junho de 2014.