

A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS COLETIVOS

Michael Schneider Flach*

Resumo: O artigo analisa a relação entre os direitos fundamentais e os coletivos, nas suas respectivas categorias e gerações. Aborda a aplicabilidade, a eficácia, a força irradiante e a previsão constitucional. E apresenta enfoque específico no tocante às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direitos Coletivos; Direito Constitucional; Aplicabilidade e Eficácia; Princípio da Proporcionalidade.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os Direitos Coletivos. 3. As gerações dos Direitos Fundamentais e Coletivos. 4. Rol materialmente aberto, aplicabilidade e eficácia. 5. A dimensão subjetiva. 6. A dimensão objetiva. 7. Considerações finais.

1 Introdução

Enquanto membros da sociedade todos nós somos titulares de direitos, e sujeitos de determinadas obrigações. Contudo, para além disto, repousam uma série de direitos, os quais ultrapassam a figura do indivíduo e se estendem para a coletividade. Tratam-se dos Direitos Coletivos, conquistas históricas da sociedade reconhecidas por lei e inseridas no nosso ordenamento jurídico.

* Promotor de Justiça. Especialista em Direito Penal Contemporâneo. Mestre em Ciências Criminais. Professor do Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas da FPM e do Programa de Pós-graduação da FMP.

Analisando-se o preâmbulo da Constituição de 1988, nele consta o expresse objetivo de instituir um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, com harmonia, ordem e busca de soluções pacíficas. Também, dentre os seus Princípios, estão insculpidos *a soberania, a cidadania, o pluralismo, os valores sociais e a dignidade da pessoa humana*.

Por sua vez, a relação entre os Direitos Coletivos e Fundamentais desponta seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em especial quando enumera no Capítulo I os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Em termos fundamentais, o art. 5º, *caput*, consagra o primado máximo da igualdade absoluta de todos, perante a lei e o Estado, “sem distinção de qualquer natureza”, sendo garantida “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

A seguir, em termos coletivos, o art. 6º da Constituição tutela os direitos sociais, relacionando “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

2 Os Direitos Coletivos

Em sentido amplo, os Direitos Coletivos estão divididos em *Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*, os seus *Sujeitos* estão indeterminados, mas são determináveis. O Código de Defesa do Consumidor fornece o seguinte conceito dessas categorias:

Art. 81 da Lei nº 8.078/1990: 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.

De acordo com o próprio nome, os *Direitos Difusos* são indetermináveis, metaindividuais e não divisíveis. Não há como determinar todos aqueles que dele são titular, pois pertencem eles a uma gama de indivíduos, ainda que tais não possam ser singularizados, mas a violação do direito tanto atingirá um sujeito, como um todo. Exemplo: meio ambiente equilibrado.

Os *Direitos Coletivos em Sentido Estrito* tem como característica principal o fato de que, apesar de pertencerem a um número transindividual de pessoas, elas estão restritos a um determinado grupo, classe ou categoria de sujeitos, unidos pelo tipo específico de relação jurídica. Exemplo: os direitos dos consumidores usuários de um determinado serviço de água e luz.

Os *Direitos Individuais Homogêneos* possuem sujeitos determinados e uma origem comum, a qual os une de forma plural, para fins de maior facilidade e eficácia processual. Como no caso de várias vítimas de um mesmo acidente de ônibus, ou clientes de um banco, firmatários de um tipo de contrato abusivo. Aqui, o legitimado coletivo pode intentar a demanda na busca do dever de indenizar. Após, os beneficiários do direito reconhecido habilitam-se para a sua fruição.

3 As gerações dos Direitos Fundamentais e Coletivos

A defesa e a proteção dos direitos e garantias fundamentais e coletivos são condições que o Estado de Direito desenvolve balizado na Constituição, dela emanando vários efeitos e comandos sobre a atuação e a abstenção estatal, circunstâncias essas presentes na nossa Carta Maior.

Os Direitos Fundamentais e os Coletivos surgem em decorrência da aglutinação de várias fontes, dentro de um processo histórico, social e cultural ao longo do tempo e do percurso da civilização.

Os Direitos Fundamentais possuem como características especiais serem: *Universais* (dirigidos a todas as pessoas); *Imprescritíveis* (não prescrevem), *Irrenunciáveis* (o titular não pode divorciar-se deles); *Inalienáveis* (insuscetíveis de negociação); *Inexauríveis* (o rol constitucional expresso não exclui outros decorrentes dos seus princípios e regime, e de tratados a que o País aderiu); *Constitucionalizados* (positivados na Carta Marga); *Aplicáveis* (prevista a aplicação imediata); *Concorrentes* (interagem entre si); *Vedado o Retrocesso* (não pode haver exclusão, nem erosão), e *Historicidade* (advém de um processo evolutivo).

Os Direitos Fundamentais e Coletivos não são fruto de um momento único, mas possuem um aspecto geracional, sem que os subsequentes levem a extinção dos anteriores, e, sim, a soma e a permanência, manifestando-se tanto em face do indivíduo, como da coletividade.

Os de Primeira Geração possuem ligação com a era do Iluminismo e dizem respeito às liberdades, estando ligados aos direitos civis e políticos, como a vida, a igualdade e a propriedade. Foram os primeiros a serem constitucionalizados, tendo por foco o indivíduo e a oposição perante o Estado. Reconhecem a autonomia dos particulares, como resistência ao Estado (“direito negativo”).

A Segunda Geração surge no período entre guerras na primeira parte do século XX. Aqui, o Estado não apenas deve intervir, como é o responsável pelo sua concretude e financiamento. As características são o teor coletivo, prestacional, movido pela diminuição das desigualdades, em favor de um mínimo de dignidade existencial, com a tutela dos menos favorecidos, para que possam subsistir e fruir do básico. São direitos notadamente sociais (saúde, trabalho, educação, previdência e habitação). É o Estado de bem-estar social (*welfare state*) ou Providência (“direito positivo”). Sem nenhum tipo de oposição, tal categoria vem a somar-se e a interagir com os de primeira geração.

Os de Terceira Geração estão ligados ao humanismo, à universalidade, à solidariedade e à fraternidade, surgindo após a 2ª Guerra Mundial (Criação da ONU em 1946 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948). Guardam relação com a paz, a autodeterminação dos povos, o progresso e a qualidade de vida. A concepção tem por escopo o gênero humano (não o indivíduo), devendo suplantiar grupos, ideologias e regimes políticos. Como exemplos, citamos o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e os direitos coletivos resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Quarta Geração é recente e decorre da globalização, compreendendo direitos à democracia, ao pluralismo, à informação. Tem ligação com a proteção futura da vida, saúde e cidadania. Exemplo são as questões em torno da genética e das tecnologias.¹

4 **Rol materialmente aberto, aplicabilidade e eficácia**

Os direitos fundamentais são frutos de conquistas históricas e da constante evolução social, levando à necessidade de outros direitos serem reconhecidos e tutelados, diante da premência de se proteger os bens decorrentes das novas realidades, para o que o Estado deve estar preparado.²

Por exemplo, o direito de propriedade, na época medieval era relativo, estando sujeito às vontades do soberano e do Estado. Após a Revolução Francesa e as suas consequências tornou-se absoluto. E no presente em nosso país é determinado pelo art. 5º, XXIII, da CF, que “a propriedade atenderá a sua função social”.

¹ Uma quinta dimensão de tais direitos é defendida por juristas como P. Bonavides. Vide BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros; e BONAVIDES, Paulo. “A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, abr./jun. 2008, p. 82-93.

² Num passado recente reconhecemos o direito ao meio ambiente, no presente nos debruçamos sobre o valor da água, e no futuro poderemos estar debatendo questões da cibernética.

Assim, o rol dos direitos fundamentais de uma Constituição deve adaptar-se à *ordem* e ao processo de formação e a transformação de valores, com simetria na realidade material e fática da sua época, para que possa assegurar com eficácia aquilo que Konrad Hesse denomina de “força normativa”.³ No que, a abertura permitirá a atualização do seu rol, de acordo com as demandas temporais, materializando um direito e a sua fruição, ainda que não formalmente expresso na Carta.

Por sua vez, prevê o art. 5º, § 2º, da CF que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do *regime* e dos *princípios* por ela adotados, ou dos *tratados* internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, ao conceito formal soma-se o material, de modo que em nosso sistema direitos ainda não expressos aqui podem ser aquilatados à categoria de fundamentais. Na prática, o rol da constituição não é taxativo, mas ele enumera e ilustra, permitindo inovação em tais *condições*, dentro daquilo que *constitui* a sociedade e no seu tempo ecoa como *basilar e fundante* para ela.

Sobre a Aplicação, dita o art. 5º, § 1º, CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Trata-se da *máxima eficácia*, dirigida aos órgãos Estatais, para que confirmem a maior efetividade possível, como *mandado de otimização*.⁴

De acordo com o entendimento moderno de autores como Robert Alexy, Ingo Sarlet e José Afonso da Silva, podemos dizer que temos normas de eficácia: *Absoluta* (não alteráveis sequer pelo poder reformador, liberdade); *Plena* (aplicação direta, imediata e íntegra desde o vigor); *Contida* (reconhece o direito e confere efeitos, mas admite regulação e restrição, com limites); e *Limitada* (pouco ou nada regulada, carecem de maiores efeitos, a serem conferidos pelo legislador).

Entre os Direitos Coletivos, os Sociais possuem em sua maioria aplicação contida ou limitada, pela necessidade de serem regulamentados para atingir a devida eficácia (saúde, educação). Ainda assim, não podem ser negados pela ausência de recursos financeiros, corroídos ou extirpados do sistema, pois reconhecidos na CF.

Sobre o âmbito da Eficácia, a força *Irradiante* dos direitos fundamentais significa que os bens e valores consagrados irradiam-se para todo o sistema jurídico, devendo ser observados nos critérios de interpretação e aplicação, seja nos órgãos e poderes estatais, ou nos privados (concepção essa da doutrina alemã).⁵

³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE: 1991.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵ Sobre decisões em matéria constitucional na Alemanha, ver SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea Original. Org. e Introdução: MARTINS, Leonardo. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

Pela *Eficácia Vertical*, o Estado além de não poder violar os direitos fundamentais, ainda tem a missão de protegê-los em face do ataque de terceiros, seja por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, como no caso da defesa do meio ambiente por instrumentos penais, de forma proporcional e eficaz.

Já a *Eficácia Horizontal* considera o fato de que os direitos fundamentais vão além das relações do cidadão com o Estado, mas que também tem aplicação nas relações privadas, como direito subjetivo, na medida em que a Constituição e as leis (como o Código Civil) resguardam o indivíduo em face dos seus pares.

5 A dimensão subjetiva

Sobre a face subjetiva apoia-se a perspectiva mais usual de abordagem dos direitos fundamentais, motivada tanto pela sua visão histórica e tradicional na concepção de *direitos do homem*, como pela principal direção da sua atual vocação funcional, “enquanto garantias jurídicas da liberdade e autodeterminação individual”.⁶

Tal concepção está ligada ao contexto revolucionário e de transformações ocorridas a partir do final do século XVIII, quando, com a queda do antigo regime, a ascensão da burguesia e a política do liberalismo, a proteção das liberdades teve, como alvo, a defesa das interferências dos poderes públicos, vistos como potenciais inimigos das novas conquistas, o que então gerou uma limitação das intervenções do Estado.⁷

A fundamentação subjetiva refere-se ao significado que a norma consagradora de um direito fundamental assume para o indivíduo, seus interesses, sua situação de vida e sua liberdade, na condição de direitos básicos jurídico-constitucionais do cidadão, voltados à satisfação dos seus interesses próprios, os quais estão reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídico-pessoais.⁸

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 95.

⁷ BILBAO UBILLOS, Juan Maria, “¿En que Medida Vinculan a los Particulares los Derechos Fundamentales?” In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 302.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 4ª reimpressão, 2003, Coimbra: Almedina, p. 1256; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004. p. 119.

Esta dimensão caracteriza os direitos fundamentais como “direitos subjetivos potencialmente oponíveis frente a todos”, com destaque para a sua especial resistência perante o Estado, mas estando tais direitos aptos a operarem em todo o tipo de relação, seja pública ou privada. Sem prejuízo da pertinente adaptação às condições de cada caso e da necessidade de compatibilizá-los com os bens ou direitos em conflito, os quais podem ocorrer tanto numa relação Estado X indivíduo, como cidadão X cidadão.⁹

Para Vieira de Andrade tal aresta confere posições jurídicas subjetivas individuais, universais, permanentes e fundamentais, sendo esta no sentido da sua fundamentalidade para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, numa condição de vantagem ligada à “proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual”, traduzível no poder de exigir ou de pretender comportamentos ativos ou de abstenção, ou de produzir efeitos autônomos.¹⁰

No entender de Gomes Canotilho, é na condição subjetiva de direitos a “atos negativos” que os direitos fundamentais revelam-se como o “direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos” (ex.: liberdade de expressão), “direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas” (ex.: sigilo das comunicações), e “direito à não eliminação de posições jurídicas” (ex.: conservação da propriedade). Já, em relação aos direitos a ações positivas, enumera-os como os de “natureza fática” (ex.: prestações fáticas inerentes ao direito de segurança social), e de “natureza normativa” (ex.: proteção do direito à vida por via de normas penais).¹¹

Na espécie, esgrima Canotilho que a tese de que os direitos fundamentais sejam, *prima facie*, garantidos como subjetivos, possui “a vantagem de apontar para o dever objetivo do Estado conformar a organização, procedimento e processo de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o indivíduo possa exigir algo de outrem”, que tenha o dever jurídico de satisfazer tal objeto. Afinal, se, em primeira linha, os direitos são algo individual, e se “um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo”.¹²

⁹ BILBAO UBILLOS, op. cit., 2006, p. 309-10.

¹⁰ ANDRADE, op. cit., p. 117 e ss.

¹¹ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1258-9. Vide, CANOTILHO, J. J. Gomes. “O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição”, *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 139-54, jan./jun. 2005.

¹² CANOTILHO, op. cit., p. 1257.

Dentre outros, Novais sustenta que, na dúvida, deve-se presumir o caráter subjetivo das posições protegidas pelas normas de direitos fundamentais, onde uma das suas principais características, mas não única, é a acionabilidade de um direito.¹³ Porém, adverte Sarlet que o grau de exigibilidade ou justiciabilidade destes direitos subjetivos “é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental”, já que esta dimensão refere-se à possibilidade do seu titular “fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito” a abstenções ou ações, as quais “lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental”.¹⁴

Dessa forma, da dimensão subjetiva resulta a possibilidade do indivíduo se autodeterminar numa área juridicamente tutelada pela imposição ao Estado dos correlatos deveres de observância, onde é reconhecido àquele o poder de exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever a que o poder público está obrigado. De modo que a sua satisfação está conectada ao momento e à medida em que é atribuído ao titular a competência para invocar judicialmente a observância estatal do “dever que lhe foi objetivamente imposto pela norma de direito fundamental”.¹⁵

Ou seja, se tal dever pode ser entendido como integrante do núcleo objetivo, já “o impulso, o fundamento, a orientação e os critérios de atuação correspondentes” possuem, como origem, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais,¹⁶ a qual “justifica e desencadeia os mecanismos objetivos diversificados de tutela e autonomia”, fazendo, do seu titular, o sujeito de direitos em torno ao qual se constrói o sistema de direitos fundamentais, como instrumentos de defesa e prestação em face do Estado.¹⁷

6 A dimensão objetiva

Além da função subjetiva, os direitos fundamentais apresentam-se na ordem constitucional também como um conjunto básico de valores objetivos e fins diretos de ações positivas por parte dos poderes públicos, sendo válidos em todos os domínios da ordem jurídica. Fornecem eles diretrizes para que se-

¹³ NOVAIS, op. cit., p. 96-9, o qual lembra sobre os riscos da face subjetiva ser reduzida a tal aspecto.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170. Explica que para distinguir as duas facetas é necessário clarificar o significado da exigibilidade.

¹⁵ NOVAIS, op. cit., p. 99-100.

¹⁶ GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1993, p. 37 e ss., *apud* NOVAIS, op. cit., p. 101.

¹⁷ NOVAIS, op. cit., p. 100-1.

jam quitadas as obrigações do Estado de prestar assistência nas situações de necessidade, de garantir aos cidadãos a participação nas correlatas instituições e prestações estatais, bem como o dever de criar os pressupostos materiais para um exercício efetivo e devido das liberdades.¹⁸

Neste enfoque, a análise dos direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem constitucional e do ordenamento jurídico significa que o Estado deve buscar a efetivação de tais direitos. Em consequência, esta vinculação ao sistema de direitos fundamentais, gera, segundo Hesse, “não apenas uma obrigação (negativa) do Estado de se abster de ingerências no âmbito que aqueles protegem, mas também uma obrigação (positiva)” de providenciar aquilo que sirva à realização de tais direitos.¹⁹

Conforme Häberle, a dimensão objetiva “não está em relação de subordinação ou contraposição isolada à dimensão subjetiva, mas em relação recíproca de paridade hierárquica, já que ambas são tendentes ao fortalecimento de liberdade como um todo”, tanto do indivíduo como da sociedade,²⁰ de modo a guardar conexão uma com a outra.

Então, além das garantias e da expressão do seu poder de autodeterminação frente ao Estado – e apesar da origem e da justificativa histórica, filosófica, política e ética como “direitos do homem e do cidadão” –, em termos jurídicos os direitos fundamentais também se relevam como “deveres jurídico-objetivos impostos ao Estado pelas normas de direitos fundamentais”, podendo o indivíduo exigir seu cumprimento.²¹

Nesta dimensão objetiva, “os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade”, pela qual o *status* do indivíduo “é organizado, delimitado e protegido”, inserindo-o na sociedade; de tal modo que, entre ambas, incide “uma relação de complemento e fortalecimento recíproco”, na qual este não repele o polo subjetivo.²²

¹⁸ NOVAIS, op. cit., p. 65 e 75; e SARLET, op. cit., p. 159.

¹⁹ HESSE, Konrad. “Significado de los Derechos Fundamentales”, 1996, p. 94, apud ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46. Vide e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁰ HÄBERLE, Peter, 2003, p. 74-5, apud ÁVILA, Tiago, op. cit., p. 46. Ver também HÄBERLE, Peter, *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2008; e HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

²¹ NOVAIS, op. cit., p. 71.

²² HESSE, Konrad. “Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha”. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 239-40. Vide HECK, Luís Afonso, “Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 116-7, 1999.

Tratam-se aqui de funções complementares, onde, na face subjetiva, os direitos fundamentais conferem um caráter de titularidade diante do Estado; militando em favor do indivíduo tanto uma posição de defesa (não intervenções), como o exercício do direito de liberdade (ações positivas). Enquanto que, na dimensão objetiva, desponta o valor jurídico dos direitos fundamentais sob o ponto de vista da sociedade, que em conjunto com os poderes públicos trabalha no seu reconhecimento e manutenção. Ou seja, na dimensão objetiva os direitos fundamentais devem ter sua eficácia avaliada não apenas do ponto de vista do indivíduo e das suas relações com o Estado, mas também sob o ângulo da sociedade, por se tratar de valores e de finalidades que ela deve respeitar e concretizar.²³

A partir do que, a Constituição é vista como ordem de valores da comunidade, devendo então por meio dos seus vetores serem orientados e conformados o sistema jurídico estatal e a vida em sociedade em todos os seus setores, e onde o rol de direitos fundamentais figura como um reflexo de tais escolhas valorativas lançadas no texto constitucional.²⁴

Em decorrência, a faceta objetiva dos direitos fundamentais confere legitimidade às restrições de direitos subjetivos dos particulares em prol do interesse comunitário preponderante (no que se destacam os deveres de proteção); bem como fornece certos limites ao conteúdo e ao alcance dos direitos fundamentais. Mas com a devida preservação do seu núcleo essencial e observado o princípio da proporcionalidade.²⁵

Desta forma, aceitando-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais “constitui função axiologicamente vinculada”, decorre que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de alguma maneira, ao seu reconhecimento pela sociedade na qual está inserido e da qual não pode ser dissociado. De modo que, independente de subjetivação, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais assume elevado relevo na edificação de um sistema eficaz e racional para a efetivação destes.²⁶

Assim sendo, a dimensão objetiva também produz efeitos enquanto complemento da faceta subjetiva, reforçando a imperatividade dos direitos individuais e alargando a sua influência normativa no sistema jurídico e na vida em sociedade. Ao mesmo tempo, estabelece deveres e obrigações gerais – normal-

²³ ANDRADE, op. cit., p. 114-6 e 145-6

²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 149; e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 171-86.

²⁵ ANDRADE, op. cit., p. 147-8.

²⁶ SARLET, op. cit., 2008, p. 162 e 167.

mente para o Estado, ainda quando tal não implique atribuir correlatos direitos aos cidadãos –, vindo a operar com uma “mais-valia” que confere efeitos adicionais à posição subjetiva.²⁷

No caso, a matriz objetiva atesta “a função legitimadora dos direitos fundamentais, que corporificam o fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito” e ainda se constitui num reforço protetivo de tais direitos. No qual, por via dos deveres de proteção, recai sobre o poder público a responsabilidade de assegurar uma tutela efetiva aos direitos fundamentais, atuando positivamente quando diante de ameaças e lesões.²⁸

Ao consubstanciar uma ordem objetiva ou sistema de valores resultante de uma decisão constitucional, as normas de direito fundamental estão dotadas de uma força conformadora. Cujo âmbito de expansão frente à ordem jurídica transmite ao Estado impulsos e diretrizes de atuação, a serem observados por todos os poderes públicos quanto aos deveres de prestação, proteção, instituições, organização e procedimento.²⁹

Desta concepção de valores que se irradiam sobre a ordem jurídica e a atuação estatal resultam várias consequências, operando ela como um parâmetro. Assim, os outros ramos do direito não podem contrariar tal ordem de valores, as demais normas devem ser interpretadas conforme os direitos fundamentais e as novas disposições que surgirem não podem conflitar com tal sistema, sob pena de inconstitucionalidade.³⁰

Igualmente, a dimensão objetiva produz efeitos sobre as garantias institucionais, no sentido de que determinadas instituições e institutos, pela sua importância e vínculo direto com os direitos fundamentais, estejam imunes à ação erosiva do legislador. Também, incide como referencial na formação e manutenção de organismos estatais e para o procedimento, tendo em vista que, para o desenvolvimento e a efetivação dos direitos fundamentais, é necessário um suporte organizacional e procedimental que os auxiliem e evitem os riscos de redução do significado do seu conteúdo material,³¹ o que é vital em termos de administração pública.

²⁷ ANDRADE, op. cit., p. 115, 142 e 150-3, utilizando a expressão “mais valia” no sentido de “plus”. Vide ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁸ PEREIRA, op. cit., 2003, p. 152-5.

²⁹ MÜLLER, J. P., 1987, p. 270 e ss., apud NOVAIS, op. cit., p. 80 e 67.

³⁰ NOVAIS, op. cit., p. 81-2.

³¹ SARLET, op. cit., 2008, p. 165-6; e SARLET, I. W. “Os Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição: Contributo para uma Leitura Constitucionalmente Adequada”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 631-80, jan./jun. 2003.

Não bastasse, atua ainda sobre o direito procedimental e nas estruturas de organização, diante da tarefa do Estado “de produzir ou garantir os pressupostos da liberdade jurídico-fundamental”, no que contém diretrizes e critérios para que tais pressupostos sejam bem atendidos. De tal forma que, “ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como *determinações de competências negativas* para os poderes estatais”. Isto, no sentido de que, apesar de autorizado a limitar os direitos fundamentais, na sua função de tutelá-los e concretizá-los, o *status* matricial da liberdade e da igualdade dos cidadãos está subtraído da esfera de competência do Estado, sendo que tal indisponibilidade também está protegida.³²

Entretanto, apesar da afinidade, não existe uma identidade direta e única entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a função de defesa destes, e nem da face objetiva com a função constitutiva de tais direitos. No caso, embora o viés de defesa decorra dos direitos do cidadão em face do Estado, nesta função também pende um conteúdo objetivo diante da esfera de autonomia frente ao Estado. Já os conteúdos objetivos, além da prestação, fornecem um caráter de defesa, impedindo, *v. g.*, que um ato do poder público afete a “relevância de um valor objetivo de direito fundamental”.³³

Com efeito, no tocante ao dever geral estatal de efetivação dos direitos fundamentais, uma importante função inserida na perspectiva objetiva diz respeito aos deveres de proteção por parte do Estado, no sentido de zelar pela tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, inclusive preventivamente e não apenas contra as agressões advindas dos poderes públicos, mas também a de particulares e de outros Estados.

Na espécie, tais fundamentais também possuem ligação com o próprio princípio da proporcionalidade, uma vez que nem as liberdades individuais, nem os poderes estatais são ilimitados, estando estes constituídos e demarcados por competências positivas e negativas. Diante do que, mesmo quando autorizado e chamado a intervir na defesa e na proteção dos direitos fundamentais, deve agir com a devida proporção, evitando condutas que sejam excessivas ou importem deficiência no âmbito de tutela.

Afinal, a “garantia da ordem pública e da segurança interna, a preservação dos bens jurídicos comunitários básicos, o bom funcionamento das instituições democráticas e dos tribunais não podem ser vistos como meras garantias

³² HESSE, *op. cit.*, p. 242-3 (incluso remetendo às lições de Scheuner e Häberle), e 239, grifo no original.

³³ NOVAIS, *op. cit.*, p. 72-3, citando também aqui a alteração de um instituto que desfigure sua essência.

dos direitos individuais” – ainda que também assim o sejam. Mas como a realização de valores comunitários, já que constituem condições objetivas ao exercício efetivo dos direitos fundamentais.³⁴

Portanto, a função dos direitos fundamentais não está limitada apenas a uma condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face dos atos estatais. Mas também se constituem em “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição”, que propagam a sua eficácia para todo ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para os poderes públicos sobre as formas de proteção de tais direitos. Decorre daí uma completa irradiação para os demais ramos do direito, manifestando-se tanto sob a forma de interpretação, como de aplicação legal, a partir do arcabouço dos direitos e garantias fundamentais expostos na Carta Constitucional.³⁵

No que também estarão incluídas as normas em torno do direito administrativo e do direito penal, cuja natureza vão além do aspecto regulador e sancionador. Não mais podendo ser vistas apenas como instrumentos de limitação de liberdades, mas figurando ainda como ferramentas que o Estado utiliza para cumprir a sua obrigação de tutela dos valores fundamentais e dos bens jurídicos mais preciosos, em especial os conectados a estes direitos.

Assim sendo, a Constituição desponta como fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, os quais vinculam os poderes do Estado numa relação de conformidade, apresentando-se numa dupla dimensão de caráter objetivo e subjetivo, cujos efeitos expansivos conferem direitos de proteção ao indivíduo e deveres de tutela ao Estado.

Diante do que, além da tese clássica dos direitos fundamentais vistos como defesa e liberdade, adiciona-se a tese dos direitos fundamentais como um sistema de valores que rege todos os âmbitos do direito, tanto no que veda o excesso, como a proteção deficiente.³⁶

³⁴ HESSE, op. cit., p. 240; e ANDRADE, op. cit., p. 154. Ver também STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103-105, 123.

³⁵ SARLET, op. cit., 2008, p. 165; SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade. Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Criminal”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 212.

³⁶ FLACH, Michael Schneider, “A Intervenção Estatal no Direito de Propriedade e a Salvaguarda de Bens Culturais”. *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Plenum, n. 18, jun. 2018, p. 161-167, no tocante à restrição autorizada de direitos; e FLACH, Michael Schneider, “A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 10, n. 18, p. 201-233, 2010.

7 Considerações finais

- 1^a – Os Direitos Coletivos e os Direitos Fundamentais possuem entre si uma estreita relação, com previsão expressa no Título II da Constituição Federal. Estes projetam-se tanto em face do indivíduo, como da sociedade. Já aqueles são decompostos em *direitos coletivos (sentido estrito), difusos e individuais homogêneos*.
- 2^a – Os Direitos Fundamentais e os Coletivos surgem da aglutinação de várias fontes, num processo histórico, social e cultural, dotados de características próprias.
- 3^a – Em nossa Constituição os Direitos Fundamentais estão previstos num rol materialmente aberto, adaptável à ordem e ao processo de transformação de valores. Os quais possuem *força irradiante* sobre todo o sistema, com *eficácia vertical e horizontal*.
- 4^a – Conforme art. 5º, §1º, CF, as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Porém, quanto ao âmbito da sua eficácia, podem ser classificados como dotados de eficácia *absoluta, plena, contida e limitada*.
- 5^a – Os direitos fundamentais apresentam duplo caráter, estando dotados de uma dimensão subjetiva e de uma objetiva, a serem avaliadas sob o ponto de vista do indivíduo e da sociedade.
- 6^a – Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais caracterizam-se por sua natureza na condição de direitos subjetivos, possuindo potencial de serem oponíveis perante todos. Em especial como figura de resistência em relação ao Estado, mas também perante os demais cidadãos. Ou seja, incidem tanto nas relações de ordem pública, como nas ligações do âmbito privado.
- 7^a – Já na face da dimensão objetiva, os direitos fundamentais apresentam-se enquanto valores jurídicos, não apenas do cidadão, mas direcionados para o âmbito coletivo e a sociedade, a qual interage com os Poderes do Estado, em prol do seu reconhecimento, da sua manutenção, da concretização e da máxima efetividade.

Referências

- ALEXY, Robert, “Colisão de Direitos Fundamentais e a Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, *Revista de Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 268-73, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria, “¿En que Medida Vinculan a los Particulares los Derechos Fundamentales?” In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo, “A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, abr.-jun. 2008, p. 82-93

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 4ª reimpressão, 2003, Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “O Estado Adjetivo e a Teoria da Constituição”, *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, p. 139-54, jan./jun. 2005.

FLACH, Michael Schneider, “A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 10, n. 18, p. 201-233, 2010.

FLACH, Michael Schneider, “A Intervenção Estatal no Direito de Propriedade e a Salvaguarda de Bens Culturais”, *Revista Juris Plenum de Direito Administrativo*, Plenum, n. 18, junho 2018,.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2008.

HECK, Luís Afonso, “Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 116-7, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, SAFE: 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares”. In: BARROSO, Luís R. (Org.). *A nova interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 149.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade. Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da Aplicação das Categorias da Proibição de Excesso e de Insuficiência em Matéria Criminal”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 631-80, jan./jun. 2003.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea Original. Org. e Introdução: MARTINS, Leonardo. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.