

A Importância da Dimensão Subjetiva para a Tutela dos Direitos Fundamentais

Eduardo Camargo Righi*

Resumo: Este artigo visa demonstrar alguns aspectos da dogmática dos direitos fundamentais e a relevância de sua compreensão enquanto um modelo de regras e princípios. A construção deste sistema misto permite a obtenção de um equilíbrio entre segurança jurídica e abertura, permitindo que os direitos fundamentais se adaptem às constantes modificações do mundo contemporâneo. Destaca-se também no presente estudo a dupla dimensão dos direitos fundamentais, fazendo com que tais direitos extrapolem o âmbito individual e passem a representar os principais valores da sociedade. Por fim, através da análise do sistema de posições jurídicas fundamentais desenvolvido por Robert ALEXY, procura-se evidenciar a importância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais para propiciar ao cidadão uma proteção jurisdicional efetiva.

Palavras-chave: Direito constitucional; Processo civil; Direitos fundamentais; Tutela judicial.

Abstract: This article aims to demonstrate some aspects of the dogmatism of fundamental rights and the relevance of their understanding as a model of rules and principles. The building of this mixed system allows the obtaining of a balance between legal security and liberalization, permitting the fundamental rights to adapt to frequent changes of the contemporary world. The present article also highlights the double dimension of the fundamental rights, making such rights extrapolate the individual scope and start to represent the main values of society. At last, through the analysis of the system of fundamental legal positions developed by Robert Alexy, it tries to make clear the importance of the subjective dimension of the fundamental rights to give the citizen an effective jurisdictional protection.

Key-words: Constitutional law; Civil process; Fundamental rights; Judicial guardianship.

1 Evolução dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais podem ser analisados sob variados enfoques. Do ponto de vista filosófico são entendidos como direitos inerentes a todos os homens, de todos os lugares e períodos históricos. A segunda perspectiva – universalista ou internacionalista – foi impulsionada pelos horrores das Grandes Guerras Mundiais que demonstraram a importância de se fixar, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, um caráter especial a certos direitos considerados indispensáveis a todos os cidadãos do Mundo em uma determinada época.¹

* Professor de Direito Processual Civil da UniBrasil. Mestrando em Direito Processual Civil pela FADISP, em São Paulo.

¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 15, 26. Nas palavras do autor “aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas. De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O terceiro enfoque, talvez o de maior relevância para o estudo do tema, segundo parte da doutrina, é o que relaciona a evolução conceitual e funcional dos direitos fundamentais com a restrição do poder do Estado,² cuja origem remonta às lutas e conquistas que limitaram os abusos cometidos pelos Estados absolutistas monárquicos.³

Dentre os textos jurídicos que contribuíram para essa perspectiva estadual ou constitucional encontram-se documentos ingleses, americanos e franceses. A Carta Magna inglesa de 1215 é, muitas vezes, considerada como molde das Constituições Liberais. Outrossim, destaca-se a importância da *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1688, como fontes dos direitos humanos.⁴ De acordo com Ingo Wolfgang SARLET:

“...as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses. Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.”⁵

Pode-se creditar à Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 a origem dos direitos fundamentais constitucionais. Os documentos americanos agregaram aos direitos e liberdades já presentes nos textos ingleses, a força capaz de vincular todos os poderes do Estado.⁶

Estados – perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista”.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

³ LOBATO, Anderson Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais”. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, nº 22, pp. 141, 159, jan./mar. 1998, p. 141.

⁴ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 33.1 de la constitución española*. Granada: Comares, 1996, pp. 12, 13.

⁵ SARLET, *op.cit.*, p. 44.

⁶ *Ibid.*, pp. 44, 45. Complementa ainda SARLET que “pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa”.

Outrossim, é importante destacar a cooperação da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 – fruto da Revolução Francesa – para a positivação dos direitos fundamentais, exacerbando a importância de serem garantidos tais direitos para que uma sociedade tenha efetivamente uma Constituição.⁷

Sem detrimento do mérito da declaração francesa para a afirmação e constitucionalização dos direitos fundamentais nas posteriores Constituições, há autores⁸ que consideram os documentos americanos como o marco inicial desses direitos, principalmente em função de que estes documentos impunham aos poderes públicos uma maior sujeição ao texto legal. E, ao contrário, em França, por um longo período, o legislador possuía uma ampla margem de atuação, já que não estava tão vinculado a tais direitos por inoperância de um controle de constitucionalidade das leis.⁹

O termo “direitos fundamentais” apareceu pela primeira vez na Constituição alemã, ratificada em 1848 na Igreja de São Paulo em Frankfurt. Mas foi na Constituição de Weimar que se iniciou a estruturação de uma doutrina própria dos direitos fundamentais.¹⁰

Portanto, com a Constituição de Weimar de 1919 e com outras posteriores a 1945, como por exemplo, a Constituição espanhola, sedimentou-se a expressão “direitos fundamentais”,¹¹ que apesar de traduzir direitos subjetivos de liberdade, de dignidade e tutela da pessoa, revelou-se menos controversa do que as designações anteriormente utilizadas – direitos naturais e direitos humanos,¹² pois já não se consente com tanta condescendência que tais direitos sejam ingênitos¹³ ou verdadeiramente essenciais para todas as “latitudes geográficas e culturais”.¹⁴

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, pp. 21, 22.

⁸ Além de SARLET, *op.cit.*, p. 46, outros autores compartilham desse entendimento. GEORGE JELLINEK escreveu que: “sem a América, sem as Constituições de seus diversos Estados, talvez tivéssemos uma filosofia de liberdade, mas nunca teríamos uma legislação que garantisse a liberdade”. JELLINEK, George apud VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 23. Este autor lusitano, a respeito do assunto, conclui em passagem que merece ser citada: “Não se tratando aqui de averiguar se foi o pensamento francês ou o anglo-saxônico determinante no aparecimento dos direitos fundamentais constitucionais, importa apenas acentuar que mais cedo ou mais tarde, o caráter constitucional dos direitos acabou sempre por gerar a necessidade de garantia jurídica efectiva deles perante todos os poderes públicos, incluindo o poder legislativo”. (VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 23).

⁹ SARLET, *op.cit.*, p. 46.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: Teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 26.

¹¹ VERDÚ, Pablo Lucas. “Los derechos humanos como ‘religión civil’”. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 516, 539 e 533.

¹² CUNHA, Paulo Ferreira. *Teoria da constituição*. [S. L.]: Verbo, 2000. v. 2, p. 38.

¹³ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 180.

¹⁴ CUNHA, *op.cit.*, p. 28. O autor considera que: “os direitos fundamentais tais como o Ocidente os vê são, efectivamente (passe a tautologia), apenas ocidentais. Em que medida a globalização será capaz de os levar e fazer aceitar e viver noutras latitudes geográficas e culturais ainda está para saber-se”. A esse respeito também expressa BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19: “(...) 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”.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles inscritos no ordenamento jurídico, que devem ser compreendidos dentro do sistema cultural, social e econômico no qual estão inseridos, não se restringindo apenas aos direitos naturais, visto que muitos deles são desenvolvidos pelo próprio legislador, tendo em vista as necessidades e as condições de cada Estado.¹⁵ Segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO: “Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.¹⁶

Através da análise das Constituições dos Estados modernos é possível observar as progressivas modificações no conteúdo e nas funções dos direitos fundamentais, inclusive com a sobreposição de novos direitos. Por este motivo, existem doutrinadores que optam pela expressão dimensões de direitos fundamentais ao invés de gerações, a qual pode transmitir uma idéia, de certo modo enganosa, de sucessão da geração anterior pela posterior.^{17/18}

A primeira dimensão ou geração é representada pelos direitos de caráter negativo,¹⁹ ou seja, são direitos de proteção das liberdades individuais dos cidadãos perante as ingerências do Estado,²⁰ acabando por impor sua abstenção no campo da autonomia privada. Neste contexto enfatizava-se a liberdade, a propriedade, a segurança,²¹ a vida, a igualdade formal e certas garantias processuais, como por exemplo, o devido processo legal.²² São, portanto, “os direitos civis e políticos”.²³

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são, nas palavras de Paulo BONAVIDES “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade”.²⁴ Eles possuem uma índole positiva, obrigando o Estado a realizar certas contribuições sociais, tendo como cerne a igualdade material.²⁵

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 53, 54.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 393.

¹⁷ SARLET, *op.cit.*, pp. 46, 47.

¹⁸ BONAVIDES, *op.cit.*, pp. 563, 569. Ainda que faça uso da clássica terminologia “gerações de direitos fundamentais”, o autor claramente expressa a noção de que uma geração é acrescentada à outra. Em suas palavras: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo...”. E, mais adiante, na obra citada, chega até mesmo a utilizar o termo dimensões: “a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em face de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida”. Por traduzir uma expressão mais fiel com a realidade dos acontecimentos, privilegiar-se-á, neste trabalho, o uso do termo dimensões de direitos fundamentais.

¹⁹ *Ibid.*, p. 564.

²⁰ LOBATO, *op.cit.*, p. 146.

²¹ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 53.

²² SARLET, *op.cit.*, pp. 48, 49.

²³ BONAVIDES, *op.cit.*, p. 563.

²⁴ *Ibid.*, p. 564.

²⁵ SARLET, *op.cit.*, p. 49.

Os direitos da fraternidade ou solidariedade encontram-se na terceira dimensão de direitos fundamentais e tem como objeto o ser humano como um todo,²⁶ isto é, são direitos coletivos ou difusos.²⁷ Esta categoria apresenta-se em um contínuo processo de evolução, portanto, o rol é meramente exemplificativo, podendo vir a ser ampliado em um futuro próximo. Dentre estes direitos, os mais mencionados são: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.²⁸

2 Teorias dos Direitos Fundamentais

Com o intuito de criar “instrumentos de trabalho mais operacionais”²⁹ e favorecer o entendimento, a hermenêutica e organização jurídica dos direitos fundamentais foram elaboradas várias teorias no campo doutrinário.³⁰ Estas teorias dos direitos fundamentais agem como filtros interpretativos empregados na busca da melhor decisão para um determinado caso concreto e se relacionam diretamente a um conceito de Estado e a uma Teoria da Constituição.³¹

As teorias mais difundidas são: a teoria liberal, a teoria institucional, a teoria axiológica, a teoria democrático-funcional, a teoria do Estado social,³² a teoria conservadora³³ e a teoria socialista dos direitos fundamentais.³⁴ Comenta sobre as teorias Jorge MIRANDA:

“Muito em resumo, pode dizer-se que: a. A teoria liberal tende a reconduzir os direitos fundamentais a direitos de autonomia e de defesa, individuais e fortemente subjectivados; b. A teoria institucionalista tende a reconduzi-los ou a inseri-los em instituições, em enquadramentos objectivos e funcionais; c. A teoria conservadora tende a subordinar a liberdade individual à autoridade e à tradição a partir de uma visão pessimista da natureza humana e orgânica da sociedade; d. A teoria dos valores tende a identifica-los com valores, com princípios éticos difundidos na comunidade

²⁶ BONAVIDES, *op.cit.*, p. 569.

²⁷ SARLET, *op.cit.*, p. 50.

²⁸ BONAVIDES, *op.cit.*, p. 569. Este autor ainda articulou uma quarta geração de direitos fundamentais que é consequência das mudanças pelas quais vem passando a sociedade contemporânea. Ele expressa que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

²⁹ CANOTILHO, *Direito...*, pp. 1373, 1380.

³⁰ MIRANDA, *Manual...*, pp. 48, 50.

³¹ BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 45, 47.

³² *Ibid.*, p. 47.

³³ MIRANDA, *Manual...*, p.49.

³⁴ QUEIROZ, *op.cit.*, p. 76.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

política e a que fica subordinada a acção individual; e. A teoria democrática tende a identifica-los com direitos de participação, ligados à realização da democracia e à conformação por ela da vida colectiva; f. A teoria social tende a afirmar a dimensão social e positiva de todos os direitos, inclusive as liberdades, e a salientar a natureza de direitos subjectivos dos direitos sociais; g. A teoria socialista marxista tende a realçar a dimensão econômica e concreta de todos os direitos, a dependência das condições materiais do seu exercício e a sua necessária adstrição à estrutura da sociedade”.³⁵

Uma das críticas às teorias prende-se ao fato de que cada uma delas foca apenas um aspecto funcional dos direitos fundamentais, sendo que hoje, sabe-se que estes direitos agregam uma pluralidade de funções. Assim, essas construções teóricas devem ser utilizadas somente como apoio interpretativo para um entendimento substancial dos direitos fundamentais.³⁶

Tais teorias ainda apresentam uma reduzida serventia se analisadas isoladamente de uma ordem jurídica positiva.³⁷ Desta forma, aduz CANOTILHO a necessidade de uma “doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de carácter exclusivamente teórico”.³⁸

Ademais, as doutrinas mais recentes expressam a indispensabilidade de se fazer a integração da teoria dos direitos fundamentais em um método argumentativo que inclua as regras e os princípios.³⁹

3 O Modelo de Regras e Princípios

As regras e os princípios podem ser definidos como exemplares do gênero norma,⁴⁰ a qual é conceituada como a acepção extraída da interpretação de um enunciado normativo,⁴¹ estabelecendo um dever ser.⁴² As duas espécies – regras e princípios – podem ser elaboradas por meio de manifestações deonticas permissivas, proibitivas ou impositivas.⁴³ Assim, como normas jurídicas, elas regem o comportamento humano e servem como orientação e fundamento para a atividade jurisdicional.⁴⁴

³⁵ MIRANDA, *Manual...*, pp. 49, 50.

³⁶ CANOTILHO, *Direito...*, pp. 1386, 1387.

³⁷ MIRANDA, *Manual...*, p. 50.

³⁸ CANOTILHO, *Direito...*, p. 1387.

³⁹ QUEIROZ, *op.cit.*, p. 79. Neste sentido também ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 25, que expressa que “no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios”.

⁴⁰ CANOTILHO, *Direito...*, p. 1146.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

⁴² ALEXY, *Teoría...*, p. 83.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 570.

Vários autores se ocuparam em diferenciar as regras e os princípios, criticando o sistema fechado de regras do positivismo jurídico. O jusfilósofo Roscoe POUND foi o primeiro a expressar a necessidade de se proceder a uma abertura do sistema através de elementos denominados por ele de princípios legais e standards ou padrões legais.^{45/46} De forma visionária, POUND aduziu sobre o que seria a semente da abertura do sistema jurídico:

“Com o advento da escrita legal e da teoria jurídica, na transição da lei estrita para a equidade e o direito natural, um segundo elemento se desenvolveu e tornou-se um fator de controle na administração de justiça. Em lugar de regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa a confiar-se em premissas gerais para o raciocínio dedutivo, judicial e jurídico. Esses princípios legais, como lhes chamamos, são utilizados para fornecer novas leis, interpretar antigas, medir o âmbito e aplicação de regras e normas, e reconciliá-las quando conflitam ou se sobrepoem.”⁴⁷

Na França, Jean BOULANGER em similar vereda renovatória da Ciência do Direito, foi pioneiro no exame dos princípios do Direito, organizando-os em categorias e separando os princípios das regras.⁴⁸ Afirmava ele que a natureza da generalidade de uma regra é restrita a uma “situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”.⁴⁹

No mesmo rumo, dando prosseguimento às investidas contra o positivismo, Ronald DWORKIN acabou por enveredar-se para a análise da estrutura das normas jurídicas, defendendo que nos casos difíceis, em que se depara com a ausência de uma regra própria para solucionar um caso concreto, o juiz não se encontra totalmente livre para julgar de forma discricionária, tendo em vista que ele deve pautar sua sentença nos princípios jurídicos.⁵⁰

O princípio é, de acordo com DWORKIN, um modelo a ser seguido “porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁵¹ O autor introduziu métodos diferenciadores entre regras e princípios ao estabelecer que: a. regras se aplicam se forem válidas e, se inválidas, não se aplicam, ou seja, elas são aplicadas “à maneira do tudo ou nada”,⁵² b. princípios podem ou não reger uma situação

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 137, 159 e 155.

⁴⁶ POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 63. Os padrões legais a que se refere POUND originaram-se no Direito Romano como “normas legais de conduta”, como por exemplo, a boa-fé, o comportamento de um bom pai de família, a conduta de um “homem razoável e prudente”. Explica POUND que “em todos esses casos, a regra é que a conduta daquele que atua deve corresponder aos requisitos fixados no padrão. Contudo, a coisa significativa não é a regra fixa, mas a margem de discricção envolvida no padrão e sua consideração pelas circunstâncias particulares do caso individual”.

⁴⁷ POUND, Roscoe, p. 62.

⁴⁸ BONAVIDES, *op.cit.*, p. 266.

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 102, 103.

⁵⁰ PULIDO, *op.cit.*, p. 570.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁵² DWORKIN, *op.cit.*, p. 39.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

concreta, isto dependerá da existência ou não de outros princípios com maior peso em sentido contrário, mas, mesmo assim, todos eles continuam inseridos no ordenamento jurídico e são válidos para disciplinarem casos futuros, os quais podem ter solução diversa daquela encontrada anteriormente;^{53/54} c. regras têm ou não têm importância em termos funcionais, mas havendo uma colisão entre elas é porque uma delas não deve ser aplicada, devendo-se solucionar esse conflito por meio de critérios formais; d. princípios, ao contrário, possuem uma medida de força ou relevância e, quando um vai de encontro ao outro, prevalecerá aquele que possuir uma maior importância para a decisão do caso concreto.^{55/56}

Valendo-se das reflexões “dworkinianas”,⁵⁷ Robert ALEXY inicia a construção de sua doutrina dos direitos fundamentais, tendo como alicerce a teoria dos princípios e das posições jurídicas básicas. Para ele, os princípios e as regras divergem não só em grau, mas também em qualidade. O aspecto primordial da dessemelhança entre essas duas espécies de normas está no fato de que os princípios prescrevem que alguma coisa

⁵³ *Ibid.*, pp. 41, 42.

⁵⁴ PULIDO, *op.cit.*, pp. 570, 572. O autor expressa que esse critério de distinção proposto por DWORKIN tem “una perspectiva lógica, en razón del carácter de la solución que ofrecen. Las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto para la solución de un caso determinado. (...) Los principios, en cambio, no ostentan la estructura condicional característica de las reglas, que se compone de un supuesto de hecho y de una sanción. Los principios no establecen con toda claridad cuáles son las circunstancias de la realidad ante las cuales deben ser aplicados, ni cuáles son sus excepciones, así como tampoco determinan las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación. (...) Por efecto de este carácter, puede suceder que ante cierta situación fáctica concurren dos o más principios que resulten pertinentes y que entren en colisión entre sí. Esta hipótesis se presenta, cuando los principios concurrentes fundamentan diversas soluciones contradictorias para el caso. En este supuesto, el juez debe reconocer que todos los principios relevantes forman parte del sistema jurídico, y por lo tanto, debe tener-los en cuenta para construir su decisión”.

⁵⁵ DWORKIN, *op.cit.*, pp. 42, 43.

⁵⁶ TOLONEN, Hannu. Reglas, Principios y Fines: La Interrelación entre Derecho, Moral y Política. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (Comps.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 65, 85, pp. 68, 71. Neste artigo, o autor finlandês baseado na obra de DWORKIN, expõe que as regras norteiam-se por critérios formais tanto para serem consideradas válidas como para a solução de seus conflitos. De modo diverso, os princípios apóiam-se em critérios materiais para o reconhecimento de seu conteúdo, valor e relevância para um caso concreto. Afirma TOLONEN: “... una cuestión substantiva importante se refiere a la naturaleza básica diferente de las situaciones conflictivas entre reglas y principios. Nos encontramos, una vez más (pero en un contexto nuevo), con la oposición entre lo formal y lo substantivo (evaluativo). El conflicto entre reglas se resuelve de acuerdo con criterios formales, independientemente de su contenido, valor o peso. Hay tres criterios formales, *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori* y *lex posterior derogat legi priori*. La situación correspondiente referida a principios se resuelve sobre la base de la dimensión del peso, es decir, sobre la base de la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto a lo otro, cuando se aplican en la práctica”.

⁵⁷ ÁVILA, *op.cit.*, pp. 28, 30. Ensina ÁVILA que apesar de fazer uso da doutrina de DWORKIN e de também ser partidário das teses de distinção forte entre princípios e regras, ALEXY não acolheu na integralidade o critério de aplicabilidade das regras formulado por DWORKIN. Neste sentido ilustra ÁVILA: “A distinção entre princípios e regras – segundo ALEXY – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por DWORKIN”. A este respeito esclarece NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fun-*

seja executada “na maior medida possível”, de acordo com o exequível fática e juridicamente. Deste modo, os princípios são “mandatos de otimização”, individualizados em razão de poderem ser realizados em graus variáveis. Tal realização sujeita-se às circunstâncias fáticas e jurídicas, as quais dependem da análise dos princípios e regras contrapostos.⁵⁸ Já as regras têm como única possibilidade seu cumprimento ou seu descumprimento. Se ela é válida, deve-se obedecer ao que ela ordena.⁵⁹

Aponta ALEXY que é na colisão de princípios e no conflito de regras que a distinção entre as regras e os princípios se torna mais clara. Na hipótese de um conflito entre regras ou insere-se uma disposição de exceção ou pronuncia-se a invalidade de uma delas. Opondo-se à concepção de DWORKIN, considera que as regras podem ser excepcionadas por um princípio, sem que necessariamente este precise estar teoricamente enunciado. Em verdade, para ALEXY, “nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción”.⁶⁰

Quanto às colisões de princípios, menciona ALEXY que o procedimento adotado é diverso daquele seguido para o conflito de regras, na medida que não se empregam cláusulas de exceção e nem se proclama a invalidade de um princípio. A solução é encontrada por meio de “uma ponderação dos interesses opostos”, prevalecendo o de maior peso, de acordo com as particularidades do caso concreto. Ocorre uma “relação de precedência condicionada” entre os princípios, que se resume não na imutabilidade da solução, pois a cada caso a ser resolvido, devem-se analisar suas peculiaridades e, assim, escolher qual dos princípios em colisão precederá ao outro. Diante de uma nova colisão entre os mesmos princípios pode acontecer a primazia daquele princípio refutado na hipótese anterior. Isto sucede porque a relação de precedência dos princípios é condicionada ao caso prático.⁶¹

Da “relação de precedência condicionada” resulta uma regra que estabelece uma inferência jurídica do princípio eleito como o de maior peso para reger o conflito de interesses. Essa regra de precedência estabelecida é chamada por ALEXY de “*ley de colisión*”, a qual é um dos alicerces da sua teoria dos princípios e retrata a particularidade que distingue os princípios como mandatos de otimização.⁶²

damentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 329. Segundo o autor lusitano “da não enumerabilidade de todas as possíveis exceções às regras – factor que constituía o pressuposto dworkiniano da aplicabilidade das regras numa *all or nothing fashion* – resulta que uma regra pode ser válida e aplicável a um caso concreto e ter, porém, de ceder na sua aplicação a esse caso por força da relevância de um princípio que, embora não integrando a regra na qualidade de exceção, funciona, nesse caso concreto, como tal. De facto, o carácter ou tudo ou nada de aplicação das regras estava intrinsecamente dependente da enumerabilidade, pelo menos teórica, de todas as suas exceções”.

⁵⁸ALEXY, *op.cit.*, p. 86.

⁵⁹*Ibid.*, p. 87.

⁶⁰*Ibid.*, pp. 87, 88 e 100. “... nunca se pode estar seguro de que em um novo caso não seja necessário estabelecer uma nova cláusula de exceção”.

⁶¹ALEXY, *op.cit.*, pp. 89, 92.

⁶²*Ibid.*, pp. 94, 95.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como refere ALEXY, a discrepância mais saliente entre regras e princípios é qualitativa. Enquanto as regras encerram um traço de “mandatos definitivos” sendo aplicadas através da subsunção dos fatos à descrição normativa; os princípios, ao inverso, desfrutam do caráter de “mandato de otimização”,⁶³ não havendo uma primazia incondicional entre eles.⁶⁴

Com efeito, conclui-se que regras e princípios diferem em sua natureza particular “de prima facie”. Por consequência, os direitos fundamentais assentados em regras que não comportem exceções podem ser entendidos como “direitos definitivos”, ao passo que os direitos fundamentais apoiados em princípios são interpretados como “direitos de prima facie”,⁶⁵ ou seja, são, à primeira vista, antes da investigação pormenorizada do caso prático, considerados direitos, mas podem vir a ceder e não se transformar em direitos definitivos, se forem ponderados com princípios opostos de maior peso.⁶⁶

As disposições contidas nas regras são produtos de ponderações prévias, feitas pelo legislador constitucional, entre necessidades relacionadas a princípios opostos. As regras possuem a indicação da solução do caso concreto prescrita pela autoridade competente, são expedidas com esse escopo e dispõem do benefício do freqüente uso em casos precedentes e semelhantes.⁶⁷ Por isso, na teoria de ALEXY, o nível das regras apresenta prevalência sobre o nível dos princípios.⁶⁸ Todavia, se houver um sólido argumento em sentido oposto, fundamentado em um princípio que tenha maior peso ou importância para a decisão do caso, então, deve este prevalecer. Convém registrar, que nestas situações, aquele que advoga pela aplicação do princípio que se opõe à regra, é quem tem o “ônus de argumentação”.⁶⁹

Reconhece-se, portanto, que tanto as regras quanto os princípios podem vir a ser superados por princípios opostos de acordo com as circunstâncias concretas da lide,⁷⁰ já que, no dizer de POUND, “cada caso é, em certa medida, único”.⁷¹

⁶³ QUEIROZ, *op.cit.*, pp. 133, 134.

⁶⁴ ALEXY, *op.cit.*, p. 95.

⁶⁵ NOVAIS, *op.cit.*, pp. 332, 333.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 340.

⁶⁷ NOVAIS, *op.cit.*, pp. 331, 335.

⁶⁸ ALEXY, *op.cit.*, pp. 134, 135; Compartilha da mesma opinião CANOTILHO, *Estudos...*, p. 159. Afirma CANOTILHO que “o modelo adequado para discutir a aplicação – concretização de normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias (...) é um modelo combinado de regras/ princípios mas com prevalência do plano das regras sobre o plano dos princípios.

⁶⁹ NOVAIS, *op.cit.*, p. 331. Também nesse sentido ÁVILA, *op.cit.*, pp. 84, 85, expõe que: “as regras consistem em normas com pretensão de solucionar conflitos entre bens e interesses, por isso possuindo caráter “prima facie” forte e superabilidade mais rígida (isto é, as razões geradas pelas regras, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo maior para serem superadas); os princípios consistem em normas com pretensão de complementariedade, pois (sic) isso tendo caráter “prima facie” fraco e superabilidade mais flexível (isto é, as razões geradas pelos princípios, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo menor para serem superadas)”.

⁷⁰ ÁVILA, *op.cit.*, pp. 84, 85.

⁷¹ POUND, *op.cit.*, p. 63.

Das explanações anteriores retira-se a ilação de que um sistema puro de regras é inconcebível, pois, como aduz CANOTILHO, “um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”.⁷² Do mesmo modo, é inadmissível um modelo fundamentado unicamente em princípios,⁷³ porque a inexistência de regras resultaria em “inconvenientes de falta de segurança, indeterminabilidade e excessiva maleabilidade”.⁷⁴

Dada a improficiência dos sistemas puros, procurou-se uma forma mista, capaz de aliar os aspectos positivos dos modelos individualizados⁷⁵ – considerando a importância da segurança jurídica proveniente das regras⁷⁶ e a relevante atribuição conferida aos princípios de realizarem uma constante renovação “interpretativa e integrativa”⁷⁷ do ordenamento jurídico. O “modelo combinado de regras e princípios”, proposto por ALEXY, harmoniza-se com o Constitucionalismo moderno pós-positivista⁷⁸ e com a Constituição Federal de 1988,⁷⁹ já que favorece a abertura dos direitos fundamentais às alterações da sociedade, permitindo uma adaptabilidade a novos conceitos e valores.⁸⁰ Assim, ensina ALEXY: “No basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios. Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble. (...) Esto significa que en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo hay que incluir tanto posiciones definitivas como prima facie.”⁸¹

Destarte, as normas de direitos fundamentais possuem “uma dupla natureza de regras e princípios no quadro de um modelo combinado e integrado pelos dois tipos

⁷² CANOTILHO, *Direito...*, p. 1148.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ NOVAIS, *op.cit.*, p. 338.

⁷⁵ ALEXY, *op.cit.*, pp. 129, 130.

⁷⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59.

⁷⁷ BONAVIDES, *op.cit.*, p. 274, 288. Uma das principais características dos princípios, no entendimento de BONAVIDES é a da fecundidade, no sentido de eles possuírem uma capacidade criativa na interpretação e integração das leis. Destaca, também, que os princípios são o “oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 264, 266. O pós-positivismo veio a consagrar a normatividade dos princípios. E, segundo BONAVIDES, a doutrina de ALEXY contribuiu de forma expressiva com essa tarefa.

⁷⁹ CASTRO, *op.cit.*, p. 52.

⁸⁰ CANOTILHO, *Direito...*, p. 1145

⁸¹ ALEXY, *op.cit.*, pp. 138, 244. “Não basta conceber as normas de direito fundamental somente como regras ou somente como princípios. Um modelo adequado a respeito se obtém quando às disposições iusfundamentais se atribuem tanto regras como princípios. Ambas podem reunir-se em uma norma de direito fundamental com caráter duplo. (...) Isto significa que no feixe que constitui o direito fundamental como um todo há que incluir tanto posições definitivas como prima facie”.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

de normas”⁸² Além deste caráter, os direitos fundamentais também revelam uma dupla dimensão: objetiva e subjetiva.⁸³

4 Os Direitos Fundamentais e sua Dupla Dimensão

Vários autores referem-se à dupla dimensão dos direitos fundamentais, avaliando-os como direitos subjetivos⁸⁴ e como normas objetivas ou deliberações valorativas que têm legitimidade para vigorar em todas as searas do Direito.⁸⁵

Em sua dimensão objetiva os direitos fundamentais estabelecem os fundamentos do sistema jurídico da comunidade,⁸⁶ impondo ao Estado o cumprimento de certas tarefas, a fim de concretizar os valores essenciais da sociedade.⁸⁷ Portanto, a natureza objetiva presta-se para demonstrar que os direitos fundamentais não apresentam apenas um caráter individual de proteção contra as ingerências do Estado. Mais do que isto, eles também simbolizam valores ou finalidades a serem alcançadas por meio de uma atuação estatal,⁸⁸ particularmente do legislador.⁸⁹

A doutrina do duplo caráter dos direitos fundamentais evoluiu a partir de meados dos anos cinquenta, através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.⁹⁰ Os dois julgamentos decisivos para a configuração da dimensão objetiva axiológica dos direitos fundamentais foram o caso Lüth e a sentença de tributação dos cônjuges.⁹¹

No caso Lüth, a Corte Constitucional alemã entendeu que as cláusulas gerais mencionadas no BGB, devem ter sua exegese sob o prisma dos valores presentes na Constituição, contemplando os direitos fundamentais.⁹² Assim, sedimentou-se que a Lei Fundamental de Bonn “estabelece un orden de valores objetivos que tiene validez en todos los ámbitos del Derecho y que configura y determina el contenido material de todo el ordenamiento jurídico”.⁹³

⁸² NOVAIS, *op. cit.*, p. 338.

⁸³ CANOTILHO, *Direito...*, pp. 1241, 1242.

⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 239.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134.

⁸⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 115.

⁸⁹ NOVAIS, *op. cit.*, pp. 65, 66.

⁹⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 85.

⁹¹ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 106.

⁹² SARMENTO, *op. cit.*, p. 141.

⁹³ GAVARA DE CARA, *op. cit.*, pp. 85, 86. Traduzindo a citação: “estabelece uma ordem de valores objetivos que tem validade em todos os âmbitos do Direito e que configura e determina o conteúdo material de todo o ordenamento jurídico”.

Desta decisão resultou o “efeito de irradiação dos direitos fundamentais” para todos os ramos do Direito, ajustando a sua hermenêutica e aplicação com o filtro axiológico da Constituição, entremeando o Direito ordinário ao Direito constitucional e influenciando o exercício das funções estatais do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo.⁹⁴

Com relação à decisão sobre a tributação dos cônjuges, o Tribunal Constitucional germânico determinou que não se deve interpretar o artigo 6, parágrafo 1, da Lei Fundamental (“O matrimônio e a família se encontram sob a proteção especial da ordem estatal”) como apenas um direito subjetivo de proteção da esfera privada,⁹⁵ mas também como “uma norma objetiva de princípio/ decisão axiológica”⁹⁶ a ser respeitada tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado.⁹⁷ Deste modo, difundiu-se o entendimento do duplo caráter dos direitos fundamentais.⁹⁸

Cumprido, neste momento, evidenciar a ausência de correspondência “entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva” das normas de direitos fundamentais. Ambas as perspectivas podem apresentar-se sob a forma de regras ou de princípio.^{99/100} Esta é a lição de CANOTILHO:

“Quer as normas garantidoras de direitos subjectivos quer as normas impositivas de obrigações objectivas ao Estado podem ter a natureza de princípio. Assim, a norma garantidora da liberdade de escolha de profissão garante, prima facie, um direito subjectivo, mas as restrições impostas pelo interesse colectivo e as inerentes à capacidade fazem dela também um princípio (na medida do possível, deve assegurar-se o direito à liberdade de escolha de profissão). Noutras casos, existem normas definidoras de princípios exclusivamente objectivos (ex. art. 38.º/4: norma consagrada do princípio objectivo da liberdade e independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e económico). Conseqüentemente, quando se fala em dimensão objectiva e dimensão subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais pretende-se salientar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjectivos fundamentais (dimensão subjectiva) e a existência de princípios e regras meramente objectivos (dimensão objectiva).”¹⁰¹

Além dos efeitos já mencionados, produzidos pela aplicação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, alguns outros podem ser revelados: a. estabelecem competências negativas, protegendo os direitos fundamentais a liberdade e igualdade, subtraindo-os do círculo de competência das autoridades estatais;¹⁰² b. os direitos fun-

⁹⁴ BÖCKENFORDE, *op.cit.*, pp. 110, 111.

⁹⁵ GAVARA DE CARA, *op.cit.*, p. 88.

⁹⁶ BÖCKENFORDE, *op.cit.*, p. 109.

⁹⁷ GAVARA DE CARA, *op.cit.*, p. 88.

⁹⁸ BÖCKENFORDE, *op.cit.*, p. 109.

⁹⁹ SARLET, *op.cit.*, p. 141.

¹⁰⁰ ALEXY, *op.cit.*, pp. 525, 526. Ensina ALEXY que essa consagração principiológica dos direitos fundamentais acarreta inevitáveis ponderações que levam a uma abertura material do sistema, norteadas pelas normas de direito fundamental e esta abertura promove os valores de “dignidade, liberdade e igualdade”, disseminando o propósito de justiça por todo o ordenamento jurídico.

¹⁰¹ CANOTILHO, *Direito...*, p. 1242; Conferir também NOVAIS, *op.cit.*, p. 72.

¹⁰² HESSE, *Elementos...*, p. 239.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

damentais passam a ser qualificados também como bens ou metas da coletividade;¹⁰³ c. os direitos fundamentais tornam-se diretivas a serem cumpridas pelo Estado, prestam-se como critérios para a fiscalização da constitucionalidade das leis e impõem a garantia de certas instituições ou institutos de grande relevo para a sociedade e que, por esta razão, merecem ser tuteladas contra eventuais investidas do legislador.¹⁰⁴

Sem embargo a fundamentação utilizada no caso Lütth, parece, segundo Claus-Wilhelm CANARIS, que a decisão poderia ter sido dada através de uma das funções regulares dos direitos fundamentais: a de imperativo de tutela. Esta função impõe ao Estado um dever de proteção de seus cidadãos, inclusive tutelando um cidadão perante o outro, contra eventual lesão ou ameaça a seus direitos fundamentais.¹⁰⁵

Com efeito, este novo enfoque fez surgir um “princípio de proibição de déficit”, determinando que o Estado não pode se omitir de sua função primordial de garantir “um nível mínimo adequado de protecção dos direitos fundamentais” em todas as relações jurídicas, tanto públicas como privadas. Trata-se, portanto, de uma adstrição dos poderes estatais, particularmente do Judiciário e do Legislativo, às normas jusfundamentais.¹⁰⁶

Junto com a incumbência constitucional outorgada ao Estado de fornecer as circunstâncias objetivas para a tutela dos direitos fundamentais,¹⁰⁷ impõe-se “que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental”,¹⁰⁸ assegurando, assim, os “padrões mínimos” necessários à real efetivação destes direitos.¹⁰⁹ Ou seja, para que os direitos fundamentais saiam do plano da abstração e convertam-se em direitos efetivos, eles, em princípio, carecem de instrumentos que confirmem a seus titulares a possibilidade de exercê-los.¹¹⁰ Portanto, como ressalta Luiz Guilherme MARINONI “o direito à protecção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas

¹⁰³ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 115.

¹⁰⁴ SARLET, *op.cit.*, p. 144.

¹⁰⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 47, 50; 58, 59 e 131, 133. CANARIS aduz ainda sobre a vantagem desta concepção, expondo que: “designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro. Esta perspectiva corresponde, hoje, à doutrina amplamente dominante, subjaz reconhecivelmente à jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional Federal...”

¹⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, pp. 146, 148. Expressa VIEIRA DE ANDRADE que “a concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva.

¹⁰⁷ NOVAIS, *op.cit.*, pp. 82, 83.

¹⁰⁸ SARLET, *op.cit.*, p. 196.

¹⁰⁹ NOVAIS, *op.cit.*, p. 83.

¹¹⁰ GAVARA DE CARA, *op.cit.*, p. 185.

adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção”.¹¹¹ A este respeito, oportunamente, observa Jorge Reis NOVAIS:

“Os direitos fundamentais relevam aqui, não apenas enquanto máximas de interpretação de todo o direito processual em conformidade à Constituição, mas também constituindo, eles próprios, garantias constitucionais com uma dimensão procedimental intrínseca que pode assumir relevo especial em alguns deles – seja porque a sua concretização é essencialmente dependente do procedimento, ameaçada pelo procedimento ou mesmo constituída pelo procedimento (como no caso dos direitos fundamentais enquanto direitos processuais, ou seja, enquanto garantias instrumentais ou processuais de reforço ou realização de outros direitos fundamentais materiais) –, mas que está presente em todos os direitos fundamentais, na medida em que para todos eles seja possível sustentar uma pretensão de efetiva tutela jurídica que não pode, no Estado de Direito dos nossos dias, prescindir do procedimento.”¹¹²

Por fim, diante do exposto, corrobora-se, através da dimensão objetiva, o caráter multifuncional dos direitos fundamentais¹¹³ e, ao mesmo tempo, revela-se a existência de direitos fundamentais procedimentais, impondo aos poderes estatais tarefas de organização e criação de procedimentos capazes de concretizar o exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.¹¹⁴ Assim, do dever que recai objetivamente sobre o Estado, origina-se para os particulares um direito subjetivo de exigir que estes deveres sejam cumpridos. Em outros termos, da dimensão objetiva do direito fundamental ao procedimento provém também uma dimensão subjetiva do mesmo direito,¹¹⁵ como a outra face da mesma moeda.

Da mesma forma na Alemanha “discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental”.¹¹⁶ Assim,

¹¹¹ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 186.

¹¹² NOVAIS, *op.cit.*, p. 83.

¹¹³ NOVAIS, *op.cit.*, p. 67.

¹¹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 150. Conferir também neste sentido HESSE, *op.cit.*, p. 288, o qual afirma que “para poder cumprir a sua função, direitos fundamentais requerem, em primeiro lugar, geralmente em proporção mais ou menos vasta, regulações de organização e procedimento, especialmente claro, por exemplo, na liberdade de associação. Criá-las é tarefa da organização (...), que não pode restringir-se a normalizações materiais. Simultaneamente, direitos fundamentais, por sua vez, influem sobre o direito de organização e procedimento que, deste modo, contribui para a realização e asseguramento dos direitos fundamentais. Isso é claro nos verdadeiros direitos fundamentais de procedimento (por exemplo, artigo 19, alínea 4, 103, alínea 1, da Lei Fundamental)”.

¹¹⁵ SARLET, *op.cit.*, p. 148. Sobre este aspecto, entende SARLET que a dimensão objetiva “levou ao reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e o procedimento”.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14> Acesso em: 31 jan. 2002.

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

os direitos fundamentais processuais também apresentam um duplo caráter constituído por uma dimensão objetiva e outra subjetiva, sendo que uma não elimina a outra.¹¹⁷

5 A Importância da Dimensão Subjetiva para a Tutela dos Direitos Fundamentais

Pode-se afirmar que uma norma traduz um direito subjetivo, quando proporciona ao seu titular a possibilidade jurídica de pleiteá-lo perante aquele que se encontra sujeito a uma prestação, uma abstenção ou ao cumprimento de uma obrigação.¹¹⁸ Assim, na lição de CANOTILHO, “diz-se que 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”.¹¹⁹

O ponto crucial, em termos pragmáticos, de uma norma jurídica gerar um direito subjetivo relaciona-se com interesses processuais,¹²⁰ tendo em vista ser assegurado para o titular do direito subjetivo uma ação processual que vede uma ameaça ou lesão revelada contra ele.¹²¹ Por conseguinte, ao se aludir à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, exprime-se à faculdade do titular do direito exigir, pela via judicial, a satisfação da sua pretensão.¹²²

As raízes históricas do desenvolvimento dos direitos fundamentais convergem para a dimensão subjetiva, que os concebia como direitos do homem. A tendência atual também os transporta na mesma direção,^{123/124} na medida em que eles são compreendi-

¹¹⁷ DEL CLARO, Roberto. “Devido processo legal: Direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil”. *Revista Ibero-americana de Direito Processual*. Buenos Aires, nº 7, pp. 159, 202, 2005, p. 180. Conferir, outrossim, Miranda, Jorge. “A Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal”. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, pp. 284, 304, 2003, pp. 289, 290. MIRANDA aduz que “um relance pelo texto constitucional permite apreender o conteúdo muito rico que nele adquire a tutela jurisdicional: como se desdobra em subprincípios ou princípios autônomos; como se reflecte em novos direitos fundamentais (o que é exemplo frisante da multidimensionalidade enfatizada pela doutrina); e como se repercute em múltiplas áreas em especial”. Ainda, segundo o autor português, a tutela jurisdicional, na dimensão objetiva, compreende os seguintes princípios: do contraditório; do juiz natural; da independência dos tribunais e dos juizes; da motivação, da obrigatoriedade e da executoriedade das decisões; e da observância da coisa julgada. Já na dimensão subjetiva engloba os seguintes direitos: de ação; de patrocínio judiciário; de ter um juiz natural; de um processo equitativo; de uma decisão em prazo razoável; e da execução da sentença.

¹¹⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 2, p. 95.

¹¹⁹ CANOTILHO, *Direito...*, p. 1240.

¹²⁰ ALEXY, *op.cit.*, p. 175.

¹²¹ SILVA, *op.cit.*, p. 95.

¹²² SARLET, *op.cit.*, pp. 149, 150.

¹²³ NOVAIS, *op.cit.*, p. 95.

¹²⁴ MARCOS, Edgar Carpio. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004, p. 100. Expressa MARCOS que esta é a tendência jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão: “... en la famosa sentencia sobre la “congestión” (Mitbestimmung), el Tribunal se ha inclinado por la teoría subjetiva, recordando que en base a su historia e a su significado actual, los derechos fundamentales son, em

dos como “direitos básicos jurídico-constitucionais do particular”,^{125/126} intimamente ligados à proteção da liberdade e da autonomia individual.¹²⁷

ALEXY constrói a sua teoria dos direitos fundamentais apoiado na idéia de que estes são, *prima facie*,¹²⁸ direitos subjetivos e se compõem de um sistema com três posições jurídicas fundamentais: direitos a algo, que podem consistir em direitos a ações negativas ou a ações positivas, liberdades e competências.¹²⁹

Os direitos a ações negativas ou direitos de defesa têm como titulares os cidadãos e como destinatário o Estado, impondo a este que não se oponha e nem crie óbices a certos atos do sujeito ativo de um direito; não atinja certas propriedades ou condições do sujeito ativo de um direito; e não suprima certas circunstâncias ou posições jurídicas do sujeito ativo de um direito.¹³⁰

Encontram-se na categoria dos direitos a ações positivas, os direitos a ações positivas fáticas e os direitos a ações positivas normativas. Os direitos a prestações, portanto, podem referir-se a prestações fáticas e normativas.¹³¹ Assim, os direitos a prestações subdividem-se em: a. direitos à proteção, ou seja, os direitos que merecem uma tutela em função de sua relevância para o indivíduo, que podem ser protegidos por normas penais e processuais, atividades administrativas e realizações fáticas;¹³²

primer lugar, derechos individuales, derechos del hombre y del ciudadano, que tienen por objeto la protección de ámbitos particularmente reservados”.

¹²⁵ HESSE, *op.cit.*, p. 232.

¹²⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 133. O autor compartilha dessa visão individualista dos direitos fundamentais, com uma pequena ressalva para o que chama de “direitos fundamentais por analogia” quando, em certos casos, os direitos são titularizados por “pessoas colectivas privadas ou organizações sociais”. Mas, quanto aos direitos das organizações privadas e públicas não os considera direitos subjetivos fundamentais. Uma interpretação diversa e mais ampliada é sustentada por MIRANDA, *Manual...*, pp. 79, 81. Este autor defende a existência de um direito subjetivo fundamental “no direito de antena, nos direitos de participação das organizações de trabalhadores e nos das associações de famílias, de beneficiários da segurança social ou de consumidores”. Todavia, mesmo para MIRANDA, “os direitos fundamentais reportam-se sempre à pessoa humana”, só que segundo ele “há bens jurídicos da pessoa que só podem ser salvaguardados no âmbito ou através de instituições (...)”. Portanto, o autor não expressa que a estrutura dos direitos individuais e institucionais é igual, somente aduz que “o conceito de direitos fundamentais abrange uns e outros”.

¹²⁷ NOVAIS, *op.cit.*, p. 95.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 96. Afirma NOVAIS que ALEXY faz uma presunção a favor da dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais. Isso se dá, segundo NOVAIS em razão da “concepção própria da natureza principal dos direitos fundamentais e da conseqüente necessidade de optimização da sua proteção, bem como do seu carácter essencialmente subjectivo...” Portanto, a importância do bem tutelado pela norma de direito fundamental, é determinante para o “reconhecimento *prima facie* de um direito subjectivo”, já que, ainda segundo NOVAIS, para ALEXY “um dever de proteção meramente objectivo é menos que um direito a proteção com igual conteúdo, pelo que a compreensão dos direitos fundamentais como direitos subjectivos lhes garantiria tendencialmente – como seria exigido pela sua natureza de princípios – uma maior possibilidade de efectivação”.

¹²⁹ ALEXY, *op.cit.*, pp. 173, 245 e 440.

¹³⁰ ALEXY, *op.cit.*, p. 189.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 194, 196.

¹³² *Ibid.*, pp. 195, 430 e 436. A respeito expõe ALEXY: “Lo común detrás de esta variedad es el hecho de que los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice

A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

b. direitos à organização e procedimento, estruturados de maneira a atender aos direitos fundamentais, dirigidas ao legislador para que ele institua as normas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais e ao juiz para que as interprete e as aplique de forma a conduzir a uma tutela efetiva desses direitos;¹³³ c. direitos à prestação em sentido estrito, onde se encontram os direitos fundamentais sociais, como por exemplo, o direito ao trabalho e a educação.¹³⁴

As liberdades frente ao Estado compõem outra posição jurídica fundamental, certificando ao seu titular um direito subjetivo de que o Estado não o impossibilite de fazer aquilo que é assegurado pela liberdade fundamental.¹³⁵ Desta idéia afigura-se legítimo concluir que, na maioria das vezes, o habitual é caracterizar as liberdades jurídicas fundamentais como direitos de defesa,¹³⁶ que têm “por objecto um dever de omissão dos poderes públicos ante a esfera individual”.¹³⁷ As liberdades se diferenciam dos direitos e garantias fundamentais, em razão daquelas possuírem uma característica específica de “alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento”.¹³⁸

A última posição jurídica na doutrina de ALEXY pertence às competências do cidadão e do Estado. Entre as competências do cidadão tuteladas por um direito fundamental estão a de contrair matrimônio, criar associações, ser proprietário ou fazer testamentos. Portanto, é vedado ao legislador suprimi-las, por serem elas garantias institucionais. O Tribunal Constitucional Alemão ao considerar que existe um direito *prima facie* a não supressão da competência do cidadão de transmitir ao outro o domínio da propriedade, aduz, de certa forma, haver, além da proteção meramente objetiva, também uma dimensão subjetiva na tutela jurídica da garantia institucional. Já nas competências do Estado entram as normas de competência negativas, funcionando como exceções

acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imponibilidad y imposición de esta demarcación. (...) el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandatos objetivos. Así, una mera prohibición objetiva de intervención sería menos que un derecho subjetivo de defensa con el mismo contenido. Por lo tanto, la subjetivización de los deberes de protección pueden fundamentarse con el carácter de principio de los derechos fundamentales. (...) Sólo la subjetivización de los derechos a protección hace justicia al “sentido originario y permanente de los derechos fundamentales” como derechos individuales”.

¹³³ *Ibid.*, pp. 430, 458 e 460. Aponta ALEXY que a jurisprudência do Tribunal Constitucional germânico tem considerado o direito ao procedimento diretamente ligado ao direito fundamental material, como parte da sua própria essência. Destarte, evidencia-se um argumento a favor dos direitos procedimentais serem também direitos subjetivos como o são os direitos materiais, pois “el enraizamiento de la protección a través del procedimiento en los derechos fundamentales materiales fundamenta un argumento *prima facie* para su subjetivización”.

¹³⁴ *Ibid.*, p.482.

¹³⁵ ALEXY, *op. cit.*, pp. 225, 226.

¹³⁶ CANOTILHO, *Direito...*, pp. 1245, 1246.

¹³⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 101.

¹³⁸ CANOTILHO, *Direitos...*, p. 1246.

às competências positivas, no sentido de que o Estado se encontra em uma situação de não ser competente, o que gera para o cidadão um direito à não-ingerência do Estado na área delimitada pelas normas de direito fundamental.¹³⁹

6 Considerações Finais

Observa-se que a tese de ALEXY expressa argumentos a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, principalmente porque essa perspectiva acaba por tutelar de modo mais eficaz tais direitos.¹⁴⁰ Adere CANOTILHO a esse entendimento e expressa os motivos pelos quais o faz: “ao exigir que os direitos fundamentais sejam, prima facie, garantidos como direitos subjectivos, tem a vantagem de apontar para o dever objectivo de o Estado conformar a organização, procedimento e processo de efectivação dos direitos fundamentais, de modo que o indivíduo possa exigir algo de outrem e este tenha o dever jurídico de satisfazer esse algo”.¹⁴¹

Com efeito, a presunção de que as normas de direitos fundamentais consagram direitos subjetivos para as pessoas individuais ou instituições coletivas, acarreta real fortalecimento na proteção e efetivação jurídica de tais direitos, pois concede aos seus titulares a faculdade de invocar o exercício da função jurisdicional do Estado, fazendo com que ele seja obrigado a cumprir o seu dever de concretizar os direitos fundamentais em litígio, e exigir, assim, a realização da tutela jurisdicional efetiva, expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal brasileira, configurada, ela mesma, como um direito fundamental processual.

7 Referências Bibliográficas

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹³⁹ ALEXY, *op.cit.*, pp. 236, 240.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 440.

¹⁴¹ CANOTILHO, *Direitos...*, p. 1243.

**A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO SUBJETIVA
PARA A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *Teoria da constituição*. v. II, Verbo, 2000.
- DEL CLARO, Roberto. “Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil”. *Revista Ibero-americana de Direito Processual*, Buenos Aires, nº. 7, 2005, pp. 159,202.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais”. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, nº 22, jan./ mar. 1998, pp. 141, 159.
- MARCOS, Edgar Carpio. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004.
- MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14> Acesso em: 31 jan. 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 2000.
- _____. “A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal”. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 284, 304.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la constitución española*. Granada: Comares, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- TOLONEN, Hannu. "Reglas, principios y fines: La interrelación entre derecho, moral y política". In AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (Comps.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- VERDÚ, Pablo Lucas. "Los derechos humanos como "religión civil"". In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.