

UM CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA (II): UM PONTO DE ENCONTRO – UMA PEQUENA TEORIA SOBRE OS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

Julio Pinheiro Faro¹

Resumo: O trabalho procura apresentar um conceito jurídico de conteúdo mínimo da dignidade humana. Para isso, divide-se em três partes. A primeira parte traz uma crítica ao referencial teórico utilizado no trabalho. A segunda parte elege, provisoriamente e a partir do referencial teórico, os direitos e deveres para a formação do mínimo existencial na terceira parte. Esta, por fim, fornece uma proposta do que seria o mínimo existencial, encontrando-se, ao final, um conceito de dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade humana – Justiça como equidade – Direitos fundamentais. Deveres fundamentais – Mínimo existencial.

Abstract: This work intend presenting a legal concept of minimal content of human dignity. For this, it is divided into three parts. The first brings a critic to the theory adopted as a basis to the work. The second elects, provisionary and since the base theory, the rights and duties to form the existential minimum in the third part. This, finally, proposes a definition

¹ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Financeiro, Direito Tributário e Direito Processual Tributário na Estácio de Sá (Vitória/ES); Professor-Coordenador do Grupo de Estudos em Políticas Públicas e Desigualdades Sociais na FDV; Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Pesquisador vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV; Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: julio.pfhs@gmail.com

of existential minimum and a concept of human dignity.

Keywords: Human dignity – Justice as fairness – Fundamental rights – Fundamental duties – Existential minimum.

Sumário: 1. Introdução – 2. A relação entre direitos e deveres fundamentais – 3. Os direitos fundamentais – 4. Os direitos à liberdade – 5. Os direitos à igualdade – 6. Os direitos à fraternidade – 7. Sistematização dos núcleos dos direitos fundamentais – 8. Os deveres fundamentais.



1. INTRODUÇÃO

Nessa segunda parte elabora-se uma teoria simplificada dos direitos e deveres fundamentais, relacionando-a com a teoria da justiça como equidade para sociedades nacionais, objetivando fornecer resposta à pergunta formulada ao final da primeira parte: que direitos e deveres são realmente essenciais para uma sociedade? A resposta a esta questão será, aqui, parcial, mas não menos importante, já que funcionará de base para as discussões realizadas no último capítulo, ou seja, é com estes direitos e deveres parcialmente limitados que se buscará ao final do trabalho elaborar uma teoria que permita dizer que significa dignidade humana.

Antes de adentrar, todavia, na discussão sobre direitos e deveres fundamentais, é de grande importância destacar o motivo pelo que o trabalho é restrito à análise das normas constitucionais. Embora a escolha dos princípios de justiça para sociedades nacionais seja feita na posição original, e não na fase constitucional, é esta que, após a elaboração do

consenso direcionará a garantia e proteção dos direitos e deveres, que se classificam como fundamentais por estarem previstos na Constituição e que formam os princípios de justiça. O fato de cada um dos princípios de justiça para sociedades nacionais ser formado por grupos específicos de direitos e deveres permite dizer que princípio não é proposição descritiva de direitos e deveres², e sim elemento de interpretação. Portanto, conclui-se que somente com a concretização dos direitos e dos deveres é possível dar eficácia aos princípios de justiça, que são pré-constitucionais, de modo que a eleição de direitos e deveres realmente essenciais tem por escopo indicar quais, dentre todos os previstos, necessitam concretização imediata.

2. A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

O objetivo desta subseção é demonstrar a relação entre direitos e deveres fundamentais a partir dos princípios de justiça para sociedades nacionais. A máxima da prioridade tal como trabalhada na teoria da justiça como equidade estabelece que os princípios para as instituições preferem àqueles para os indivíduos, do que se pode concluir que só com a satisfação mínima daqueles, estes podem entrar em jogo, a fim de

² DWORKIN, Ronald. *Obra citada*, 2002, p. 141. Ora, o erro em se dizer que princípios descrevem direitos está no fato de que os direitos decorrem de normas, que podem tanto apresentar-se como regras quanto como princípios. Assim, por exemplo, o art. 5º, LVII, da CF/88, traz o seguinte enunciado prescritivo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse enunciado, pode-se extrair pelo menos uma norma jurídica: se houver trânsito em julgado de sentença penal condenatória, então deve ser considerado culpado; o direito é o de ser preso apenas se for considerado culpado. Acontece que dessa norma pode-se extrair tanto uma regra quanto um princípio: a regra é a de que para qualquer pessoa ser considerada culpada é preciso que a sentença condenatória contra ela proferida tenha transitado em julgado, ou se aplica a regra, ou se viola um direito fundamental; o princípio é o da presunção de inocência, ou seja, até que se prove com certeza o contrário, o indivíduo é inocente.

complementá-la. Desta maneira, é preciso advertir sobre o fato de que, não obstante esta prioridade, também será tratada, nesta seção, a questão de que até que ponto esse relacionamento tem influência na formação de um núcleo de direitos e deveres realmente essenciais.

No que será observado nas próximas subseções, os princípios de justiça para instituições são formados por direitos, enquanto os princípios de justiça para indivíduos são formados por deveres. Assim, tem-se: a) princípio das liberdades básicas iguais (direitos às liberdades); b) princípio da igualdade equitativa de oportunidades (direitos às igualdades); c) princípio de diferença (direitos à fraternidade); d) princípios de justiça para indivíduos (dever de pagar tributos). Contudo, como ocorre a toda classificação, esta encontra as suas imperfeições, já que há deveres que decorrem do princípio das liberdades básicas iguais: não interferir na situação jurídica de terceiro e não violar a ordem constitucional.

Analisando-se, por alto, a relação entre direitos e deveres, verifica-se que a máxima de prioridade encontra sua relativização no fato de que os deveres limitam o exercício dos direitos à liberdade dos indivíduos³. Ora, só pelo fato de não poder, sem ter direito ou permissão, interferir na situação jurídica de outrem, o indivíduo sofre uma limitação natural em sua liberdade, a fim de que dela não abuse⁴. Também limita o exercício das liberdades o dever de pagar tributo, devido à redução no orçamento do indivíduo⁵. E, ainda, a não-violação

³ CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 122; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 409.

⁴ Exemplo disso é o fato de que o direito à liberdade de locomoção é limitado naturalmente pelo direito à intimidade; não é preciso que alguma norma prescreva isso, porque é decorrência lógica à liberdade de locomoção quando se garante ao ser humano a intimidade.

⁵ É, por exemplo, o caso do imposto sobre a renda, onde parte da renda bruta do

da ordem constitucional limita de forma natural as liberdades, quando uma lei, por exemplo, proíbe determinado tipo de conduta⁶.

Embora essas três classes de deveres promovam uma limitação natural nas liberdades do indivíduo, eles, também, promovem, ao lado dos direitos, uma maior cooperação social, justamente para a realização dos próprios direitos. Nota-se, assim, uma dupla relação entre os direitos e deveres fundamentais: uma limitação para coibir o abuso do exercício dos direitos e uma limitação destinada à promoção de cooperação social.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É comum encontrar na literatura sobre direitos fundamentais uma diferenciação entre as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*⁷. Os autores que apontam haver diferença destacam, genericamente, que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados⁸ pelos Estados em suas respectivas Constituições. Tal distinção refere-se à separação entre direito interno e internacional⁹, isto é, a

indivíduo é tributada para fins de financiamento do Estado, provocando uma diminuição no orçamento individual disponível para o exercício de alguma liberdade, como o direito à propriedade: talvez, caso não houvesse o referido tributo, com o tempo o indivíduo poderia poupar dinheiro para adquirir uma propriedade melhor ou mais bem localizada.

⁶ É o caso, por exemplo, de pessoa que, no exercício de seu direito à livre disposição corpórea, resolve fumar em lugar público, quando há lei que veda esse tipo de comportamento.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, 1997, p. 514.

⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

⁹ Celso Duvivier de Albuquerque Mello (*Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, vol. I, pp. 109-113) escreve que: “As relações entre o D. Internacional e o D. Interno acarretam inúmeros problemas doutrinários e práticos que decorrem da questão que consiste em sabermos qual o tipo de relações que mantêm entre si. Podemos exemplificar da seguinte maneira: havendo um conflito entre a norma internacional e a norma interna, qual delas deverá prevalecer?”

diferença entre as expressões é apenas quanto à “validade formal, notadamente quanto ao processo de criação do direito novo e seu relacionamento com as demais normas, gerando eventual conflito no tempo e no espaço¹⁰”. Logo, não existem diferenças materiais, já que a abertura constitucional permite que os direitos humanos, internacionalmente consagrados, possam ser exigidos no seio das relações internas dos Países¹¹. Assim, é preciso observar que em razão da tendência de transformar em *cláusula pétrea* normas referentes aos direitos da pessoa humana, uma norma constitucional posterior a norma internacional só pode suprimir direito previsto por esta caso entre em vigor nova Constituição. Portanto, no sistema constitucional contemporâneo, em virtude da proteção dada ao ser humano, mediante promoção da dignidade humana, prevalecerá sempre a norma que consagrar de um modo mais amplo direitos da pessoa humana: “o critério interpretativo

Poucos autores, como Ross, consideram a disputa entre as diversas doutrinas como sendo uma ‘disputa de palavras’, e têm negado a importância da questão ora estudada”. Duas são as doutrinas indicadas como principais na discussão desta questão: a dualista e a monista. A teoria dualista parte “da concepção de que o DI [Direito Internacional] e o Direito Interno são ‘noções diferentes’ e, em consequência, as duas ordens jurídicas podem ser tangentes, mas não secantes, isto é, são independentes”, embora possam se tocar em algum ponto. A teoria monista é aquela que “não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas”, sustentando, portanto, e “de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica”, ora defendendo a primazia do direito interno (Jellinek, Wenzel, Decencière-Ferrandière, Korovin, Georges Burdeau), ora defendendo a primazia do direito internacional (Kelsen, Verdross, Kunz). O autor ainda acrescenta: “Ao lado do monismo e do dualismo surgiram diversas teorias que procuram conciliar estas duas doutrinas e são, por este motivo, denominadas de ‘teorias conciliadoras’”. Sobre a discussão se existe direito internacional, ver: D’AMATO, Anthony. Is international law really “law”? *Northwestern University Law Review*, n. 5-6, 1985.

¹⁰ WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

adotado é, portanto, aquele que entende como aplicável a norma que confere maior proteção ao ser humano¹²”.

Outra diferença é que *direitos humanos* é expressão comumente utilizada em documentos internacionais, enquanto *direitos fundamentais* se utilizada mais em cartas constitucionais. Bulygin destaca que “quando um ordenamento jurídico positivo outorga direitos humanos, na realidade não faz outra coisa senão reconhecer direitos já pré-existentes e independentes do que estabelece a ordem jurídica em questão¹³”. Assim, o que os direitos fundamentais possuem de diferente dos direitos humanos é seu *status* dentro do ordenamento jurídico de um País, *status* de direitos consagrados num sistema de direito interno, e os direitos humanos têm *status* de direito internacional; no que se pode referir à assertiva de Pérez Luño: “daí que grande parte da doutrina entenda que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas Constituições nacionais¹⁴”.

De resto, os direitos fundamentais são humanos também, já que geralmente deles derivam. A única diferença parece estar na abrangência das expressões, já que os direitos humanos, quando positivados numa Constituição, tornam-se fundamentais. Ou, talvez, nem seja esse o caso, e sim que o uso da expressão demonstra “muitas vezes o gosto nacional dos países que as adotam¹⁵”. Portanto, a discussão sobre a diferença entre as expressões é apenas jogo de palavras, disputa por uso de expressões¹⁶ que têm o mesmo objetivo: proteger o

¹² WEIS, Carlos. Obra citada, 2006, p. 31.

¹³ BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa*, n. 4, 1987, p. 79.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 33.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 5, 2003a, p. 100.

¹⁶ Ver: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM-IIIJ, 2003, pp. 1 e 58; BARCELLOS, Ana Paula de.

ser humano, efetivando a dignidade humana¹⁷.

Esse jogo de palavras para usar a expressão num ou noutro contexto é bastante visível, e até desbanca a pretensa distinção, ao se verificar que tanto direitos fundamentais quanto direitos humanos são classificados em geral das mesmas formas: geracional (ou dimensional), dual e unitária. Assim, não só o fato de que ambas as expressões têm o mesmo objetivo quanto o fato de que a classificação é mesma permitem consolidar ainda mais a conclusão de que não há, substancialmente, qualquer diferença, trata-se apenas de um problema formalista.

A *classificação geracional (dimensional)*¹⁸ dos direitos humanos fundamentais é das mais adotadas¹⁹, e, também, é a mais didática, já que os divide, basicamente, em três categorias: a) *direitos de primeira dimensão*: direitos políticos e civis; b) *direitos de segunda dimensão*: direitos econômicos, sociais e culturais; c) *direitos de terceira dimensão*: direitos coletivos e difusos²⁰. Essa classificação pauta-se na incorporação entre o Estado social e o liberal, permitindo a emergência do Estado social liberal, onde convivem, lado a lado, direitos à liberdade, à igualdade e à fraternidade. Não se pode falar em sucessão de direitos, como se quando surgisse

Obra citada, 2008, p. 128 e nota 216.

¹⁷ Ver, no mesmo sentido: GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, 1997, p. 525.

¹⁹ WEIS, Carlos. Obra citada, 2006, p. 37.

²⁰ Há quem afirme haver uma quarta dimensão, ver, por exemplo: BONAVIDES, Paulo. Obra citada, 1997, p. 526; BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 589. Há, ainda, quem fale em direito de quinta dimensão, ver, por exemplo: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 302.

um, o outro desaparecesse, e sim na complementariedade (ou incorporação) de direitos, já que há aqueles que buscam uma não-ação estatal ao lado dos que permitem que se exija uma ação prestacional estatal. Pérez Luño, nesse mesmo sentido, afirma: “as gerações de direitos humanos não implicam na substituição global de um catálogo de direitos por outro”, e sim “se traduz na aparição de novos direitos como resposta a novas necessidades históricas”, ou até mesmo na “redimensão ou redefinição de direitos anteriores para adaptá-los aos novos contextos em que devem ser aplicados²¹”. É que, como observa Jorge Miranda, o termo “geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos”, e, na verdade, o que há “é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades²²”.

A base da classificação é o momento histórico de surgimento dos direitos fundamentais, o que mina sua própria validade científica. Ora, teoricamente, pode ocorrer de um direito tido como pertencente à primeira dimensão ser reconhecido apenas no seio de um grupo de direitos de segunda dimensão²³, o que, exemplificadamente, demonstra a falha na teoria dimensional. Assim, verifica-se que “mais importante do que o momento de reconhecimento é o conteúdo dos direitos²⁴”, o seu conteúdo preponderante. Com isso, refere-se à *classificação dual* dos direitos humanos fundamentais, dividindo-os em liberdades negativas e positivas: liberdades negativas são aquelas em que se requer postura omissiva do Estado, a limitação de sua ação; liberdades positivas, aquelas

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos. *Doxa*, n. 4, 1987, p. 56.

²² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 24.

²³ O que acontece, por exemplo, no caso das liberdades sociais e das liberdades coletivas.

²⁴ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

em que é requerida postura comissiva estatal, que o Estado promova o exercício dos direitos fundamentais e que a pessoa humana possa exigir uma ação prestacional estatal²⁵. Aparentemente pode-se procurar uma identidade entre os direitos das liberdades negativas e os de primeira dimensão, bem como entre os das liberdades positivas e os de segunda dimensão. Mas não há qualquer identidade, já que a teoria dimensional se utiliza de critério histórico, não considerando o conteúdo preponderante dos direitos reconhecidos e assegurados, como faz a teoria dual.

Apesar de melhor que a teoria dimensional, surgem alguns problemas com a adoção da teoria dual. É que os direitos negativos também possuem uma dimensão positiva, e os direitos positivos, uma dimensão negativa; ou seja, as prestações que correspondem aos direitos de dimensão positiva “não podem ser impostas às pessoas contra a sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites²⁶”. Falha a concepção dual, portanto, ao projetar uma divisão estanque dos direitos fundamentais da pessoa humana como se “direitos negativos” e “direitos positivos” não se misturassem, nem se interligassem como direitos fundamentais que são. Admitindo tal separação, a teoria dualista cria um problema quanto à eficácia dos direitos econômicos, culturais e sociais, que são relegados a “meras expectativas constitucionais, sem que se faça acompanhar os direitos dos necessários instrumentos jurídicos de efetivação²⁷”.

²⁵ Há autores que chamam direitos negativos de direitos de defesa e direitos positivos de direitos prestacionais. Ver, neste sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419. As expressões em espanhol são, respectivamente: “derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado” e “derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado”.

²⁶ MIRANDA, Jorge. Obra citada, 2000, p. 112.

²⁷ SCHÄFER, Jairo Gilberto. Obra citada, 2005, p. 57. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do

Assim, merece destaque a *classificação unitária* dos direitos fundamentais. Ora os direitos pertencem a toda e qualquer pessoa, sem quaisquer distinções, em qualquer momento histórico e em qualquer âmbito, interno ou internacional, podendo-se dizer que são universais. Além disso, os direitos fundamentais apresentam-se indivisíveis e interdependentes, porque a realização de alguns depende da efetivação de outros. Essa concepção parte da ideia de abertura no catálogo de direitos, representado por uma Constituição ou por uma carta internacional de direitos. A universalidade, a indivisibilidade e a interdependência, além de outras características que eles possam apresentar, permitem que todos os direitos gravitem em torno de um núcleo comum, e que os mais diversos direitos fundamentais se complementem no sentido de efetivar a dignidade humana. Deste modo, pode-se dizer que “quando se tem à mão a concepção da justiça, as ideias de respeito e de dignidade humana podem assumir um significado mais definido”, de maneira que “respeitar as pessoas é reconhecer que elas possuem uma inviolabilidade fundada na justiça, que não pode ser sobrepujada nem mesmo pelo bem-estar da sociedade como um todo²⁸”.

Como se poderá observar nas próximas três subseções, o escopo de encontrar um núcleo de direitos fundamentais será atingido a partir de uma divisão dos direitos fundamentais em três classes de direitos: direitos à liberdade, direitos à igualdade e direitos à fraternidade. Tal divisão não considera o momento histórico de surgimento dos direitos, nem seu conteúdo preponderante, e sim o fato de que todos eles pertencem a todos os seres humanos sem distinções, sendo classificados a partir dos três princípios de justiça para instituições da teoria rawlsiana e do triplo ideal francês²⁹.

Advogado, 2004, p. 269.

²⁸ RAWLS, John. Obra citada, 2002b, p. 653.

²⁹ Ver, por exemplo: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, 1991, p.

Como adiante se verificará: os direitos à liberdade se referem à autonomia e às escolhas do indivíduo; os direitos à igualdade, à viabilização dos direitos à liberdade; e os direitos à fraternidade, à necessária cooperação e solidariedade para a formação de uma sociedade bem-ordenada. Essa divisão não conflita com a adoção da teoria unitária de classificação dos direitos, senão a complementa, atuando a partir da teoria de Rawls.

Deve-se prestar atenção à prioridade serial quanto aos direitos humanos fundamentais a partir dos três princípios de justiça rawlsianos, porque é a partir daí que se verificará que entre os direitos essenciais escolhidos haverá uma ordem que deve ser necessariamente respeitada em um eventual conflito de direitos, mantendo-se uma sociedade pautada na justiça.

Também se deve dar importância ao fato de que apenas normas constitucionais, por serem superiores em relação a todas as outras, podem autorizar *restrições* aos direitos, até porque estes não são absolutos, só não podendo, devido à garantia dada pelas *cláusulas pétreas*, serem abolidos ou suprimidos. As restrições podem ser expressas ou tácitas. Restrições expressamente autorizadas, por serem diretamente previstas na norma, promovem uma limitação na intervenção legislativa, podendo-se dizer que esta só poderá ocorrer para confirmar as restrições. Restrições tacitamente autorizadas decorrem da previsão pelo constituinte da necessária intervenção do Legislativo ou do Judiciário (caso de conflito entre direitos). Isso promove a distinção das normas instituidoras de direitos fundamentais em dois tipos básicos: “direitos fundamentais cujo objecto de protecção é uma coisa no mundo dos factos”, e “direitos fundamentais cujo objecto de protecção é um produto da ordem jurídica, dado que sem a

210; VAN BOVEN, Theodoor C. Les critères de distinction des droits de l’homme. In: VASAK, Karel. *Les dimensions internationales des droits de l’homme*. Paris: UNESCO, 1978.

intervenção desta eles não existiriam no mundo dos factos³⁰». O primeiro tipo básico se refere aos direitos fundamentais determinados materialmente, enquanto o segundo se refere àqueles produzidos juridicamente³¹. Diante dessa possibilidade de haver restrições direta e indiretamente decorrentes da Constituição, a análise dos três grupos de direitos fundamentais apresenta-se mais precisa no que tange à eleição daqueles direitos realmente essenciais: porque as eventuais restrições, de um ou de outro tipo, serão avaliadas para fins de indicação do que é minimamente exigível em cada espécie de direito.

E, por fim, é preciso que se entenda que os direitos fundamentais devem ser respeitados não só pelo Estado, mas também pelos indivíduos, porque correspondem a um dever fundamental de ação (prestação) e/ou de abstenção, a fim de que seja concretizado³². Aliás, Pérez Luño escreve que “os direitos fundamentais são parte do núcleo que define a própria Constituição, de modo que sua permanência se faz necessária para manter e salvaguardar a própria identidade do texto constitucional³³”. Entretanto, embora possa soar como heresia ao dogma de que não há direitos mais importantes que outros sendo todos igualmente exigíveis, é necessário dividir os direitos fundamentais naqueles que são mais importantes e menos importantes, ou, por outra, há direitos fundamentais mínimos e outros que não o são³⁴, já que a junção desses direitos mínimos em um único grupo cria o que se poderia

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 164.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. Obra citada, 2003, p. 169.

³² Ver: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 106-107.

³³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador en las ciencias jurídicas*. México: UNAM-III, 1988, tomo III, p. 2348.

³⁴ Neste mesmo sentido, ver: MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 18, 1986, p. 109.

chamar de “um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna³⁵”. Esse direito subjetivo é representado pela dignidade da pessoa humana, que possui um mínimo existencial, um núcleo mínimo de conteúdo essencial, que é formado por um conjunto seletivo de direitos³⁶.

4. OS DIREITOS À LIBERDADE

Na história do constitucionalismo moderno, os direitos à liberdade foram os primeiros que se fizeram constar nas Constituições, podendo ser referidos como os direitos à liberdade perante o Estado, quando este exerce seu poder ilegitimamente³⁷. Rawls, em sua teoria, procurou, sem êxito, fazer uma lista de liberdades realmente essenciais às pessoas, porque tais liberdades seriam todas aquelas abarcadas por normas jurídicas, como, por exemplo, liberdades de pensamento, de consciência, política, de associação, à integridade física da pessoa.

Um conceito de liberdade “abarca todas as ações dos titulares do direito fundamental (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações dos titulares do direito fundamental (norma de direitos)³⁸”. Portanto, os direitos à liberdade podem ser estudados a partir de dois fatores: sua dimensão e sua extensão. Quanto à dimensão, eles podem ser classificados em liberdades individuais e coletivas³⁹, estas

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 564.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Obra citada, 2007, p. 100.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 226.

³⁸ ALEXY, Robert. Obra citada, 2002, p. 333.

³⁹ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Trad. Eveline Bouteiller. 5. ed. Barueri (São Paulo): Manole, 2004, p. 137.

sempre apresentando uma dimensão individual. Quanto à extensão, o que se procura estabelecer é até que ponto tais direitos podem ser exercidos, atentando-se para o fato de que a faculdade quanto ao exercício de direitos pode ser restringida por motivos de ordem pública para que o exercício de um direito não interfira na situação jurídica de terceiros. Há, pois, que se referir a duas coisas: o princípio da legalidade, pelo que ninguém é obrigado a fazer ou não-fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, II, da CF/88); e a possibilidade de haver restrições tácita e expressamente autorizadas pela CF/88.

As liberdades individuais têm a ver com a autonomia e com as escolhas do indivíduo. A autonomia pode ser entendida como a possibilidade de o ser humano se autogovernar, fazer escolhas que refletirão em sua vida particular e, talvez, em sua vida pública. Assim, têm-se liberdades individuais e coletivas. As liberdades individuais são de quatro tipos: de locomoção; de vida privada; de consciência; de disposição de si. A partir dos delineamentos de cada um desses tipos, verificar-se-ão possíveis dimensões coletivas, constitucionalmente consagradas, dos direitos à liberdade.

Liberdade de se locomover e de vida privada – A liberdade de se locomover é a faculdade dada ao ser humano de, nos termos da lei, se deslocar ou ficar, com ou sem os seus bens, dentro do território nacional. Essa ação engloba das formas mais primitivas conhecidas de se mover até as mais avançadas tecnologicamente, utilizadas pelas pessoas conforme suas necessidades, condições econômicas e em razão da geografia do lugar em que vivem. A CF/88 autoriza expressamente apenas algumas restrições relativas à liberdade de locomoção⁴⁰. Além delas, há outras decorrentes dos outros tipos de liberdades, como, por exemplo, no caso de alguém utilizar-se de seu direito de livre locomoção para entrar na casa

⁴⁰ São restrições expressamente previstas na CF/88: art. 5º, XV (e art. 139, I), LI, LII, LXI, LXVII e LXI.

de outrem sem permissão, violando-lhe o domicílio, e, assim, a liberdade de vida privada. Em quaisquer outras hipóteses, por falta de autorização constitucional, o impedimento à livre locomoção constitui-se ato atentatório e arbitrário contra a livre escolha do indivíduo de se locomover⁴¹.

A vida privada é situação em que estão presentes condições capazes de satisfazer as necessidades da pessoa em relação a si mesma. “O domínio da vida privada corresponde à ‘esfera secreta’ em que o indivíduo ‘terá o direito de ser deixado tranquilo’⁴²”. A esse direito ligam-se outros que asseguram todos os aspectos pessoais e patrimoniais da vida humana: domicílio, intimidade⁴³, correspondência, honra, imagem e família. Assim, o direito à propriedade (art. 5, XXII) assegura, de forma geral, o patrimônio imóvel e móvel, material e imaterial do indivíduo, desde que economicamente apreciável⁴⁴. Circundado por seu patrimônio, o indivíduo tem direito de conservar certa intimidade, isto é, tem o direito de não revelar, a não ser que haja algum motivo ou que o queira, informações pessoais (identidade, imagem, honra, hábitos, lazer, preferências) e patrimoniais que lhes são pertencentes, e que, em geral, são invioláveis, salvo casos de publicidade processual. Assim, se o indivíduo resolve se comunicar com as pessoas, revelando aspectos de sua vida, há o direito de trocar correspondências, de forma sigilosa ou não. Além desses aspectos, há dois outros, absolutamente invioláveis (art. 5º, X),

⁴¹ Para impedimentos dessa sorte, a própria CF/88 estabelece garantias para preservar a liberdade de se locomover: art. 5º, LXV, LXVI, XLII a XLIV, LXVIII e LXXVII.

⁴² MORANGE, Jean. Obra citada, 2004, p. 179.

⁴³ Há uma diferença, apontada por alguns autores entre intimidade e privacidade (ou vida privada). Para esse tema, ver, dentre outros, os seguintes trabalhos de Ernesto Garzón Valdés: Privacidad y publicidad. *Doxa*, n. 21, 1998; Intimacy, privacy and publicity. *Analyse und Kritik*, n. 25, 2003 (há uma versão em espanhol: Lo íntimo, lo privado y lo público. *Claves de la Razón Práctica*, n. 137, 2003).

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. I, p. 239.

a honra e a imagem, que conferem ao indivíduo consideração e respeito social, auto-estima e confiança. Há, ainda, um último aspecto: o direito à livre constituição de família. A CF/88 reconhece à pessoa humana a faculdade de constituir família (união estável ou casamento), desde que haja o respeito à diversidade de sexos e aos dispositivos legais sobre sua formação (art. 226). Trata-se de uma faculdade, já que não se pode obrigar ninguém a compartilhar sua vida privada com outrem contra sua vontade. Dentro desse aspecto há o direito de suceder (art. 5º, XXXI): o indivíduo pode possuir bens próprios que queira deixar de herança ou legado a alguém, que terá o direito de sucessão, decorrente do direito de herança.

Todos esses aspectos dizem respeito exclusivamente à pessoa humana, que tem direito de não os revelar a terceiros, a não ser que haja algum impedimento constitucional ou que o próprio indivíduo decida quebrar o sigilo sobre aspectos de sua própria vida privada, para uma determinada pessoa ou grupo de pessoas, caso haja violação ilegal ou arbitrária será possível indenização por dano material ou moral (art. 5º, X).

Tanto o direito à livre locomoção quanto o direito à liberdade de vida privada têm uma dimensão coletiva plasmada na segurança, podendo-se dizer que gozar de segurança é respeitar a regularidade dos procedimentos penais, desde a fase pré-processual (investigativa) até a fase processual e de eventual cumprimento de sentença (execução); e, também, direito à segurança pública (art. 144), preservando-se a ordem pública e a incolumidade das pessoas.

*Liberdade de consciência*⁴⁵ – A consciência é o

⁴⁵ Alguns autores não se utilizam da expressão *liberdade de consciência*, preferindo o uso de *liberdade de expressão*; ver, por exemplo: MARSHALL, Geoffrey. Declaración de derechos: problemas basicos (III): libertad de expresión. Trad. Ana Recarte Vicente-Arche. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, p. 233. Todavia, essa diferença no tratamento refere-se apenas à liberdade eleita para dar nome ao grupo de liberdades, de modo que as outras liberdades são, geralmente, sempre as mesmas.

conhecimento que se tem sobre algo, o “atributo pelo qual o homem toma em relação ao mundo (e, posteriormente, em relação aos chamados estados interiores, subjetivos) aquela distância em que se cria a possibilidade de níveis mais altos de integração⁴⁶”. Ela é adquirida aos poucos, em virtude de tratar-se de um processo que está “ligado às percepções que nossos órgãos sensoriais recebem do mundo externo⁴⁷”, pois a pessoa toma contato com a realidade e, por meio da linguagem, forma sua própria consciência.

O direito à liberdade de consciência dialoga com a coexistência das mais diversas formas que o ser humano tem de expressar sua própria consciência, chegando à verdade “por convicção íntima e não por imposição⁴⁸”. A consciência pode ser íntima ou expressa⁴⁹. A consciência íntima das pessoas encaixa-se perfeitamente no grupo da liberdade da vida privada, embora não se lhe inclua, por motivos didáticos, naquele rol⁵⁰, pois tem muito a ver com a intimidade dos seres humanos. A consciência expressa, que mais tem a ver com a esfera da liberdade de consciência, não pode ser anônima (art. 5º, IV). De forma que, conhecendo-se o autor da manifestação, aquele que se sentiu ofendido tem a garantia constitucional de réplica proporcional ao agravo, além de indenização por dano

⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico*. Século XXI. Versão 3.0, 1999.

⁴⁷ FREUD, Sigmund. *Esboço de psicanálise*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 210.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 208-209.

⁴⁹ A íntima é aquela que o sujeito não compartilha com outrem, quase todas as liberdades que formam a liberdade de consciência são íntimas (opinião, pensamento, crença, convicção), e, quando expressas, mediante uma forma qualquer (verbalmente ou não), tornam-se liberdade de expressão. Daí, talvez, o motivo de alguns autores denominarem o grupo como liberdade de expressão, colocando a liberdade de consciência como uma de suas formas.

⁵⁰ Necessário observar, novamente, que não se adota a divisão dos direitos em grupos estanques, de modo que a divisão feita só ocorre para facilitar o estudo dos direitos.

moral, material ou à sua imagem (art. 5º, V). A inexistência de anonimato quanto à manifestação de consciência é também importante para saber a quem pertence determinados direitos autorais (art. 5º, XXVII e XXVIII) e o direito sobre a propriedade industrial (art. 5º, XXIX). Há apenas um caso em que é possível o anonimato, no que se chama direito constitucional ao anonimato, quando o sigilo da fonte for necessário ao exercício profissional.

A CF/88 coloca impedimento à livre expressão de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, quando empregadas como justificativa para isenção de obrigação legal a todos imposta e de cumprimento de prestação alternativa fixada em lei (art. 5º, VIII). Desta maneira, todo indivíduo tem direito à escusa, ou imperativo de consciência, “um direito individual reconhecido mediante norma de eficácia contida – contenção, esta, que só se concretiza por meio da referida lei restritiva, que fixe prestação alternativa”, que se constitui como “a sanção, constitucionalmente prevista, para a escusa de consciência” em relação à obrigação legal a todos imposta⁵¹.

Várias liberdades de dimensão coletiva têm na liberdade de consciência seu aspecto individual: liberdade de associação, liberdade de imprensa, liberdade de ensino e liberdade de culto.

A liberdade de associação é toda aquela que o indivíduo, no uso de sua liberdade individual de consciência, possui de se associar ou reunir, para fins lícitos, pacíficos e sem armas, em lugares públicos ou privados, para fazer respeitar seus direitos, garantias e interesses (art. 5º, XVI, XVII, XX). A liberdade de consciência também funciona como direito-meio para o exercício da liberdade de imprensa. A CF/88 assegura a todos direito à informação, resguardando-se o sigilo da fonte quando necessário ao exercício da profissão (art. 5º, XIV), salvo quando as informações interessarem à polícia e à justiça. Trata-se de liberdade que engloba a livre expressão de atividade

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Obra citada, 2006, p. 96.

intelectual, artística, científica e comunicativa, sendo vedada a censura ou a necessidade de licença (art. 5º, IX), assegurando-se o direito de retificação e de resposta proporcional ao agravo, sem prejuízo de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V). É também vedado o anonimato no fornecimento de informação (art. 5º, IV). A liberdade de imprensa não só se refere à difusão da informação, como também se refere aos meios utilizados para essa disseminação: livros, periódicos, comunicação auditiva e comunicação visual e comunicação audiovisual.

Outra liberdade de consciência de dimensão coletiva é a liberdade de ensino, que consiste na promoção do pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e de um trabalho que a dignifique (art. 205), abrangendo, assim, não apenas a liberdade de ensinar, mas também a de aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, no que se faz presente o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, na busca de um padrão ótimo de qualidade (art. 206). Por fim, a *liberdade de culto*, que se trata de “uma aquisição recente, e ainda desconhecida ou negada em numerosos países⁵²”. Nos Estados em que costuma haver plena liberdade de culto, ou liberdade religiosa, é nítida a sua separação em relação à Igreja, constituindo-se uma não identificação entre os dois, concedendo às pessoas a plena liberdade de escolher a qual religião se filiar e, ainda, a seguir as liturgias que a religião escolhida traz.

Liberdade de disposição de si – “O direito à vida revela-se a partir de duas concepções, determinando que a sua proteção deve atender o direito individual de estar vivo e o direito das pessoas, em comunidade, de ter vida digna quanto à subsistência⁵³”. Trata-se, portanto, de direito voltado para a

⁵² MIRANDA, Jorge. Obra citada, 2000, p. 407.

⁵³ FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 269.

garantia de uma vida em que estejam asseguradas condições humanas mínimas, para que o indivíduo possa gozar de todos os demais direitos que lhes são garantidos – integridade física e psíquica – até o momento de sua morte. Assim, pode-se destacar que o direito à vida não se basta, devendo aliar-se a outros direitos, mesmo que minimamente garantidos, para proporcionar ao indivíduo uma vida minimamente digna.

A CF/88, ao garantir a toda pessoa que se encontre no território nacional a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), deixa entrever que todos os seres humanos têm, como direito inviolável, o domínio sobre a própria vida e sobre o próprio corpo (integridade física), podendo escolher o que fazer com eles, desde que respeite as seguintes condições: seja capaz de tomar decisões e responder por seus atos; suas decisões não interfiram na situação jurídica de outrem, nem violem a ordem jurídica. Portanto, não se trata, mesmo em tempos de paz, de direito absoluto⁵⁴, embora ainda haja muita restrição, decorrente de vários setores da sociedade, a essa afirmação, como constata Norbert Elias: “o que as pessoas podem fazer para assegurar umas às outras maneiras fáceis e pacíficas de morrer ainda está por ser descoberto⁵⁵”.

Ainda dentro do direito à livre disposição de si, há o direito à integridade física do ser humano, do domínio que ele tem sobre seu próprio corpo. Esse assunto, “a rigor, passou a ocupar a atenção dos juristas na medida em que a medicina e, mais ultimamente, a biogenética, foram emprestando valor científico, econômico e humanitário às partes singularizadas do

⁵⁴ Anexas a essa assertiva, estão as questões relativas ao aborto e à eutanásia. Para essa discussão, ver, por exemplo: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2003; BARROSO, Luís Roberto. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*. *Panóptica*, n. 7, 2007; CALSAMIGLIA, Albert. *Sobre la eutanásia*. *Doxa*, 14, 1993.

⁵⁵ ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos, seguido de envelhecer e morrer*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 77.

organismo humano⁵⁶”. Preocupação esta que envolve também a saúde física e mental do indivíduo. Apesar de a CF/88 vedar a submissão de qualquer ser humano à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), o direito à integridade física e mental não é intocável, podendo a pessoa humana, em relação à sua integridade física e mental, interferir, podendo escolher o que fazer com ela, desde que seja capaz de tomar decisões e responder por seus atos e que as suas decisões não interfiram na situação jurídica de outrem, nem violem o sistema legal.

As liberdades e seu núcleo – Procurou-se, nesta subseção, apresentar os direitos à liberdade previstos na CF/88 que, a priori, podem ser entendidos como realmente essenciais. Antes, contudo, de elaborar-se um núcleo básico provisório das liberdades, é preciso tratar sobre a questão de eventual colisão entre esses direitos.

Pela teoria que aqui se adota, há uma prioridade serial entre os três grupos de direitos, de maneira que só podem existir conflitos entre direitos à liberdade, sendo falsas as colisões destes com os direitos à igualdade e com os à fraternidade. Havendo conflito entre as liberdades, aplicar-se-á, sempre, o procedimento ponderativo (*balancing process*), onde os direitos são contrabalanceados e aplicados ao caso concreto conforme as circunstâncias apresentadas por este. Assim, é plenamente possível que os mesmos direitos em conflito, em casos parecidos, sejam aplicados de forma diversa, pelo fato de que as circunstâncias são adversas. Assim, considera-se que o processo de balanceamento é realizado mediante a análise do caso concreto, só depois se verificando a incidência ou não de pelo menos um determinado direito. Só ocorrerá a aplicação da técnica de ponderação quando o indivíduo, no uso de seus

⁵⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 649.

poderes de agir ou não como bem entender, infringe lei e/ou interfere na situação jurídica de terceiros e/ou não responda por seus atos ou omissões. Ante isso, conclui-se que se todos os seres humanos agirem ou não de maneira que não infrinjam a lei e/ou não interfiram em situação jurídica de terceiros e/ou respondam por suas ações ou omissões, então, não haverá, *a priori*, qualquer conflito entre os direitos à liberdade. Adota-se, então, para a formulação provisória do núcleo das liberdades, a mesma visão pragmática adotada por Rawls, levando-se os indivíduos a uma abstração, onde não há colisão entre liberdades pelos motivos referidos.

Assim, o caminho que aqui se procura é confeccionar um rol que permita ao indivíduo exercer suas capacidades de ter um senso de justiça e de ter uma concepção completa do bem. Diante disso, as liberdades foram divididas quanto à sua dimensão, em individuais e coletivas: cada uma das liberdades individuais é tanto direito-meio, quanto direito-fim; e, então, formados quatro grupos de direitos à liberdade. Num esforço para reduzir os conteúdos desses quatro grandes grupos de liberdades a expressões que lhes dêem um maior entendimento, chega-se ao seguinte: as liberdades básicas têm por conteúdo essencial a proteção à integridade física – liberdade de se locomover, livre disposição de si – e psíquica – liberdade de consciência – do indivíduo e à sua propriedade material e imaterial apreciável ou não economicamente – liberdade da vida privada.

Chega-se, então, ao núcleo provisório das liberdades: proteção à integridade física e psíquica do indivíduo e à sua propriedade material e imaterial apreciável ou não economicamente, desde que o uso dessas proteções não se direcione para interferências na situação jurídica de outrem e para violações da ordem constitucional.

5. OS DIREITOS À IGUALDADE

Os direitos à igualdade são comumente referidos sob um trinômio, direitos econômicos, sociais e culturais, e foram trazidos pelas Constituições que inauguraram as bases do Estado social do bem-estar. Tais direitos promoveram a limitação do sistema econômico liberal, protegido inicialmente pelos direitos à liberdade, conferindo-lhe civilidade⁵⁷ e deslegitimando práticas comuns de exploração da pessoa humana⁵⁸. O Estado social do bem-estar, ou Estado da democracia social, surgido no início do século XX, representa “a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo⁵⁹”.

Pela teoria da justiça como equidade, esses direitos à igualdade encontram-se ligados aos direitos à liberdade, em virtude da prioridade serial do princípio das liberdades básicas iguais sobre o da igualdade de oportunidades. Este princípio é representado pelos direitos à igualdade, chamados genericamente de direitos sociais, e que têm por objeto uma atividade prestacional estatal, permitindo que se coloque em prática a justiça distributiva: aqueles que cooperam com a sociedade terão seus direitos assegurados, já que viverão com menor desequilíbrio de oportunidades.

O princípio da igualdade de oportunidades, apesar de serialmente posterior ao princípio das liberdades básicas iguais, é de suma importância para a viabilização dos direitos às liberdades⁶⁰. Ora, de nada adianta ter liberdades e não as poder

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 81.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, 2007, p. 181.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, 2007, p. 193.

⁶⁰ Por exemplo: Assim, para que haja a proteção da integridade física e psíquica do indivíduo e de suas propriedades materiais e imateriais, apreciáveis ou não economicamente, é preciso que haja também um núcleo essencial de direitos à igualdade.

exercer por faltarem oportunidades oferecidas igualmente a todos. Portanto, diz-se que os direitos sociais possuem, basicamente, a função de assegurar as liberdades básicas iguais e o tratamento igualitário (mantendo, com isso, a democracia e a paz social), constituindo, assim, parte da proteção da dignidade humana⁶¹. E, ainda, que os direitos sociais asseguram as liberdades básicas iguais lhes dando suporte fático e asseguram o tratamento igualitário, promovendo “uma relativização de situações de desequilíbrio e uma equiparação material dos cidadãos⁶²”, aplicando à sociedade e suas instituições o princípio da igualdade de oportunidades.

Os direitos à igualdade viabilizam o exercício dos direitos às liberdades: aqueles “andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais⁶³”. Os direitos à igualdade são aqueles direitos prestacionais que, uma vez atendidos permitem o exercício dos direitos à liberdade.

Diante disso, surge o problema da efetivação (eficácia) dos direitos à igualdade, ou, genericamente, direitos sociais. No sistema constitucional brasileiro, em vista de haver a previsão de que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), é fácil concluir que todos os direitos humanos fundamentais, isto é, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade⁶⁴, são aplicáveis imediatamente. Porém, nem todos os direitos humanos fundamentais têm eficácia igual, uns têm alta carga de aplicabilidade imediata enquanto outros a têm baixa. Assim,

⁶¹ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, vol. I, tomo I, pp. 150-153.

⁶² NEUNER, Jörg. Obra citada, 2006, p. 152.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 473.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006, p. 273.

os direitos sociais se dividiriam em auto-aplicáveis e de aplicabilidade diferida. Os primeiros se enquadrariam perfeitamente no preceito do art. 5º, § 1º (CF/88), prescindindo de atuação do legislador para efetivá-los. Os segundos só se enquadrariam no referido dispositivo depois de haver uma atitude prestacional por parte do Estado. Portanto, pode-se dizer que o dispositivo constitucional referido acima “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais⁶⁵”. Desta forma, os direitos à igualdade se dividem, basicamente, em dois grandes grupos⁶⁶: liberdades sociais – direitos sociais auto-aplicáveis – e direitos sociais programáticos – dependentes de atuação dos órgãos estatais, principalmente o legislativo, para poderem ser aplicados. Neste último caso, é preciso observar que a atuação estatal deve ser imediata, em decorrência do preceito presente no art. 5º, §1º (CF/88). Como os direitos sociais auto-aplicáveis são também conhecidos por liberdades sociais e liberdades coletivas, e a divisão aqui adotada já os contemplou no grupo dos direitos à liberdade, o tratamento aqui só englobará os direitos sociais programáticos.

Os direitos sociais programáticos estabelecidos pelos enunciados prescritivos da CF/88, quando interpretados se apresentam sob a forma de normas programáticas, que “contêm disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados”, são, portanto, normas que “não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretivas”, gerando, pois: a “exigibilidade de determinada prestação⁶⁷”; ou, até mesmo, a possibilidade de se exigir “dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006, p. 280.

⁶⁶ Partilha dessa mesma ideia, embora forneça outra nomenclatura: ALEXY, Robert. *Derechos sociales fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel *et al.* *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM-IIIJ, 2000a, p. 67.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2008, p. 109.

traçadas⁶⁸”.

Regina Nery Ferrari, numa coletânea de conceituações das normas programáticas, traz uma definição bastante esclarecedora: são cláusulas pelas quais “o poder constituinte assinala um programa ou um plano aos órgãos públicos, aos órgãos de poder constituídos”, tanto o Judiciário, quanto o Executivo e o Legislativo, “de tal forma que uma norma de menor nível dê cumprimento ao programa traçado na cláusula constitucional, que hierarquicamente é superior”; portanto, são, “em síntese, ‘um dever de fazer’, em virtude do qual os órgãos do poder constituído ditam outras cláusulas inferiores que a desenvolvam. Enquanto isso, as normas programáticas permanecem como em suspenso, à espera⁶⁹”.

Diante de tal conceituação, e pelo que a doutrina vem entendendo sobre o conceito de normas programáticas, a melhor expressão a ser utilizada não é *norma programática*, e sim *norma-diretriz*, porque não se refere propriamente a programas, mas a diretrizes a serem alcançadas pelo Poder Público, decorrentes de direitos, que a própria CF/88 prevê terem aplicação imediata; ou seja, normas-diretrizes que possuem eficácia limitada à atuação do Poder Público, a qual deve ser imediata, por imperativo constitucional, a fim de que sejam concretizados direitos⁷⁰.

Os direitos sociais têm a ver com as oportunidades do indivíduo. Como a todos é assegurado um mesmo rol de liberdades básicas iguais (primeiro princípio de justiça de

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2008, pp. 255-256.

⁶⁹ NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 172-181, principalmente p. 179.

⁷⁰ Interessantíssimo o exemplo que Luís Roberto Barroso traz sobre a norma do art. 37, VII, da CF/88, cuja eficácia depende de lei, que ainda não foi criada pelo Legislador, o que, contudo, não quer dizer que esse direito não possa ser exercido, “observando-se, analogicamente, princípios e leis existentes. Caso contrário, chegar-se-ia a um absurdo: a eficácia da Constituição depende de norma hierarquicamente inferior” (BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, 2008, pp. 170-171).

Rawls), a todos devem ser dadas as mesmas liberdades. Contudo, com a remoção do véu de ignorância, é verificado que mesmo tendo os indivíduos o direito de exercer as liberdades básicas iguais de um determinado rol, o exercício de algumas não ocorre, em virtude dos mais variados fatores, dos quais se pode citar o *status* social. Desta feita, algumas pessoas têm o exercício da proteção que lhes é assegurada à integridade física e psíquica e à sua propriedade material e imaterial apreciável ou não economicamente, deficitário ou ausente. Diante dessa deficiência ou ausência, deve haver um meio de dar oportunidades aos indivíduos para que possam chegar ao exercício das liberdades que lhes são asseguradas. É o papel do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, que procura levar em conta as reivindicações e as necessidades básicas dos indivíduos que compõem a sociedade, atribuindo-lhes peso apropriado e procurando reduzir as desigualdades sociais e econômicas, concedendo-lhes cargos e posições no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na própria sociedade.

A CF/88 não prevê, de fato, nenhum direito social auto-aplicável. Numa análise superficial, poder-se-ia até dizer que o direito de ter acesso à justiça é direito social auto-aplicável, partindo-se de sua origem, já que pertencia ao grupo dos direitos à liberdade⁷¹. Contudo, numa análise mais detida, não quanto à origem, mas quanto à essência do direito, pode-se dizer que é direito programático, pois depende de uma ação estatal para que haja sua real efetividade. Os direitos sociais programáticos são, pois, aqueles que necessitam de atuação do órgão competente para que tenham eficácia, de modo que através de “normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais⁷²”. Assim, as normas constitucionais instituidoras de direitos

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, 2003, pp. 474-475.

sociais programáticos indicam a possibilidade de haver uma cobrança⁷³ da sociedade pela implementação de tais direitos através de uma atuação positiva ou negativa do Estado, sempre com fundamento constitucional. Portanto, a atuação estatal é tanto positiva quanto negativa: negativa porque o Estado não pode violar os direitos sociais; positiva porque o Estado deve implantá-los.

É interessante que a classe de direitos sociais chamada de programática ou de prestacional tem sido por boa parte da doutrina associada à ideia de *reserva do possível*: “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos⁷⁴”. Tal associação decorre, como lembra Prieto Sanchís, do fato de que ao falarmos nessa classe de direitos “nos referimos a bens ou serviços economicamente avaliáveis⁷⁵”. De fato, isso é o que ocorre, mas é preciso que se tenha atenção para o correto uso da ideia, ou seja, de que os direitos sociais de aplicabilidade diferida “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade⁷⁶”.

Utilizar um discurso baseado na reserva do possível para justificar a deficiente ou a ausente concretização de direitos sociais de aplicabilidade diferida tem sido comum. Ora, esse tipo de vinculação só pode gerar dois tipos de conclusão: ou o

⁷³ Essa cobrança da sociedade fundamenta-se na aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), e recai sobre os três poderes, por meio de legislação regulamentadora dos direitos previstos constitucionalmente, para alicerçar políticas públicas adotadas direcionadas para a concretização de tais direitos, mediante controle judicial (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45).

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, 2003, p. 481.

⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 22, 1995, p. 15.

⁷⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

Estado não possui dinheiro em seus cofres ou esse dinheiro existe, sendo, porém, mal-empregado, de modo que aquilo que é básico e deveria ser concretizado não o está sendo⁷⁷.

Adotar-se, portanto, a versão brasileira de que a reserva do possível justifica a não efetivação dos direitos sociais de aplicabilidade diferida é dar a oportunidade de não se dar necessária eficácia a esses direitos, e, por tabela, porque dependentes destes, as liberdades não possam ser (corretamente) exercidas por todos os indivíduos. Esse tipo de atitude é irresponsável, porque liga os direitos sociais “à ditadura dos cofres vazios, entendo-se por isso que a realização dos direitos sociais se dá conforme o equilíbrio econômico-financeiro do Estado⁷⁸”, o que não tem cunho verídico, compartilhando-se da mesma irresignação de Américo Bedê⁷⁹: “é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo?”. Ao que o próprio autor responde: “se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública”.

A CF/88 prevê dez direitos sociais entendidos como programáticos: educação; saúde; trabalho; moradia; lazer; segurança; previdência social; proteção à maternidade; proteção à infância; assistência aos desamparados (art. 6º). E, mais adiante, nos arts. 170 e 193 a 217, a CF/88 traz a forma básica de efetivação desses direitos.

Em geral, são os direitos sociais programáticos, dentre os

⁷⁷ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, 1999, pp. 241-242.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Trad. Francisco J. Astudillo Pólo. *Derechos y libertades*, n. 6, 1998, p. 46.

⁷⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

direitos à igualdade, que mais têm a ver com assegurar ao ser humano uma existência minimamente digna, já que isso decorre da “prestação de recursos materiais essenciais⁸⁰”. Essa prestação é um direito fundamental implícito, decorrente da norma contida no art. 5º, § 1º, podendo ser chamado de direito aos recursos materiais minimamente essenciais para uma vida digna. Mas não são apenas estes os direitos sociais programáticos previstos na CF/88. Como dito mais acima, também está incluído nesse rol o direito de acesso à justiça, que é, em verdade, um complexo de direitos sociais programáticos voltados para o acesso à justiça.

Além dos direitos acima referidos, há, previsto na CF/88, o direito de acesso à justiça, que também é direito social programático. O interesse acerca do acesso à justiça firma-se a partir de três “ondas” voltadas para a efetivação desse direito social. A primeira onda foi a da assistência judiciária para os pobres (art. 5º, LXXIV). A segunda onda foi a da representação dos interesses difusos, principalmente em relação ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII) e ao consumidor (art. 5º, XXXII). A terceira onda, de todas é a mais abrangente, engloba as duas anteriores, acrescentando novos elementos, “representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo⁸¹”. Nesta evolução do conceito de acesso à justiça, a terceira onda traz o acesso à justiça tal qual atualmente é conhecido: “processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha⁸²”. Essa concepção mais moderna de acesso à justiça é representada principalmente pelo direito de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

As igualdades e seu núcleo – Nesta subseção, procurou-

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, 2006, pp. 326-327.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Obra citada, 1988, p. 31.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: volume I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 248.

se apresentar os direitos à igualdade previstos na CF/88 que se entende serem realmente essenciais. Antes, porém, de ser apresentado o núcleo básico provisório das igualdades, é preciso passar pela questão da eventual colisão entre esses direitos.

Conforme se pode inferir da tese da prioridade serial entre os três grupos de direitos, só podem existir conflitos verdadeiros entre direitos à igualdade. Tal qual na hipótese de conflitos entre direitos à liberdade, também se aplica o procedimento da ponderação (*balancing process*) quando houver colisões entre os direitos à igualdade, havendo, portanto, um sopesamento de particularidades inerentes ao caso concreto analisado com a aplicação de dois ou mais direitos, podendo prevalecer qualquer um deles, ou mesmo ambos, de forma parcial ou integral. Da mesma maneira, a técnica da ponderação só é aplicada quando há um processo subjetivo ou objetivo, no qual há um conflito de direitos, decorrente de uma das três espécies de *causa petendi* (infração da lei; interferência na situação jurídica de terceiros; não cumprimento de alguma responsabilidade), e que será solvido mediante a aplicação da justiça e da lei pelo agente investido para tanto. Adotando-se a visão pragmática rawlsiana e colocando os indivíduos em uma posição abstrata e hipotética em que não há colisão de igualdades pela ausência de *causa petendi*, então se faz possível a elaboração de um núcleo mínimo provisório.

Assim, os direitos às igualdades têm “a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio da sociedade, seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos”, desta maneira, são direitos cuja finalidade é: “garantir que a liberdade e a igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias⁸³”. Assim, “o Estado deve ter como fim

⁸³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 88.

precípua a promoção do bem-estar dos cidadãos, através de instituições, serviços e benefícios, objetivando garantir-lhes os meios básicos necessários e imprescindíveis à sua sobrevivência⁸⁴”. Deste modo, é possível dizer que o elemento comum a todos os direitos sociais, econômicos e culturais “é a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa⁸⁵”. Portanto, o núcleo mínimo provisório desses direitos é proporcionar à sociedade e às suas instituições, através de ações estatais prestacionais em relação às diretrizes constitucionais estabelecidas, um tratamento igualitário, relativizando situações de desequilíbrio de oportunidades entre os indivíduos.

6. OS DIREITOS À FRATERNIDADE

Os direitos à fraternidade ou à solidariedade englobam os “direitos concernentes a toda a Humanidade, como superação do mundo cindido entre Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos⁸⁶”. São “‘direitos humanos globais’, uma vez que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda a humanidade e do Planeta em si considerado⁸⁷”. Não se destinam ao indivíduo considerado isoladamente – como é o caso das liberdades – nem a uma sociedade especificamente considerada – como é o caso das igualdades –, e sim têm “por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta⁸⁸”. Ademais, assim como ocorre com os direitos à igualdade em relação aos à liberdade, os direitos à

⁸⁴ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 45.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, 2007, p. 337.

⁸⁶ WEIS, Carlos. Obra citada, 2006, p. 40.

⁸⁷ WEIS, Carlos. Obra citada, 2006, p. 42.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, 1997, p. 523.

fraternidade complementam os anteriores, fato este que decorre, sobretudo, da apontada hierarquia serial entre tais grupos de direitos⁸⁹, não deixando, contudo, de “ter um âmbito de ação que lhes seja próprio⁹⁰”, como, por exemplo, o direito ao patrimônio genético, o direito à livre determinação dos povos, o direito ao meio ambiente sadio, dentre outros.

Os direitos à fraternidade representam o que na teoria da justiça como equidade se chama de princípio de diferença, a busca de cooperação social em prol da melhora da situação de indivíduos que foram menos beneficiados pela lista de liberdades básicas iguais e pelo fornecimento de oportunidades iguais. Portanto, a fraternidade representa o grau último de exercício de direitos, devendo as pessoas cooperar umas com as outras, a fim de que todas tenham condições de exercer os direitos que lhes são garantidos. Como as desigualdades não podem ser totalmente extirpadas de uma sociedade, a fraternidade faz-se necessária para que os bens primários sejam mais bem divididos, sem que com isso as expectativas dos membros de uma sociedade sejam reduzidas, compensando-se, assim, o menor favorecimento de alguns.

Os direitos à fraternidade, em relação aos direitos às liberdades e às igualdades, “apresentam um caráter menos unívoco, com o que, às vezes, parece que se aproximam dos primeiros e, outras, dos segundos⁹¹”, ou seja, a delimitação de direitos à fraternidade é uma tarefa de elevada dificuldade, já que esse catálogo de direitos “está muito longe de construir um elenco preciso e de contornos bem definidos⁹²”. Tanto é assim

⁸⁹ Gregorio Peces-Barba Martínez (*Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 261-262) parece chegar às mesmas conclusões ao se referir à solidariedade como “un valor superior que fundamenta a los derechos”, que, “como valor relacional, incide también en la libertad y en la igualdad, las vivifica y completa”.

⁹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Obra citada, 1999, p. 262.

⁹¹ PIZZORUSSO, Alessandro. Las “generaciones” de derechos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 5, 2001, p. 305.

⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Obra citada, 1991, p. 210.

que Domènech chama a fraternidade de “parente pobre” da tríade liberdade-igualdade-fraternidade⁹³. Ao que complementa Pérez Luño: “a tarefa de definir o catálogo de direitos de terceira geração é um trabalho que está em progresso, não sendo, portanto, nem fácil nem cômodo, apesar de ser urgente e necessário⁹⁴”. Portanto, os direitos à fraternidade podem ser definidos como os novos direitos humanos fundamentais que somente se podem realizar através da cooperação social de todos os indivíduos, ou, “apenas através de um espírito solidário de sinergia, isto é, de cooperação e sacrifício voluntário e altruísta dos interesses egoístas⁹⁵”.

Na CF/88, é possível destacar os seguintes direitos à fraternidade: direito ao meio ambiente sadio (art. 225); direito ao patrimônio genético (art. 225, §1º, II); direito à manutenção da biodiversidade (art. 225, §1º, VII); direito ao livre desenvolvimento sustentado (art. 174, §1º, art. 3º, II, e art. 182); direito à livre autodeterminação dos povos (art. 4º, III); direito à paz (art. 4º, VI); direito ao patrimônio histórico-cultural da humanidade (arts. 215 e 216).

Todos têm direito ao meio ambiente sadio, entendido este como conjunto de ambientes que devem se apresentar um equilíbrio recíproco, assegurando a qualidade de vida de todos os seres humanos. Com isso, é possível perceber que diferente⁹⁶ do que ocorre às igualdades e liberdades, os direitos à fraternidade não podem ser explicados isoladamente, porque há uma forte interdependência entre eles, gerando uma natural convergência para um núcleo unitário. Nesta esteira, oportunas as palavras de Pérez Luño: “a ecologia representa, em suma, o marco global para um renovado enfoque das relações entre o

⁹³ DOMÈNECH, Toni. ... y fraternidad. *Isegoría*, n. 7, 1993, pp. 49-50.

⁹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Obra citada, 1991, p. 210.

⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Obra citada, 1991, p. 211.

⁹⁶ Não se quer dizer aqui que os direitos à igualdade e à liberdade não são interdependentes, mas que essa mútua dependência é mais fraca (ou menos forte) que aquela verificada entre os direitos à fraternidade.

ser humano e o mundo à sua volta⁹⁷”. Ou, como escreve José Roberto Dromi: “o ser humano se encontra numa relação dialógica, contínua e permanente com a natureza⁹⁸”. Assim, pode-se dizer que a expressão meio ambiente engloba além do direito ao meio ambiente sadio, os direitos ao patrimônio genético, à manutenção da biodiversidade, ao livre desenvolvimento sustentado, ao patrimônio histórico-cultural da humanidade, e à paz⁹⁹.

O ser humano que desfruta de um ambiente sadio tem melhores condições de usufruir, também, de um livre desenvolvimento sustentado¹⁰⁰, que, na lição de Mbaya, é uma “condição para a realização cada vez mais completa dos direitos” humanos fundamentais¹⁰¹. É importante ressaltar que essa condição, apesar de se referir ao desenvolvimento como um todo, tem maior ênfase sobre o desenvolvimento econômico, já que sem este não é possível gerar recursos materiais necessários para realizar todos os demais¹⁰². Contudo, para haver um desenvolvimento econômico sustentado que permita tal geração de recursos que vão se destinar para a melhor concretização dos direitos humanos

⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. 1ª ed. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006, p. 30.

⁹⁸ DROMI, José Roberto. Legitimación procesal y medio ambiente. In: *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio* (en sus treinta años como investigador en las ciencias jurídicas). México: IJ, 1988, tomo III, pp. 1892-1893. E continua o citado autor, no mesmo sentido de Pérez Luño: “la realidad humana está consustanciada con la realidad física en la cual se desarrolla. El hombre, para lograr su finalidad, su mayor perfección, necesita disponer de la realidad física que lo circunda”.

⁹⁹ Por certo que outros direitos podem ser incluídos nesse rol, mas, como a análise neste trabalho direciona-se para a análise da Constituição brasileira, é dizer-se que a não inclusão é proposital e circunstancial.

¹⁰⁰ Ver: DROMI, José Roberto. Obra citada, 1988, p. 1893.

¹⁰¹ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humano frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, São Paulo, vol. 11, n. 30, 1997, p. 29.

¹⁰² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 1, p. 445.

fundamentais é preciso que o indivíduo e a coletividade façam uso correto dos recursos naturais que lhes são ofertados.

Também é consequência do que se pode chamar de um meio ambiente sustentavelmente equilibrado, o direito à autodeterminação democrática, consistente na confirmação da participação democrática da sociedade na tomada de decisões em relação à coisa pública, diretamente ou através de representantes eleitos, com base em uma organização sócio-político-econômica própria ao País, sem que haja intervenção ou dependência de outro Estado. Essa participação democrática não se restringe ao campo político, sendo, também, social, na tentativa de promover uma diminuição das desigualdades entre os membros da sociedade¹⁰³. Definindo-se minimamente democracia como o “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos¹⁰⁴”, pode-se dizer que o grupo social direta ou indiretamente toma decisões em prol do correto desenvolvimento social, de maneira que: só há autodeterminação democrática se houver respeito aos direitos humanos e se houver solidariedade entre os membros da sociedade¹⁰⁵.

Entretanto, não basta para a existência de um meio ambiente sadio e equilibrado apenas o respeito aos direitos a um livre desenvolvimento sustentado e a uma autodeterminação democrática, é preciso, também, que se respeitem os seguintes direitos: ao patrimônio genético; à biodiversidade; ao patrimônio histórico e cultural¹⁰⁶, incluindo

¹⁰³ Verifica-se, aqui, uma integração dos direitos à fraternidade com os direitos à igualdade.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. Obra citada, 2000, p. 30.

¹⁰⁵ MBAYA, Etienne-Richard. Obra citada, 1997, p. 32.

¹⁰⁶ O conceito de cultura tem se apresentado imprecisamente, seja por que se trata de algo que está na moda (HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. Trad. Francisco Fernández Segado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, 2002, p. 189), seja porque, como lembra Klaus Stern, tem sido tratada a partir da seguinte premissa: “a cultura é tudo, e tudo é cultura” (STERN, Klaus. Los valores

os direitos indígenas. Esses direitos, por fazerem parte do direito ao meio ambiente sadio, devem ser devidamente preservados, mediante o esforço comum de toda a sociedade.

Enlaçando todos esses direitos, está o direito à paz, que, como afirma Bobbio, “uma vez definido o estado de guerra, vem a definição do estado de paz, como situação de não-guerra¹⁰⁷”. Portanto, a paz é a “ausência de qualquer combate armado¹⁰⁸”. A situação de guerra provoca destruição do patrimônio pertencente à sociedade, algumas vezes leva à extinção da própria sociedade ou à sua dispersão, e outras vezes, promove a necessidade de uma reconstrução; assim, a situação de paz, enquanto situação de ordem permite à sociedade promover o seu próprio desenvolvimento sustentado e meio ambiente equilibrado, e, ainda, se autodeterminar.

É interessante observar que os três grupos (liberdade, igualdade e fraternidade) de direitos se complementam, de modo que a fraternidade atua como um “cimento ou nexo necessário ou privilegiado de uma sociedade de indivíduos livres e iguais¹⁰⁹”. Isso porque os direitos à solidariedade (fraternidade) pressupõem a existência de uma sinergia entre as pessoas, uma situação de cooperação social, calcada na promoção do bem comum, e não do bem individual: não se busca fomentar apenas as liberdades e/ou as igualdades, mas fornecer um meio adequado para que elas possam ser exercidas.

A fraternidade e seu núcleo – Procurou-se apresentar, nesta subseção, os direitos à fraternidade previstos na CF/88. Antes, entretanto, de se formar o núcleo básico provisório

culturales en el derecho constitucional alemán. Trad. César I. Astudillo Reyes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, p. 558.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*: antologia. Org. José Fernández Santillán. Trad. César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 323.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. Obra citada, 2006. P. 51.

¹⁰⁹ DOMÈNECH, Toni. Obra citada. 1993, p. 51.

desse grupo de direitos, é preciso pincelar a questão de eventual colisão entre esses direitos.

Pela tese da prioridade serial entre os três grupos de direitos, só podem existir conflitos verdadeiros entre direitos à fraternidade, aplicando-se para esses casos o procedimento da ponderação (*balancing process*), havendo, pois, um sopesamento de particularidades inerentes ao caso concreto analisado com a aplicação de dois ou mais direitos, podendo prevalecer qualquer um deles, ou mesmo ambos, de forma parcial ou integral. Da mesma maneira, a técnica da ponderação só é aplicada quando há um processo subjetivo ou objetivo, no qual há um conflito de direitos, decorrente de uma das três espécies de *causa petendi* (infração da lei; interferência na situação jurídica de terceiros; não cumprimento de alguma responsabilidade), e que será solvido mediante a aplicação da justiça e da lei pelo agente investido para tanto.

Adotando-se, novamente, a visão pragmática rawlsiana, situando os indivíduos em uma posição abstrata e hipotética, onde não há colisão de direitos à fraternidade pela ausência de *causa petendi*, então, faz-se possível a elaboração de um núcleo mínimo provisório: são direitos voltados à cooperação social de todos os indivíduos de uma sociedade que se pretenda tornar bem-ordenada, isto é, uma atuação solidária de esforços em comum, com o sacrifício de interesses individuais em prol do bem coletivo, qual seja, a constituição de um meio ambiente natural e cultural sustentavelmente sadio e democrático.

7. SISTEMATIZAÇÃO DOS NÚCLEOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de tudo o que foi apresentado, é preciso reunir os três núcleos essenciais encontrados. Assim, têm-se, provisoriamente, os núcleos dos três grupos de direitos que foram tratados logo acima: (a) núcleo das liberdades: a todos os

indivíduos que se encontrarem em território brasileiro é assegurada proteção à integridade física e psíquica, bem como à propriedade material e imaterial apreciável ou não economicamente, desde que o uso dessas proteções não seja utilizado para interferir na situação jurídica de outrem e nem para violar a ordem constitucional; (b) núcleo das igualdades: a todos os indivíduos que se encontrarem em território brasileiro deve-se proporcionar através de ações estatais voltadas à sociedade como um todo e às suas instituições, um tratamento igualitário, relativizando situações de desequilíbrio de oportunidades entre os indivíduos; (c) núcleo da fraternidade: todos os indivíduos que se encontrarem em território brasileiro devem ter uma atuação solidária sinérgica, com o sacrifício de interesses individuais em prol do bem coletivo, constituindo, assim, uma sociedade bem-ordenada baseada em um meio ambiente natural e cultural sustentavelmente sadio e democrático.

Desta maneira, há seis classes de direitos que formam o que se pode denominar núcleo provisório dos direitos humanos fundamentais no sistema constitucional brasileiro: direito à integridade física e psíquica; direito à propriedade material e imaterial, apreciável ou não economicamente; direito a ações estatais que proporcionem um tratamento igualitário de oportunidades aos indivíduos; direito a um meio ambiente natural e cultural sustentavelmente sadio e democrático; direito a não-interferência dos indivíduos na situação jurídica de outrem; direito a não-violação da ordem constitucional.

8. OS DEVERES FUNDAMENTAIS

Esta seção parte da observação de que “o tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente considerado dos mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea¹¹⁰”,

¹¹⁰ CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo*

já “que a enfatização dos direitos começou por deixar na sombra o problema dos deveres fundamentais¹¹¹”. Não obstante isso há a premente necessidade do debate sobre os deveres fundamentais, vez que eles compõem, ao lado dos direitos, a conceituação mínima da dignidade humana.

Afastando-se a discussão sobre a melhor expressão – se *deveres humanos* ou se *deveres fundamentais*, dentre outras –, desde já se afirma, com base na mesma discussão travada na seção anterior em relação aos direitos fundamentais que todas essas expressões se dedicam a representar os deveres fundamentais das pessoas humanas, ou seja, são tão fundamentais quão humanos, podendo-se referir como *deveres humanos fundamentais*. Aproveita-se, também, para deixar estabelecido que, por questão de corte metodológico, decorrente da própria teoria da justiça como equidade e da abordagem que se preferiu adotar neste trabalho, assim como os direitos, os deveres fundamentais considerados são apenas os previstos na CF/88, expressa ou implicitamente.

Os deveres humanos fundamentais, embora a doutrina em seu enalço seja ainda relativamente pouca, não podem ser concebidos noutra lugar que não ao lado dos direitos humanos fundamentais¹¹², até porque não se pode, pelo menos atualmente, conceber o indivíduo como portador apenas de direitos, devendo-se observá-lo também como sujeito de deveres – em relação a si próprio, à sua sociedade e às gerações futuras. Tratar esse tema que é relativamente novo é afastar, em certa medida, o entendimento de os direitos serem exclusivamente individuais. A ideia de os seres humanos serem

para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, n. 7, 2005, p. 80.

¹¹² CASALTA NABAIS, José. Obra citada, 2004, p. 64. Ver, também: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, 1987, p. 330.

ao mesmo tempo portadores de direitos e de deveres era muito comum no mundo antigo, mas que se foi perdendo com o passar dos anos na história da sociedade ocidental, de modo que a noção do ser humano detentor de um compromisso com sua comunidade ou sociedade foi perdendo valor, sobretudo com a necessidade de proteger a pessoa das ingerências estatais. Assim, falar-se de direitos tão-só individuais foi muito comum durante certo período histórico, notadamente à época das revoluções do século XVIII. Contudo, tal modelo não mais impera, sendo preciso considerar que as pessoas, além de possuírem direitos, detêm deveres, “já que não existem direitos sem seus correlatos deveres¹¹³”.

A correlação entre direitos e deveres pode ser inicialmente verificada na afirmação de que “direitos fundamentais não são absolutos”, de modo que “existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir” seus respectivos alcances¹¹⁴. Contudo, insistir nessa asserção seria permanecer em equívoco, porque os deveres não têm função de restringir – ou limitar – os direitos, são os próprios direitos que contêm cláusulas limitadoras em suas previsões. Dizer, também, que a todo direito corresponde um dever, não está exatamente correto porque nem todo direito implica num dever, a não ser que se fale que ao direito de um implica o dever de reconhecimento e respeito por parte de outrem; contudo, isso não consiste exatamente num dever, mas num direito de ter reconhecido e respeitado um direito próprio – portanto, poder-se-ia dizer que se trata de um falso dever. Na verdade, a correlação entre direito e dever não é de

¹¹³ D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito, 2006, pp. 84-87.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488.

reciprocidade, ou seja, a um direito de alguém não é necessariamente correspondente um dever de outrem. O que se verifica é que tanto o direito quanto o dever pertencem à mesma pessoa, ou seja, são detidos por um mesmo indivíduo.

É interessante notar, como faz Casalta Nabais, que enquanto os direitos exprimem o aspecto ativo dos indivíduos perante Estado e sociedade, os deveres expressam o aspecto passivo da mesma relação, daí a coexistência entre direitos e deveres¹¹⁵. Isto é, considerando-se a mesma relação jurídica, os direitos representam o que o Estado deve proporcionar aos indivíduos, e os deveres, o que os indivíduos devem proporcionar ao Estado. Trata-se de um ciclo, onde algumas das prestações estatais dependem, ao menos em parte, do cumprimento de deveres pelos indivíduos, ou seja, há direitos que dependem da realização correta e efetiva de deveres.

Não se pode, contudo, confundir isso com a reserva do possível, já que se entende que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata ou que pelo menos não pode haver omissão legislativa. Pelo contrário, há deveres, como é o caso do dever fundamental de pagar tributo, que contribuem para potencializar a aplicabilidade imediata de alguns direitos, como é o caso, por exemplo, do direito à saúde. E isso é interessante porque o dever fundamental de pagar tributos ao Estado gera para este o dever de gerir bem os recursos provenientes desse pagamento, investindo-os corretamente. Da mesma forma, o direito à saúde gera o dever fundamental de pagar tributos pré-determinados ao Estado. Assim, pode-se, a princípio, constatar que: há direitos e deveres que cuja coexistência não implica qualquer relação, e há direitos e deveres cuja coexistência implica uma relação. Como exemplo para a primeira espécie de coexistência, pode-se citar o direito à livre disposição de si e o dever de prestar serviço militar; e como exemplo da segunda espécie, repete-se o exemplo entre o dever de pagar tributo e o

¹¹⁵ CASALTA NABAIS, José. Obra citada, 2004, p. 65.

direito à saúde. Cabe, ainda, notar que, conforme o precitado autor, embora se faça referência aos deveres como o aspecto passivo da relação entre os indivíduos e o Estado e/ou a sociedade, dizer que um e outro aspecto é ativo ou passivo, não quer dizer que o exercício, respectivamente, dos direitos e deveres seja necessariamente decorrente de uma situação ativa ou passiva dos sujeitos que os detêm¹¹⁶; ou seja, tanto os deveres quanto os direitos consistem em ações ou omissões de seus titulares.

Além dessa possível classificação dos deveres fundamentais quanto à relação entre o indivíduo e o Estado e/ou a sociedade, há também diversas outras possibilidades de classificá-los¹¹⁷. Assim, uma segunda classificação seria aquela que divide deveres em individuais e coletivos, ou seja, respectivamente, deveres que podem ser cobrados apenas de cada pessoa isoladamente considerada e deveres que podem ser cobrados de um grupo de indivíduos ou de toda a sociedade. Entretanto, essa divisão classificatória não possui qualquer utilidade, nem prática nem teórica, já que como se pode observar mesmo o dever de custear a seguridade social (art. 195, da CF/88), embora pareça um dever coletivo, na verdade é dever individual, visto que se trata, com efeito, do dever de pagar tributo, pagamento este feito por cada pessoa individual, e não coletivamente.

Terceira classificação é aquela que divide os deveres, a exemplo dos direitos, em três espécies: deveres em relação à liberdade; deveres em relação à igualdade; e deveres em relação à fraternidade. Os deveres em relação à liberdade são aqueles que têm a ver com o respeito aos direitos à liberdade dos indivíduos; trata-se, pois, do dever de não-uso de direito

¹¹⁶ CASALTA NABAIS, José. Obra citada, 2004, p. 65.

¹¹⁷ Além das classificações apresentadas neste trabalho, algumas outras podem ser encontradas, por exemplo, em: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Obra citada, 1987, p. 336; RUBIO LLORENTE, Francisco. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 62, 2001.

com finalidade de prejudicar (ou, de outro modo, do dever de não-abuso de direito) a situação jurídica de outrem; em suma, é um dever individual dirigido a outro indivíduo. Os deveres em relação à igualdade são os que têm a ver com o respeito aos direitos à igualdade dos indivíduos; consistem, assim, em deveres de promoção de situações que facilitem ou que proporcionem situação de igualdade entre os indivíduos; de tal forma, são deveres individuais voltados à sociedade. Os deveres em relação à fraternidade, por fim, são aqueles que têm a ver com o compromisso de manutenção de um ambiente equilibrado e saudável para o desenvolvimento dos direitos. Como se pode vislumbrar, tal classificação consiste na coexistência relacional de direitos e deveres, vale dizer, na necessária relação entre determinados direitos e certos deveres.

A classificação seguinte operaria no sentido de que há deveres fundamentais que são explicitamente previstos na Constituição e outros que o são implicitamente. Os deveres expressos podem facilmente ser extraídos dos enunciados normativos constitucionais, enquanto os implícitos decorrem do sistema constitucional (exemplo: dever de respeitar normas constitucionais e legais, ou de não violar a ordem constitucional), ou, interessantemente, advêm da leitura geral dos direitos fundamentais (exemplo: dever de respeitar direitos do próximo, ou de não intervir na situação jurídica de terceiros).

Quinta classificação é aquela que divide os deveres fundamentais em deveres estatais e individuais. Os deveres estatais geram direitos para os indivíduos, podendo-se afirmar que inexistem, propriamente, deveres constitucionais estatais, porque seriam direitos fundamentais. Tal entendimento torna-se claro com este exemplo: o que seria o dever estatal de conferir na maior medida possível à pessoa a proteção de sua saúde é, na verdade, o direito individual de gozar de proteção da saúde. Portanto, tal classificação serve apenas para

confirmar a ideia de que os deveres são individuais ou coletivos (com a ressalva de que ao menos no sistema constitucional brasileiro não existem deveres coletivos).

Utilizando-se da divisão classificatória dos deveres em expressa e implicitamente previstos na CF/88, é possível destacar os seguintes: de alistamento eleitoral e de voto obrigatórios para o cidadão brasileiro, naturalizado ou natural, não analfabeto e com idade entre 18 e 70 anos (art. 14, §1º, I e II, e §2); de alistamento no serviço militar obrigatório (art. 143, *caput* e §§ 1º e 2º); de pagar tributos (especialmente os arts. 145 e 195); de educar (art. 205); de zelo pelos direitos da criança e do adolescente (art. 227); de respeitar os direitos do próximo (consideradas as gerações passadas, presentes e futuras); de não abusar dos próprios direitos.

Há, ainda, que se acrescentar ao rol acima mais um dever, o de respeitar as normas constitucionais e legais, ou, como se há de preferir, o sistema normativo constitucional. Preferiu-se não incluí-lo logo na lista acima, para que se fizesse mais adequadamente a seguinte observação: normas constitucionais que estabelecem as organizações do Estado e dos Poderes não são normas que instituem propriamente deveres, mas normas de competência e organização que têm de ser respeitadas em decorrência do próprio sistema constitucional. Ou seja, há o dever de respeitar as normas constitucionais e legais que estabelecem critérios de competência e de organização voltados ao Estado e aos Poderes estatais. Além disso, é de se observar que mesmo o que se poderia chamar de deveres genéricos de legislar, julgar e administrar/executar não são propriamente deveres, mas normas de competência que devem ser respeitadas.

Peces-Barba Martínez formula, com base em suas ponderações sobre os deveres fundamentais, um conceito para estes, em que trabalha com as seguintes ideias¹¹⁸: “dimensões

¹¹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Obra citada, 1987, p. 336.

básicas da vida do indivíduo em sociedade”; “bens de importância primordial”; “satisfação de necessidades básicas para organização e funcionamento das instituições públicas”; “exercício de direitos fundamentais”. Essas ideias têm a ver com a maioria dos deveres fundamentais abarcados pela CF/88, de modo que para apresentar um rol mais completo de ideias que, a princípio, devem estar presentes num conceito de deveres fundamentais, adicionam-se mais quatro¹¹⁹: “vedação ao uso de direitos para prática de ilícitos”; “vedação ao uso de direitos para justificar irresponsabilidade civil”; “vedação ao uso de direitos para anular outros direitos constitucionais”; “vedação ao uso de direitos para anular os mesmos direitos de outras pessoas”.

Todas essas ideias permitem que se comece a formar um conceito adequado e plausível de deveres fundamentais: deveres que cada indivíduo tem ante o Estado e a sociedade de: (a) dar meios para a formação de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância, para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais¹²⁰; (b) respeitar a situação jurídica de terceiros e as normas constitucionais e legais.

Pode-se observar que parte desse conceito já havia sido desenvolvida na seção sobre os direitos fundamentais, onde se obteve uma *cláusula limitativa* ao seu exercício: respeito à situação jurídica de terceiros e respeito às normas legais e constitucionais vigentes. Embora seja cláusula limitativa, não se lhe pode confundir com uma norma restritiva ou limitativa de direitos, hipótese em que não se constituiria como dever fundamental. Pelo contrário, são dois deveres fundamentais

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. Obra citada, 2008, p. 488.

¹²⁰ Conclusão parecida parece ter Ernesto Garzón Váldes (Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, n. 3, 1986, p. 17): “Deberes positivos generales son aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial”.

tratados como cláusula limitativa ao exercício de direitos fundamentais. A cláusula limitativa refere-se apenas ao exercício dos direitos às liberdades por cada indivíduo, mudando apenas aquilo que no sistema constitucional de uma sociedade se entende por respeitar a situação jurídica de terceiros, isto é, que limites devem ser respeitados no exercício de liberdades individuais, e aquilo que é prescrito por normas constitucionais e legais.

O interessante é que aquilo que aqui se convencionou chamar de cláusula limitativa contém deveres constitucionais implícitos, ao passo que os deveres expressos formam a primeira parte do conceito de dever jurídico fundamental. Essa primeira parte, portanto, confirma os direitos minimamente importantes a toda e qualquer pessoa como aqueles decorrentes de um necessário suprimento de base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de importância primordial, para haver o correto exercício de direitos fundamentais. A diferença quanto ao grupo de direitos apresentado ao final da seção anterior é de que dois dos direitos (à não-interferência dos indivíduos na situação jurídica de outrem e à não-violação da ordem constitucional) são, na verdade, deveres.

É importante que as duas classes de deveres sejam bem explicadas, para que se chegue a um conceito pelo menos provisório do que são deveres jurídicos fundamentais. Pois bem, a conclusão provisória à qual se chegou logo acima, é que existem duas classes de deveres, uma que funciona basicamente como garantidora de direitos e outra, como garantidora da ordem constitucional. Contudo, essa concepção não será utilizada neste trabalho, pelo seguinte motivo: a classe de deveres garantidora da ordem constitucional já abarca por si só a outra classe, já que os direitos garantidos estão previstos na ordem constitucional. Assim, permanece, por ora, a cláusula limitativa, sendo preciso procurar outro modo de se chegar a

uma melhor formulação do conceito de deveres fundamentais da pessoa humana.

Vislumbra-se esse outro caminho no rol de deveres constitucionais um pouco acima oferecido, em que se listavam os seguintes: alistamento eleitoral e voto para o cidadão brasileiro não-analfabeto com idade entre 18 e 70 anos; alistamento no serviço militar; pagar tributo; educar; zelar pelos direitos da criança e do adolescente; respeitar outras pessoas, inclusive seus direitos; não abusar dos próprios direitos. Essa maneira parece melhor por permitir trabalhar com algumas das classificações apresentadas acima. Por exemplo, os dois primeiros deveres em que o sujeito deve se alistar (eleitoral – votar é consequência necessária – e militarmente) são, muito claramente, deveres de cidadãos brasileiros, naturais ou naturalizados, apenas. Na mesma esteira, os deveres de educar e de zelar pelos direitos da criança e do adolescente são deveres daqueles que constituem família. De outro modo, o dever de pagar tributo direciona-se a todos que estiverem em território brasileiro, praticando os fatos geradores respectivos, e, também assim, deveres de respeitar ao próximo (e seus direitos) e de não-abusar dos próprios direitos.

A aparente facilidade de se trabalhar por este caminho surge quando, lembrando a teoria de justiça como equidade, verifica-se que na posição original os indivíduos são todos idênticos, possuindo os mesmos interesses e preferências, ou seja, não há a diferença entre cidadãos e não-cidadãos, de modo que originalmente os indivíduos não escolhem princípios em que estejam previstos deveres a serem cumpridos apenas por uma parte da sociedade. Assim, não há como os deveres de alistamento eleitoral e de alistamento militar serem obrigatórios; o que pode haver é um dever moral de eleger os governantes e outro de proteger a pátria, mas que não são juridicamente obrigatórios. Por este mesmo argumento, podem-se afastar os deveres de educar e zelar pelos direitos da criança

e do adolescente. É que por considerar que as pessoas na posição original são idênticas, só conhecendo de fatores genéricos que permitam que o consenso sobreposto contenha uma dose de razoabilidade onde se discuta apenas a melhor forma de elaborar e de escolher os princípios de justiça, se permite dizer que não há pais e filhos, nem outros familiares, e nem mesmo diferenças etárias. Ora, se existisse na posição original a relação familiar ou a diferenciação etária, o argumento de os indivíduos nesta posição serem idênticos estaria equivocado, o que não é verdade. Assim, nesta posição todos os indivíduos têm uma mesma relação entre si e a mesma idade. Desta feita, é impossível, ou paradoxal, que os indivíduos na posição original sejam idênticos e escolham, e aceitem essa escolha, de que determinados deveres devem ser observados apenas por alguns sujeitos, mas não por outros.

Resta, pois, apenas o dever fundamental de pagar tributo, o único genérico e que poderia, perfeitamente, ser escolhido por indivíduos idênticos na posição original. O caminho que leva, portanto, a um conceito plausível e adequado de dever jurídico constitucional espeda-se em sua explicação, adotando-se, neste trabalho, ao menos provisoriamente, o respectivo resultado.

A constatação de que o Estado brasileiro é de natureza fiscal não é difícil em razão de que pelo menos teoricamente os tributos por ele instituídos têm como objetivo único financiar as atividades que são de sua responsabilidade. Aqui, refere-se a Estado num sentido amplo, englobando todas as pessoas políticas que podem vir a instituir tributos. Pode-se, então, perguntar que atividades de responsabilidade do Estado são estas? A resposta a esta questão é fundamental para o desenvolvimento do raciocínio aqui pretendido a fim de obter um conceito adequado e plausível para deveres jurídicos constitucionais.

As atividades de responsabilidade do Estado e que são

financiadas por tributos são aqui referidas como oportunidades básicas, ou necessidades primárias, cujo fornecimento pelo Estado deve sempre existir, devido à ligação estreita entre elas e o mínimo existencial. Assim, o dever fundamental de pagar tributo relaciona-se sobremaneira com os direitos mínimos que devem ser assegurados pelo Estado através de prestações. Ou seja, à pergunta que pode ser feita sobre que necessidades seriam primárias é respondida por meio de pesquisa na CF/88 de que prestações estatais direcionadas para a garantia de direitos mínimos são tributadas. Encontrar que prestações tributadas são estas é a resposta que se procura não apenas à questão logo acima formulada, mas também à formulação de um conceito de deveres fundamentais.

No primeiro título da CF/88 encontram-se no art. 3º os objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem distinções. Esses objetivos são repetidos no decorrer da CF/88. Como instituir tributos não é nem direito nem dever – o dever é de pagar tributos, e o direito é de que o Estado saiba investir o dinheiro arrecadado em oportunidades iguais para as pessoas –, afasta-se a discussão pela obrigatoriedade ou não de sua instituição. Pode-se oferecer um caminho à resposta de que necessidades podem ser consideradas primárias a partir da observação de alguns dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o art. 195, que estabelece que a seguridade social (isto é: a saúde, a previdência social e a assistência social) será financiada por toda a sociedade, tanto direta quanto indiretamente, por recursos provenientes do Estado e por contribuições sociais específicas (art. 195, I a IV). Outra preocupação do constituinte foi com a educação e com o desenvolvimento e manutenção do ensino, mantidos através de receita resultante de impostos instituídos pelo Estado (art. 212).

Pode-se citar, também, o art. 216, que estabelece a colaboração da comunidade com o poder público para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, de forma que não é – embora o constituinte derivado diga – faculdade, e sim dever do Estado aplicar parte de sua receita tributária em programas voltados para a cultura. Ao Estado também cabe destinar recursos públicos para promoção do desporto educacional e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento (art. 217). O Estado também deverá promover, vinculando parte de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, não sendo isso mera faculdade (art. 218).

Extraíndo-se das observações feitas com base em dispositivos constitucionais logo acima, pode-se chegar a lista provisória de necessidades primárias: saúde, previdência e assistência social, educação, desenvolvimento do ensino e da pesquisa tecnocientífica, cultura e desporto educacional e de alto rendimento. Isso tudo depende de destinação do orçamento estatal, formado através de arrecadação tributária, e plasmado em serviços públicos e em obras públicas. Portanto, é dever do Estado, financiado pelos indivíduos, oferecer-lhes essas necessidades num grau mínimo existencial capaz de viabilizar o exercício dos direitos mínimos. Pagar os tributos é, portanto, um dever essencial para a efetivação dessa viabilização. Ou, dito de outra forma, o oferecimento de oportunidades viabilizadoras do exercício dos direitos só ocorre se os indivíduos cumprem com o seu dever jurídico fundamental de pagar tributos.

Esse dever fundamental não se refere apenas à garantia do exercício pelas pessoas de seus direitos mínimos, mas também ao mínimo de subsistência do Estado, no que se pode chamar, por assim dizer, de custo operacional, referente aos gastos necessários do Estado e suas respectivas entidades públicas na realização de obras e de serviços públicos, e que,

“se não for satisfeito, põe em perigo a existência do estado¹²¹”. É preciso anotar que o fato de o Estado necessitar financiamento pela sociedade tem ou deveria ter como único objetivo que o aparato estatal fosse capaz de realizar os direitos mínimos sem falir “por incapacidade financeira¹²²”, de maneira que essa necessidade de financiamento não permite, ou pelo menos não deveria permitir uma carga tributária excessiva. A relação entre uma carga tributária alta e o oferecimento pelo Estado de oportunidades viabilizadoras do exercício dos direitos mínimos para estar correta, isto é, para ser constitucionalmente válida, só pode ser uma: potencializar essas oportunidades; contudo, se nem as oportunidades básicas são satisfeitas, não faz sentido existir uma pesada carga tributária. Até porque, e é preciso destacar, a instituição de alta carga tributária sem a devida contraprestação pelo Estado cerceia o exercício dos direitos mínimos pelos seres humanos.

Diante de tudo que foi dito, verifica-se que um conceito de dever jurídico fundamental (ou constitucional) adequado é aquele que permite dizer o seguinte: os indivíduos têm o dever fundamental de pagar tributo destinado ao financiamento do aparato estatal envolvido na concretização de oportunidades viabilizadoras do exercício dos direitos mínimos. Qualquer tributo que não se relacionar a esse fim é, em tese, inconstitucional. Mas esse conceito não está completo, já que lhe falta a chamada cláusula limitativa obtida no capítulo anterior, ou seja, os indivíduos têm direitos mínimos que devem ter assegurado seu exercício, que não pode, contudo, interferir na situação jurídica de terceiros e nem violar a ordem constitucional. Assim, um conceito completo de deveres fundamentais é o subseqüente: os indivíduos têm o dever de pagar tributos destinados ao financiamento do aparato estatal envolvido na concretização daquelas oportunidades

¹²¹ CASALTA NABAIS, José. Obra citada, 2004, p. 216.

¹²² CASALTA NABAIS, José. Obra citada, 2004, p. 216.

viabilizadoras do exercício dos direitos mínimos sem que este exercício interfira na situação jurídica de terceiros e nem viole a ordem constitucional.

