

ATIVISMO JUDICIAL E A VULGARIZAÇÃO DA NOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (O).

Marcelo Di Rezende

Advogado, Mestre em Direito pela PUC-GO, Especialista em Ciências Criminais, Direito Médico, Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Empresarial, Professor Universitário, autor dos Livros "Reflexões sobre o Direito no início do século XXI" e "Academia Goiana de Direito", membro da Academia Goiana de Direito, da Academia Goianiense de Letras, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

RESUMO: Temos hodiernamente que, o aumento de novos direitos intitulados como fundamentais, possam vulgarizá-los a ponto de que todos os demais direitos da Carta Magna sejam enquadrados por todos como também o sendo. O presente artigo tem por objetivo verificar se em verdade os tão decantados e importantes direitos fundamentais de nossa Constituição encontram-se no mesmo nível de outros direitos constitucionais que, embora não sejam fundamentais, são colocados por alguns equivocadamente neste patamar.

Palavras chave: Vulgarização, noção, direitos, fundamentais, Constituição.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo, como o próprio título já informa, tem como pretensão discorrer sobre as tentativas de se vulgarizar os direitos fundamentais ditados em nossa Carta Magna, aliado à preocupação de supostamente se impor limites às decisões judiciais, fazendo nascer o chamado fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial.

Evidencia-se que cada vez mais tem se "exigido" a positivação dos direitos e garantias fundamentais expressos no Texto Constitucional de 1988, direitos estes que são considerados indispensáveis à pessoa humana e necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

Para tanto, torna-se necessário expormos, por necessário, primeiramente, sobre os direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, demonstrando a necessidade de tais direitos terem aplicabilidade imediata, dada sua importância, bem como mencionar, brevemente, o surgimento de tais direitos, seu

conceito, características, funções, gerações/dimensões e previsão legal, para, ao final deste artigo, abordar-se com propriedade a vulgarização dos direitos fundamentais.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PREVISÃO LEGAL

Os direitos fundamentais encontram-se previstos na CF/88, salientando Rodrigo César Rebello Pinho que todas as Constituições brasileiras contiveram enunciados de direitos individuais: a de 1824; a de 1891; a de 1934; a de 1937; a de 1945; a de 1946; a de 1976; e a de 1969, sendo, no entanto, a CF/88 que inovou ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado, bem como ao incorporar junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos¹.

Na Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, cabia destaque o processo de positivação dos direitos do homem. A referida Constituição declarava garantida a inviolabilidade de inúmeros direitos, tais como a liberdade, a igualdade, a segurança individual e a propriedade. Todavia, na prática, tais garantias e direitos só alcançavam a uma classe, a aristocracia.

Proclamada a República em 1889, o cenário não sofreu grandes modificações. A Constituição de 1891 deixou estabelecido como forma de governo a República Federativa; perfilhou a democracia representativa e o presidencialismo, abandonou a divisão quadripartida do Império e abrigou a tripartida de poderes. Viase, então, uma Constituição atenta aos direitos e garantias imprescindíveis a uma nação.

No ano de 1934, convocada uma Assembléia Constituinte, elaborou-se uma nova Constituição que perdurou por pouco mais de 03 (três) anos quando então adveio o Golpe de Estado (1937), permanecendo até a promulgação da CF/46. A referida CF/46, consignou os denominados “direitos de segunda geração”, passando a gerar um período de liberdade democrática. Entretanto, ocorreram conflitos constitucionais, trazendo, dentre várias conseqüências, o golpe de 1964.

O golpe militar de 1964 produziu duas Constituições, que apesar de preverem declarações de direitos humanos, faziam prevalecer o princípio da segurança nacional sobre todos os demais. Assim, em nome do princípio da

¹PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 74-75.

segurança nacional, os que detinham o poder faziam o que queriam, ou seja, invadiam domicílios, fechavam lugares, suspendiam direitos políticos e até desapareciam com pessoas.

Não obstante a todos estes mandos e desmandos, a sociedade aprimorou o conhecimento sobre os direitos humanos e caminhou até a CF/88. A CF/88, chamada de “Constituição Cidadã”, foi amplamente voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos, passando a prever inúmeros direitos fundamentais. Em outras palavras, a CF/88 elencou os direitos fundamentais em seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais,” subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II - Dos Direitos sociais; III - Da Nacionalidade; IV - Dos Direitos Políticos; e V - Dos Partidos Políticos.

Ressalta Rodrigo Cesar Rebello Pinho, inclusive, nesse contexto, que “(...) dentro da sistemática adotada pela Constituição brasileira, o termo “direitos fundamentais” é gênero, abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos (...)”².

Os direitos individuais, de uma forma geral, encontram-se no artigo 5º da Constituição de 1988. Dentre eles, citam-se a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres; a livre manifestação do pensamento; o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem; a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; a inviolabilidade da casa; do sigilo de correspondência; o livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; a livre locomoção; o direito de propriedade; o direito de herança; o direito de petição aos Poderes Públicos; o sigilo das votações, dentre inúmeros outros.

Os direitos coletivos (que representam os direitos do homem) também encontram-se dispostos no artigo 5º da CF/88. São os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade, a propriedade, etc., e encontram-se regulamentados em vários incisos do artigo 5º do Texto Constitucional de 1988.

²PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 68.

Os direitos sociais, por sua vez, subdividem-se em direitos sociais propriamente ditos (artigo 6º da CF/88) e direitos trabalhistas (artigo 7º ao 11 da CF/88). A finalidade dos direitos sociais refere-se à melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando, desta forma, a igualdade social. Dentre eles, citam-se os direitos referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, etc.

Os direitos à nacionalidade, por sua vez, encontram-se regulamentados nos artigos 12 e 13 da CF, ressaltando-se que a nacionalidade significa, em síntese, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um determinado Estado, fazendo com que ele se torne um efetivo membro do povo, capacitando-o a exigir sua proteção do Estado, ao passo que este mesmo Estado sujeita-o a cumprir determinados deveres.

E, por fim, os direitos políticos (direito de participação na vida política do Estado; direito de votar e de ser votado, etc.), estão disciplinados nos artigos 14 a 17 da Constituição, sendo que os direitos políticos são os direitos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania.

Em síntese, verifica-se que na atual Constituição houve a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ademais, pode-se afirmar que a Constituição de 1988: 1) teve, como base, o princípio da dignidade da pessoa humana; 2) tutelou novas espécies de direitos (denominados “interesses coletivos e difusos”), como por exemplo, o meio ambiente; os direitos do consumidor; o patrimônio histórico e cultural, dentre outros; e 3) valorizou os direitos sociais, com a criação de novos direitos (tal como a licença-paternidade) e também a ampliação de outros já existentes na esfera trabalhista (vide férias acrescidas de 1/3; aviso prévio proporcional, etc.).

3. A VULGARIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme demonstrado anteriormente neste artigo, inúmeros são os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Porém, ressalta Roger Stiefelmann Leal, nesse diapasão, que:

Várias são as questões que se colocam atualmente ao se tratar de direitos fundamentais.

Fenômeno que particularmente tem-se constatado é o da desenfreada proliferação de novos direitos rotulados de fundamentais. Principalmente na última metade deste século, verifica-se a enunciação, em sede constitucional e internacional, de novos direitos que refogem às tradicionais categorias concebidas como direitos fundamentais da pessoa humana. **A questão dos direitos fundamentais, a partir de tal fenômeno, encontra-se num paradoxo entre um dinamismo essencial decorrente da própria noção de direitos fundamentais e uma necessidade de conservar a integridade e a credibilidade da tradição jurídico-teórica dos mesmos**³. [grifa-se].

Isto significa que o aumento excessivo da quantidade de direitos “ditos” fundamentais inscritos no texto da atual Constituição, além da admissão de outros direitos e garantias fundamentais implícitos, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte, acaba por conduzir a questionamentos a respeito da adequação desses direitos⁴, conforme salienta Roger Stiefelmann Leal.

Em outras palavras, entende o autor supracitado que o processo de proliferação de novos direitos “rotulados” como fundamentais refogem às tradicionais categorias concebidas como direitos fundamentais da pessoa humana⁵.

Por esse motivo, fala-se em “vulgarização dos direitos constitucionais”, ou seja, começa a se questionar se todos esses direitos, previstos constitucionalmente como sendo “fundamentais”, são realmente verdadeiros direitos fundamentais.

Igualmente entende Roger Stiefelmann Leal, mencionando:

Sob um outro enfoque, **poder-se-ia falar de uma desvalorização da noção de direitos fundamentais**, isto é, ao se afirmar que todos

³LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 17 de mar. de 2010.

⁴Idem.

⁵Idem.

esses direitos são direitos fundamentais (...), **haveria uma vulgarização da própria conotação de direitos fundamentais.**

A partir dessas idéias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais.

Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal⁶. [grifa-se].

Jorge Miranda entende, inclusive, que ao se considerar os direitos econômicos e sociais como sendo direitos fundamentais, corre-se o risco de desvalorizá-los. Na verdade, prossegue o autor, “(...) eles não são desvalorizados por não admitirem tutela jurisdicional eficaz, mas desvalorizadores da noção de direitos fundamentais (...)”⁷.

Desta forma, explica Roger Stiefelmann Leal, nesse sentido, que:

A vulgarização da noção de direitos fundamentais tem, sem sombra de dúvida, raízes na implementação dos direitos sociais nos textos constitucionais de vários países.

Não haveria de ser diferente, uma vez que se estabeleceu na declaração de direitos fundamentais prevista na Constituição direitos que não são direitos⁸. [grifa-se].

Para o autor mencionado, portanto, estabeleceu-se, na Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais que não são realmente direitos fundamentais, e, por isso, entende o autor que houve a “vulgarização da noção de direitos fundamentais”⁹.

Não restam dúvidas de que se já é muito complicado qualificar os direitos sociais como direitos, que se dirá da sua condição de direito fundamental? Cremos,

⁶Idem.

⁷MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social**. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 1, out/dez de 1992.

⁸LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 17 de mar. de 2010.

⁹Idem.

com solidez, que os direitos fundamentais da pessoa humana, inicialmente, são aqueles direitos essenciais dos seres humanos de modo a permitir o seu pleno desenvolvimento individual e em sociedade.

Aí surge a indagação: Como considerar fundamental, essencial um direito social se nem ao menos há meios de garanti-los? Ao serem colocados no mesmo patamar injusto, direitos sociais como fundamentais, estamos a admitir que é menos complicado tutelar um direito decorrente de um contrato celebrado entre particulares do que um direito estabelecido pelo Código Nacional de Trânsito, por exemplo, ou ainda, *in casu*, do que um direito fundamental da pessoa humana consagrado na Constituição. Tais direitos, entendemos, mancos das características de direito mesmo, não podem ser alçados à categoria de direitos fundamentais, isso é mais do que uma vulgarização. Temos por bem em ousar dizer neste singelo texto, que os direitos sociais e econômicos, pois, embora qualificados na Carta Magna, não são direitos fundamentais, vez que não detém a mínima qualidade para os serem, são direitos que, de acordo com nosso estudo, não podem ser sequer exigidos, mesmo que tenham sido equivocadamente inscritos como fundamentais na Constituição não os são!

Em sendo assim, como podemos falar de um direito se não poderemos garanti-lo na via judicial, pois qualquer violação a este suposto direito não poderia ser, desde logo, sancionada ou compensada. A intenção da sociedade é louvável, isto é, de tentar garantir mais direitos para si, colocando-os a níveis elevados, todavia, tal meta, não pode ser realizada atropelando elementos conceituais que são os mesmos que conceituam corretamente o que são direitos fundamentais, o que não é o caso dos direitos sociais, que tem conceitos estruturalmente incompatíveis entre si.

A inexistência, em termos práticos, de tutela judicial aos direitos sociais coloca-os em confronto com a própria idéia de direito fundamental é o que afirma Loewenstein em seu *Teoría de la Constitución*. Barcelona, dizendo ainda “que os direitos sociais não são direitos em sentido estrito, já que não podem ser exigidos

judicialmente do Estado antes de terem sido institucionalizados por uma ação estatal”.¹⁰

Norberto Bobbio se manifestou sobre o assunto na obra *A Era dos Direitos*, dizendo:

...“Tanto é assim que na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?...”. [grifa-se].¹¹

Depreende-se, do exposto, que a incorporação de direitos sociais e econômicos sob a forma de direitos fundamentais acabou por admitir novos direitos que não poderiam ser enquadrados como direitos fundamentais. Em outras palavras, prevêem-se, na Constituição de 1988, direitos econômicos e direitos sociais que são rotulados de fundamentais, mas que na realidade, não o são, levando-se, como consequência, à degradação da noção de direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar neste artigo, a vulgarização que vem sendo imposta à noção dos direitos fundamentais no Brasil, no que cremos, representa

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1970, 2ª ed., p. 401.

¹¹ BOBBIO, Norberto - *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp. 77-78.

ainda um urgente desafio para todos os operadores do Direito, especialmente para nossos julgadores, que necessitam perscrutar tais institutos em paralelo ao surgimento da judicialização da política e do ativismo judicial, para terem uma melhor compreensão dos mesmos no seu âmbito laboral.

Temos que o surgimento destes ainda novéis fenômenos, devem ser também entendidos sob o prisma daqueles que, por um motivo ou outro, não concordam com as decisões oriundas do Poder Judiciário, precipuamente aquelas que lhes são desfavoráveis, visto que entendemos que o ativismo judicial deve também estar inserido no próprio processo de efetivação dos direitos fundamentais.

Verificou-se que inúmeros são os direitos fundamentais previstos na atual Constituição e que tais direitos têm aplicação imediata, dada a sua importância.

A maioria dos direitos fundamentais são, além de necessários, imprescindíveis e apresentam, como características, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade e a limitabilidade.

No entanto, percebemos que a quantidade excessiva de direitos “ditos” como fundamentais inseridos no Texto Constitucional de 1988, ou seja, a proliferação de novos direitos “rotulados” como fundamentais, podem acabar ocasionando a vulgarização da noção desses direitos, porque muitos deles, entendidos como sendo equivocadamente fundamentais (dentre eles, os direitos econômicos e sociais, como entende parte dos doutrinadores brasileiros), não são realmente fundamentais, o que podem trazer imenso prejuízo a quem os reclama e a quem sejam endereçados.

Em outras palavras, entende-se que a “multiplicação” de direitos fundamentais gera, portanto, como consequência, a sua desvalorização, entendendo-se, diante do exposto, que apenas os direitos extremamente relevantes deveriam fazer rol dos direitos fundamentais, ou seja, somente os direitos universais, algo que a todos os homens devesse ser assegurado e do qual ninguém pudesse ser privado, pois estes sim, são os autênticos direitos fundamentais, inerentes a qualquer Constituição vinda de um país democrático.

Por fim, queremos ressaltar que o Poder Judiciário, com fulcro nos argumentos da judicialização da política e de ativismo judicial, está, autenticamente,

cumprindo o que ditam as normas da Constituição Brasileira, seja para garantir a efetividade de seus próprios cânones, seja para demonstrar que suas decisões estão atentas e atualizadas com as políticas públicas de cunho social vigentes sem nosso país.

5. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto - *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1997.

BULUS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1992.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 17 de mar. de 2010.

LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1970, 2ª ed.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os direitos fundamentais na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.ido.org.br/dt.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ltda., 1998.

_____. *Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, out/dez de 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLE, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.ornet.com.br/pages/idp/dise.num>. Acesso em: 15 de mar. de 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos fundamentais de 3ª geração*. Disponível em: <http://www.telajuridica.com/at/dir3ger.htm>. Acesso em: 16 de mar. de 2010.