

ORGANIZADOR

Edilson Vitorelli

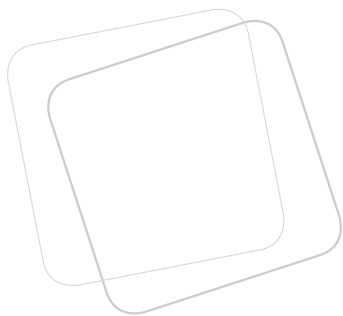
*Manual de*  
**Direitos Difusos**

2ª edição

revista, atualizada e ampliada

2019

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



# TUTELA COLETIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA HERMENÊUTICA DE EQUILÍBRIO

Samuel Sales Fonteles<sup>1</sup>

**Sumário:** **1.** O problema da leitura parcial e deturpada dos direitos fundamentais: quando direitos são invocados para satisfazer interesses contratuais, governamentais, estatais ou pessoais – **2.** O fenômeno da constitucionalização do Direito: **2.1.** A constitucionalização do Direito do Consumidor; **2.2.** A constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente; **2.3.** A constitucionalização do Direito Ambiental – **3.** Um conceito (analítico) de direitos fundamentais: **3.1.** "...dotados de uma singular dignidade..."; **3.2.** "...alojam-se explícita ou implicitamente nas entranhas de uma Constituição ou nas fontes autorizadas pelo constituinte...": **3.2.1.** Fundamentalização formal e material de direitos; **3.2.1.1.** Fundamentalização formal; **3.2.1.2.** Fundamentalização material; **3.2.2.** A inflação de direitos fundamentais e a fiscalização a ser desempenhada pelo Ministério Público como fiscal da ordem jurídica; **3.3.** "...para atribuir posições jurídicas a pessoas, individual ou coletivamente consideradas...": **3.3.1.** Sujeito ativo de direitos fundamentais; **3.3.2.** Sujeito passivo de direitos fundamentais – **4.** Eficácia dos Direitos Fundamentais: **4.1.** Eficácia horizontal dos direitos fundamentais no campo dos direitos metaindividuais; **4.1.1.** Eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Direito do Consumidor; **4.1.2.** Eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito das pessoas portadoras de deficiência; **4.1.3.** Eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Direito Sanitário – **5.** Direito versus Garantias Fundamentais – **6.** Características dos Direitos Fundamentais: **6.1.** Inalienabilidade; **6.2.** Irrenunciabilidade; **6.3.** Indisponibilidade; **6.4.** Relatividade – **7.** Colisões de Direitos Fundamentais – **8.** Restrições a Direitos Fundamentais: a Teoria dos Limites dos Limites (schraken-schraken) – **9.** Metodologia para a aplicação da proporcionalidade: **9.1.** As duas faces da proporcionalidade: proibição do excesso (Übermassverbot) e vedação à proteção insuficiente (Untermassverbot): **9.1.1.** A vedação à proteção insuficiente (Untermassverbot) e os mandados de criminalização; **9.1.2.** A vedação à proteção insuficiente (Untermassverbot) e a necessidade de prisão preventiva – **10.** Contributos do método tópico-problemático para uma leitura de equilíbrio das franquias constitucionais: topoi especiais – **11.** Teoria dos Deveres Fundamentais: **11.1.** O dever de lealdade processual

<sup>1</sup> Promotor de Justiça em Goiás; Ex-Promotor de Justiça em Rondônia; Mestrando em Direito Constitucional (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP – Brasília); Especialista em Direito Público (Universidade Federal do Ceará – UFC); Professor de Direito Constitucional.

como dever fundamental – **12.** Direitos Fundamentais Putativos: **12.1.** “Direito fundamental ao aborto”: **12.1.1.** Da ilicitude do abortamento, mesmo sem o Código Penal; **12.1.2.** Da necessária criminalização do aborto à luz da vedação à proteção insuficiente (Untermassverbot); **12.1.3.** Direitos Reprodutivos versus Direito à Vida: o princípio da concordância prática e a preservação do núcleo essencial; **12.1.4.** O verdadeiro conteúdo dos direitos reprodutivos e o lema “meu corpo, minhas regras” (my body, my rules): **12.1.4.1.** Meu corpo, minhas regras: autonomia ou soberania?; **12.1.4.2.** Direitos Reprodutivos; **12.1.5.** Da gênese da vida: um conceito lógico-jurídico, e não jurídico-positivo; **12.1.6.** Aspectos processuais e de mérito; **12.2.** “Direito fundamental ao suicídio”: **12.2.1.** Eutanásia; **12.2.2.** Ortotanásia; **12.3.** “Direito de mentir”; **12.4.** Direito ao esquecimento – **13.** Direitos fundamentais (dos) esquecidos: **13.1.** Direitos fundamentais da vítima e de seus familiares; **13.2.** Direitos fundamentais da sociedade: **13.2.1.** O que se entende por “cidadão de bem”? (Um componente ético como substrato teórico para membros do Ministério Público que atuam na curadoria da probidade administrativa e da segurança pública); **13.3.** Direito fundamental de repúdio à impunidade: **13.3.1.** Direito fundamental de repúdio à impunidade e o princípio da isonomia; **13.3.2.** Direito fundamental de repúdio à impunidade e o princípio da segurança pública; **13.3.3.** Direito fundamental de repúdio à impunidade e o princípio da segurança jurídica; **13.3.4.** Direito fundamental de repúdio à impunidade e o princípio da proporcionalidade; **13.3.5.** Direito fundamental de repúdio à impunidade em um tempo razoável: **13.3.5.1.** Abuso no direito de recorrer; **13.3.5.2.** O princípio da presunção de inocência: do HC 84078-7/MG ao HC 126.292/SP; **13.4.** O direito fundamental à segurança pública: **13.4.1.** O direito fundamental à ressocialização dos presos recuperáveis; **13.4.2.** O direito fundamental à neutralização da periculosidade dos irrecuperáveis; **13.5.** Direito fundamental ao contraditório no habeas corpus; **13.6.** Mandado de segurança criminal como garantia fundamental de índole difusa: **13.6.1.** Periculum in mora pro societate; **13.6.2.** O mandado de segurança está para a sociedade como o habeas corpus está para o indivíduo; **13.6.3.** O mandado de segurança criminal como ferramenta para assegurar a concessão ope iudicis de efeito suspensivo recursal; **13.7.** Direito à dignidade dos agentes de segurança pública – **14.** Referências bibliográficas.

## **1. O PROBLEMA DA LEITURA PARCIAL E DETURPADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUANDO DIREITOS SÃO INVOCADOS PARA SATISFAZER INTERESSES CONTRATUAIS, GOVERNAMENTAIS, ESTATAIS OU PESSOAIS**

João, nobre advogado, invoca argumentativamente direitos fundamentais em socorro do seu cliente, mas é duvidoso se o causídico está mesmo convicto da inocência daquele que o remunera. José, digno procurador, exara um parecer no sentido de que uma medida de governo, impopular, é reclamada pelo interesse público, mas talvez tenha ciência de que essa medida só atende ao interesse público secundário. Maria, combativa defensora pública, vale-se de inúmeros direitos fundamentais no patrocínio do seu assistido, porém, às vezes, as teses levantadas são fruto de uma primorosa estratégia de defesa, não exatamente das suas convicções técnicas.

O papel tudo aceita. Quem tem boca diz aquilo que lhe aprouver.

Os exemplos sobreditos possuem um traço em comum: em todos os casos narrados, os direitos fundamentais foram instrumentalizados como um álibi para a persuasão. De fato, nada mais persuasivo do que essa gama tão seleta de direitos,

categoria que é capaz de emprestar ares de respeitabilidade ao mais inconsistente pleito jurídico.

Nas situações descritas, os direitos fundamentais foram invocados para satisfazer interesses contratuais (do cliente), governamentais (do governo), estatais (da fazenda pública) ou mesmo pessoais (do assistido). Não se ignora o fato de que há, sim, advogados convictos da defesa que sustentam, procuradores independentes nos pareceres que exaram e defensores que evitam trair a própria consciência. Porém, em comum, todos esses profissionais atuam, no exercício da atividade postulatória, *a serviço de uma parte processual*. São, por excelência, *processualmente parciais*. Por conseguinte, parece muito natural e até previsível que, com alguma frequência, esses protagonistas efetuem uma *leitura tendenciosa* dos direitos fundamentais.

O fenômeno descrito é explicado pela Psicologia Social norte-americana. Na lição de David. G. Meyers<sup>2</sup>, a palavra “**papel**” designa “*um conjunto de normas que define como as pessoas em uma dada posição social devem se comportar*”. Segundo ele, “*em uma nova carreira, como professor, soldado ou pessoas de negócios, representamos um papel que molda nossas atitudes*”. É fácil visualizar isso no mundo jurídico que nos circunda. Alexandre de Moraes, à época Ministro da Justiça, muniu-se de um facão e empenhou-se em arrancar do solo plantações da herbácea *cannabis sativa*, em um contexto simbólico de guerra às drogas. Sua avaliação desfavorável ao vegetal e à narcotraficância seriam indicativos seguros do seu comportamento como Ministro do STF, em uma ação vocacionada a debater a constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, Lei n.º 11.343/06)? Sabe-se que Moraes desvencilhou-se do papel de Ministro da Justiça, reconhecendo-se atualmente como Ministro do STF. A simples alternância de cargos implica uma distinção do que tecnicamente podemos chamar de *papeis* (*role plays*). Ora, as ações esperadas de quem chefia o Ministério da Justiça são distintas das expectativas que recaem sobre um Juiz da mais alta Corte, porque ambos desempenham *papéis* diferentes.

Curiosamente, mesmo que os direitos fundamentais sejam inicialmente utilizados como um instrumento de retórica, aos poucos, o discurso se apodera de quem discursa. Noutras palavras, é possível que não haja exatamente uma sinceridade inicial, mas apenas um objetivo estratégico. À medida que os argumentos são manifestados, ao longo do tempo, eles exercem um poder persuasivo sobre quem os declara. Estudos desenvolvidos na área de Psicologia Social sugerem que, alterando-se primeiramente o *comportamento* do ser humano, é possível, em um momento posterior, influenciar sua visão de mundo. “*À medida que passaram a agir de maneira mais parecida, os norte-americanos passaram a pensar de maneira mais semelhante* (Greeley & Sheatsley, 1971; Taylor et al., 1978)”<sup>3</sup>. De modo a evitar conflitos interiores, todos os atores processuais, paulatinamente, absorvem seus discursos e acomodam essas ideias em um lugar chamado consciência. Na hermenêutica, **Hans-Georg Gadamer** já asseverava que “*A lente da subjetividade é um espelho deformante*”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> MEYERS, David. G. *Psicologia Social*. 10ª Edição. Porto Alegre: AMGH, 2014. p. 120.

<sup>3</sup> MEYERS, David. G. *Psicologia Social*. 10ª Edição. Porto Alegre: AMGH, 2014. p. 124.

<sup>4</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. (Pensamento Humano), p. 416.

Se o uso de direitos fundamentais por atores processuais *parciais* reclama uma hermenêutica favorecedora do resultado que se busca, o mesmo não se pode dizer de quando esses direitos são invocados por uma parte *desinteressada* na lide, vale dizer, por sujeitos *imparciais*. O Juiz natural, devendo assim ser entendido aquele previamente competente e isento de suspeição ou impedimento, não deve ter interesse na condenação ou na absolvição de um réu, bem assim na procedência ou improcedência do pedido. O mesmo se diga no que atine ao Ministério Público, instituição que, quando parte no processo, opta livremente por demandar ou não demandar; quando *custos juris*, manifesta-se isenta de qualquer interesse, a não ser aquele perseguido pela sociedade.

Alguns poderiam objetar que também juízes e promotores (ou procuradores da república), como pessoas humanas que são, poderiam efetuar uma leitura parcial dos direitos fundamentais, principalmente em face de suas *pré-compreensões*. É do nosso conhecimento que alguns juízes e membros do Ministério Público desvirtuam a sua atuação, para, em nome de direitos fundamentais, sacramentar suas vontades pessoais ou visões particulares de mundo. Alguns, inclusive, desonram seus cargos, pois utilizam os poderes conferidos pelo povo como uma ferramenta de vindita partidária. Nesse caso, tem-se um *contraexemplo*. Trabalharemos com a situação *ideal*, qual seja, a de membros da judicatura e do Ministério Público *isentos*, porque o Direito, como ciência deontológica, situa-se no domínio do *dever ser*. A premissa científica, pois, será de como as coisas *devem ser*. Em condições *normais* (entenda-se: *exemplares* e não “contra-exemplares”), tais membros devem ser imparciais, e suas *pré-compreensões* não podem contrariar o Direito fabricado democraticamente<sup>5</sup>. O mais cristão dos juízes deve proferir sentenças laicas, assegurando a antecipação terapêutica do parto, quando o feto é anencefálico, e reconhecendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo<sup>6</sup>. Enquanto vigorar o Código Penal, a mais feminista das magistradas não deve hesitar em pronunciar uma jovem que realizou um abortamento, se realmente há elementos para que o caso seja submetido ao Sinédrio Popular. Mesmo com uma visão abolicionista singular, incumbe a qualquer Tribunal condenar um traficante de drogas pela mercancia criminosa, pelo menos, durante a vigência da Lei de Tóxicos. Enquanto não revogado o Estatuto do Desarmamento, é dever do promotor de justiça, ainda que possuidor da firme crença de que haveria um direito natural à posse de armas de fogo, denunciar um idoso que, há anos, possuía uma vetusta espingarda nos átrios da sua residência. Se os aludidos profissionais entenderem de trilhar o

<sup>5</sup> No mesmo sentido aqui defendido, ou seja, o de que a *pré-compreensão* exerce alguma influência (inconsciente) no julgador (e aqui podemos acrescentar o membro do Ministério Público), mas que, apesar disso, subsiste o dever constitucional de imparcialidade, temos a lição de Daniel Sarmiento e Cláudio Ferreira de Souza Neto, a saber: “[...] os preconceitos e visões particulares de mundo do intérprete sempre exercem alguma influência no processo de tomada de decisões. Daí não resulta, contudo, que a imparcialidade não possa ser sustentada como *ideia regulativa* e como *dever constitucional*, a ser perseguido pelos agentes e instituições, e fiscalizado pela crítica pública”. (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 450). Perceba-se que o membro do Ministério Público, na sua atividade fim, à semelhança do Juiz, trabalha com processos decisórios. Os órgãos de execução do Ministério Público *decidem* se denunciam, se promovem o arquivamento do inquérito policial, se manifestam parecer favorável ao réu, se recorrem da decisão etc. Logo, é perfeitamente aplicável ao Ministério Público o raciocínio desenvolvido pelos professores da UERJ, com apoio na filosofia de John Rawls.

<sup>6</sup> Em respeito aos efeitos vinculantes da ADPF 54 e da ADIn 4277. Independentemente de considerações acerca do acerto ou desacerto do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes listados, cabe aos demais órgãos do Judiciário respeitar a autoridade dessas decisões.

caminho oposto, isto é, se optarem por denegar a expedição de alvará autorizador da antecipação terapêutica do parto, negar efeitos civis à união de pessoas do mesmo sexo, impronunciar (ou até mesmo absolver) a jovem que realizou o aborto, inocentar um narcotraficante ou promover o arquivamento do inquérito instaurado em face de um idoso que possuía artefatos bélicos, basta que declinem *razões públicas* na fundamentação do julgado ou da manifestação ministerial, isto é, que se eximam de fundamentar suas decisões em argumentos metafísicos, ideológicos, filosóficos, religiosos ou políticos. Devem, pois, aduzir argumentos *jurídicos*. Em apertada síntese, essa é a filosofia constitucional de **John Rawls**<sup>7</sup>, professor da Universidade de Harvard, que, neste particular, contribuiu sobremodo para uma atuação isenta por parte daqueles sobre os ombros de quem recai o dever de imparcialidade.

Voltamos ao raciocínio inicial. Como se disse, os membros do órgão ministerial e da magistratura não são serventuários de um governo, de um contrato ou de qualquer pessoa que seja. Na precisa observação de Eugênio Pacelli, “*O Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para acusação*”<sup>8</sup>. Ora, como atores imparciais, a hermenêutica constitucional levada a cabo por operadores do Direito, que provenham da judicatura e do Ministério Público, não pode ser descompensada, mas sim uma *hermenêutica de equilíbrio*.

Parte da doutrina brasileira que cuida dos direitos fundamentais, não raro, tem realizado uma leitura distorcida dos institutos de Direito Constitucional, demasiadamente parcial, para só extrair deles aquilo que *interessa*. **Prospecta-se o bônus, mas descarta-se o ônus. Fala-se em direito fundamental, mas despreza-se o dever fundamental. Louvam-se garantias de um só, descurando-se das garantias dos demais, mesmo quando todos merecem guarida sob o pálio do documento constitucional.**

A obra sobre a qual o leitor se debruça tem a ousadia de efetuar (e propor) uma *leitura de equilíbrio dos direitos fundamentais*<sup>9</sup>. Para equilibrar a interpretação

<sup>7</sup> RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª Edição. Editora Ática, 1999, p. 262/298.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 384.

<sup>9</sup> A rigor, a *leitura de equilíbrio* deve ser aplicada não apenas aos direitos fundamentais, mas ao Direito como um todo. Trata-se de uma metodologia hermenêutica. Apenas para exemplificar, por ocasião da audiência pública para tratar da reforma do Código Penal – PL 236/2012, realizada no Senado Federal, o então senador e constitucionalista Pedro Taques, ex-membro do Ministério Público Federal, dirigindo-se ao eminente jurista Juarez Cirino, asseverou: “[...] **sem falarmos de um Direito Penal Mínimo, nem de um Direito Penal Máximo; sem falarmos de um Direito Penal do Inimigo, que nem Jakobs, ou de um Direito Penal do Amigo, mas de um Direito Penal Cidadão [...]**”. Veja-se que o raciocínio trilhado pelo então senador, embora aplicável às ciências criminais, corresponde ao mesmo proposto nesta obra: uma *leitura de equilíbrio dos direitos fundamentais*. Na mesma ocasião, dirigindo-se ao jurista Juarez Cirino, o promotor de justiça Rogério Sanches, membro do Ministério Público de São Paulo, ponderou: “**Em nenhum momento me intitulo como um punitivista atroz. Gosto de trabalhar com um Direito Penal mínimo, para aquilo que é mínimo; máximo, para aquilo que é máximo**”. Propondo um Direito Penal de Equilíbrio, mas com um sentido diverso daquele tratado linhas acima, tem-se a monografia de Rogério Greco, intitulada *Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Nesse caso, o membro do Ministério Público de Minas Gerais utiliza a expressão Direito Penal do Equilíbrio como um sucedâneo de Direito Penal Mínimo, que, na visão do eminente penalista, seria o ponto médio entre o Direito Penal Máximo e o Abolicionismo Penal: “**O trabalho terá como ponto central o Direito Penal Mínimo, aqui denominado Direito Penal do Equilíbrio [...]. Poderá ser reconhecido como Direito Penal do Equilíbrio porque se colocará entre a tese do Direito Penal Máximo, refletido nos chamados movimentos de Lei e Ordem, bem como a tese abolicionista, capitaneada por Louk Hulsman**” (GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014. p. 2). Nota-se que Pedro Taques e Rogério Sanches trabalharam com intervalos mais restritos para indicar um ponto médio, isto é, o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo. Diferentemente, Rogério Greco trabalhou com

de direitos fundamentais, algumas correções devem ser feitas na leitura tradicional, sobretudo:

- a) o conteúdo extraído de um direito fundamental (a norma advinda do texto) deve colher também o **dever fundamental** que lhe é correlato, à luz da parêmia pela qual *ubi commoda, ibi incommoda*. Na Hermenêutica de Equilíbrio das Franquias Constitucionais, desloca-se o paradigma do Estado Democrático de Direito para um novo marco: o **Estado Democrático de Direitos e Deveres**.
- b) em qualquer Estado Democrático, os direitos individuais devem ser protagonistas, mas os **direitos coletivos não podem ser relegados ao papel de coadjuvantes**. A liberdade ambulatorial (direito individual) é sagrada, mas o direito difuso, fundamental e social à segurança pública (direito coletivo) também o é. A propósito, ambos possuem envergadura constitucional.
- c) a Hermenêutica de Equilíbrio exige uma **inclusão discursiva da vítima, dos seus familiares, do nascituro, dos agentes de segurança pública e da sociedade** na gramática dos direitos fundamentais. Lamentavelmente, estes têm sido *invisibilizados* pela comunidade jurídica. Não se pode irradiar direitos fundamentais para proteger apenas *parte* daqueles que o constituinte entendeu de abrigar. Todos os *receptores constitucionais da proteção* deverão ser contemplados: a humanidade, a sociedade, a coletividade e a pessoa<sup>10</sup>. Não se pode instrumentalizar direitos fundamentais, para colocá-los abusivamente a serviço do crime, do criminoso, da maioria, do governo, da fazenda pública, de um *lobby* ou de qualquer outro grupo desvirtuado daquele indicado pela Constituição. Noutra dizer, em princípio, direitos fundamentais devem ser franqueados a *todos*, pois a única seletividade juridicamente legítima é aquela efetuada pelo próprio constituinte. Disso se conclui que repugna ao Direito Constitucional a afirmação de que *direitos humanos são para humanos direitos*. Absolutamente. Por outro lado, uma leitura adequada não pode descurar dos direitos fundamentais (dos esquecidos);
- d) o instituto do **abuso de direito**, tão comumente propalado pelo Direito Civil, é perfeitamente **aplicável ao Direito Constitucional**. Basta lembrar que os direitos fundamentais não são absolutos e a maneira de exercê-los não pode ser abusiva, sob pena de configurar-se um ilícito denominado

---

intervalos mais distantes, ou seja, do Abolicionismo e do Direito Penal Máximo. Enquanto o Direito Penal Mínimo é tido como equilíbrio para Rogério Greco, cuida-se de um dos extremos para o raciocínio de Pedro Taques e Rogério Sanches. Bem se vê, apesar das diferenças, os membros do Ministério Público brasileiro, de maneira intuitiva, já trabalham com muita naturalidade a ideia de *leitura de equilíbrio do Direito*, inclusive pela imparcialidade que o cargo proporciona, pois, à semelhança da magistratura, permite uma compreensão dos fenômenos jurídicos com uma singular equidistância.

<sup>10</sup> Chamamos a atenção do leitor para a seguinte distinção: uma coisa é o *destinatário de um direito fundamental*, que é o seu sujeito passivo, vale dizer, a quem ele se opõe. Outra, que com ela não se confunde, é o *destinatário da proteção* de um direito fundamental, vale dizer, o seu sujeito ativo, seu titular. É intuitivo que a semelhança das expressões pode gerar equívocos e confusões para leitores desavisados. Optamos, por amor à didática, pela expressão "*receptores constitucionais da proteção*", como forma de designar quem ocupa a posição de sujeito ativo na relação jurídica jusfundamental. Quando falamos em receptor da proteção, portanto, o referencial é quem titulariza direitos fundamentais, isto é, quem for por eles protegido. Com essa medida, escapamos da dicotomia "*destinatário do direito*" versus "*destinatário da proteção advinda desse direito*".

abuso de direito. Este não está confinado nos domínios do Direito Civil, afinal, é possível abusar de direitos infraconstitucionais (v.g. abuso no direito do fornecedor de propagar seus produtos e serviços – propaganda abusiva) e também de direitos constitucionais (v.g. propriedade privada que não cumpre sua função social);

- e) Como consequência do item anterior, uma Hermenêutica de Equilíbrio das Franquias Constitucionais deve acolher o “**topos**” pelo qual os **direitos fundamentais não podem ser maliciosamente invocados como um álibi para a prática de ilícitudes**, exatamente porque isso traduziria um **abuso de direito (fundamental)**.
- f) A Hermenêutica de Equilíbrio das Franquias Constitucionais reconhece a **função social da punição**. Punir quem de direito é um imperativo de Justiça.
- g) Em uma leitura equilibrada, a dignidade humana como autonomia não exclui a **dignidade humana como heteronomia**. A primeira enfatiza a liberdade individual para efetuar escolhas existenciais, ao passo que a última realça a possibilidade de, em alguns casos, operar-se uma restrição dessa liberdade em nome de *valores substantivos compartilhados pela sociedade*.

Como parte desinteressada e imparcial que é, o dever do Ministério Público é efetuar uma *leitura de equilíbrio* dos direitos fundamentais, condição sem a qual não poderá atuar validamente na salvaguarda da dignidade humana. Ocorre que a adequada compreensão da tutela de direitos fundamentais pelo Ministério Público depende de premissas teóricas nem sempre devidamente alicerçadas pelo leitor. Por exemplo, de nada adianta afirmar que o *parquet* é legitimado para a veladura dos interesses sociais e individuais indisponíveis, se quem lê ignora o significado desses conceitos. Mais do que conhecer a anatomia e a fisiologia do Ministério Público brasileiro, com o seu respectivo arcabouço constitucional, a correta percepção de como e quando o órgão ministerial atuará validamente, na defesa da dignidade humana, depende, ainda, do domínio da *gramática dos direitos fundamentais*.

Forte nessas razões, este trabalho é inaugurado com uma análise das transformações sofridas pelo constitucionalismo contemporâneo. Em seguida, uma imersão na Teoria Geral dos Direitos Fundamentais será realizada, à luz de uma *leitura de equilíbrio*. Percebam que não se busca o propósito de realizar mais uma sistematização dos direitos fundamentais, pois isso já foi feito (a contento) pela doutrina. Atualmente, já existe farto material de consulta que bem sistematizou esses direitos, pelo que o desiderato desta obra é apresentar uma leitura diferenciada, oferecendo subsídios técnicos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, de uma maneira instrumental, vale dizer, voltada para a atuação *prática* de um membro do Ministério Público, que necessariamente será chamado, em sua atuação funcional, a manipular direitos fundamentais. A manipulação ou o manuseio de direitos fundamentais, por ocasião da atividade ministerial, exige seriedade técnica e uma alfabetização mínima em Direito Constitucional. É esse mínimo que será fornecido ao leitor, que, após um estudo minucioso, estará credenciado não apenas a concretizar direitos, mas também a refutar a existência de direitos fantasiosamente invocados pelos atores



*parciais* do processo. Em um momento posterior, abordaremos alguns *topoi* aplicáveis à leitura de equilíbrio das franquias constitucionais, encerrando a primeira parte da obra com um breve estudo dos deveres fundamentais. A segunda fase do trabalho é inaugurada com uma análise de direitos fundamentais putativos, isto é, direitos fundamentais fantasmas, que só existem no delírio de quem fantasiosamente os invoca. Ao final, coroamos o livro com um exame dos direitos fundamentais esquecidos e das pessoas esquecidas.

A obra empregará, dentre outros métodos, o *diálogo das fontes*, devendo ser entendido como um intercâmbio entre as plúrimas fontes legislativas. A Constituição Federal e os direitos fundamentais serão examinados em um diálogo com a legislação criminal, ambiental, urbanística, consumerista, do idoso, dos portadores de necessidades especiais, da criança e do adolescente, dentre outras. Desse modo, apresentado um instituto, um princípio ou uma teoria, a sua utilidade prática será imediatamente fornecida, sempre tendo como pano de fundo a contextualização com as atribuições do Ministério Público, órgão curador dessa gama de direitos tão caros à humanidade. Esperamos que, bem examinado este trabalho, o operador do Direito, notadamente o (futuro) membro do Ministério Público, se sinta mais seguro sobre quando e como lhe será legítimo atuar na zeladoria dos direitos fundamentais.

## 2. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Em toda a história do Direito Constitucional, jamais a Constituição recebeu tanto protagonismo como nos dias atuais. Se, antes, o epicentro do ordenamento jurídico era o Código Civil, hoje, todos os ramos da árvore jurídica gravitam em torno da Constituição, de onde emana uma força irradiante, o que se pode denominar de **constitucionalização do Direito**.

Uma simples atenção ao Direito Comparado<sup>11</sup> comprova o que se afirmou linhas acima. O Código Civil de 1916 nasceu sob a égide da Constituição de 1891, atravessando as Cartas de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e alcançando a ordem constitucional de 1988. Como um documento legal permaneceu íntegro por tantas ordens constitucionais, seja em regimes democráticos, seja em regimes autoritários? Ora, sabendo-se que o Direito (infraconstitucional) não sofria a influência direta das Constituições, era indiferente ao Código Civil que uma nova ordem constitucional viesse a nascer. Certamente, operar-se-ia a recepção da maioria dos seus preceitos. O mesmo ocorreu com o Código Penal (1940), o Código de Processo Penal (1941), dentre inúmeros outros diplomas que sobreviveram quase incólumes às mudanças constitucionais mais abruptas.

Repita-se: isso acontecia porque a Constituição era tida como uma proclamação política, não como uma norma jurídica que veicula um *dever ser*, ou seja, não era vista como uma manifestação subordinante de vontade. Com a valorização das normas

<sup>11</sup> É de bom alvitre esclarecer ao leitor que o Direito Comparado, como ciência, não se ocupa apenas do contraste entre ordenamentos nacionais e alienígenas. Também é objeto de investigação científica do Direito Comparado a análise de ordenamentos contemporâneos e pretéritos, comparando-os.

princípios, a ampliação dos temas tratados no texto constitucional e o acolhimento da premissa da força normativa da Constituição, operou-se a constitucionalização do Direito. A Constituição, a partir de então, se reveste da mesma aptidão para incidir no suporte fático que uma instrução normativa da Receita Federal. Dito de outra maneira, a Constituição deixa de ser vista como um protocolo de boas intenções para ser encarada como uma norma jurídica cogente.

Na lição de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o fenômeno da constitucionalização se bifurca em duas vertentes de compreensão, quais sejam a *constitucionalização-inclusão* e a *constitucionalização releitura*<sup>12</sup>. A chamada constitucionalização-inclusão consiste no “*tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados*”<sup>13</sup>, a exemplo da tutela constitucional do meio ambiente e do consumidor, algo até então inédito nas Constituições pretéritas. Essa inflação de assuntos no texto constitucional, marca das constituições analíticas, faz com que qualquer disciplina jurídica, ainda que dotada de autonomia científica, encontre um ponto de contato com a Constituição, cuja onipresença foi cunhada pela doutrina de **ubiquidade constitucional**. Por sua vez, a constitucionalização releitura traduz “*a impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais*”. Nesse caso, os institutos, os conceitos, os princípios e as teorias de cada ramo do Direito sofrem uma releitura, para, à luz da Constituição, assumir um novo significado. Portanto, a Constituição, que era mera coadjuvante, assumiu um protagonismo sem precedentes. Na feliz expressão de Paulo Bonavides, “*Ontem, os Códigos; hoje, a Constituição*”<sup>14</sup>.

Ora, a alma de uma Constituição é o seu catálogo de direitos fundamentais. Na essência, a elaboração de um texto constitucional objetiva a organização do Estado, dos Poderes, e a enunciação de direitos fundamentais. Sendo assim, se uma Constituição exerce a sua influência em todo o ordenamento, é porque os direitos nela plasmados influenciam os demais. Falar em ubiquidade constitucional necessariamente é falar em ubiquidade dos direitos fundamentais, que passam a irradiar seus efeitos para todo o sistema (dimensão objetiva), impondo uma maneira de compreender o Direito infraconstitucional. Todas as leis municipais, estaduais e federais se sujeitam a um controle de merecimento, por força do qual deverão ser interpretadas consoante os direitos fundamentais, isto é, submetem-se a uma **filtragem constitucional**.

<sup>12</sup> Não se desconhece que outros juristas adotaram uma outra classificação para o fenômeno da constitucionalização do Direito. Uma das mais célebres é trazida por Louis Favoreu. O francês denomina *constitucionalização-elevação* aquela pela qual se opera um deslocamento de assuntos, até então confinados no compartimento infraconstitucional, para elevarem-se ao texto constitucional. Por sua vez, reputa *constitucionalização-transformação* aquela que impregna e transforma os demais ramos do Direito, para convertê-los em um Direito Constitucional Civil, Direito Constitucional Ambiental etc. O jurista menciona, ainda, a *constitucionalização juridicização*, que traduz o surgimento da força normativa da Constituição, o que é mais um pressuposto do que uma categoria autônoma desse fenômeno. A compilação pode ser encontrada na excelente monografia de Virgílio Afonso da Silva (*A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 46-48). Como veremos, na essência, a constitucionalização-elevação é exatamente aquilo que Daniel Sarmiento cunhou de constitucionalização-inclusão. Por sua vez, a constitucionalização-transformação de Louis Favoreu, substancialmente, corresponde à constitucionalização releitura de Sarmiento. Isto posto, advertimos o leitor de que abraçamos, ao longo deste trabalho, a terminologia do constitucionalista da UERJ.

<sup>13</sup> Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014. p. 44.

<sup>14</sup> Frase proferida por ocasião da solenidade de recebimento da Medalha Teixeira de Freitas, no ano de 1998.

Advertimos que a constitucionalização do Direito é, dentre tantas outras, consequência do que alguns autores têm denominado de **neoconstitucionalismo**<sup>15</sup>, movimento jusfilosófico que também propugna a ampliação da jurisdição constitucional e o fortalecimento dos direitos fundamentais.

O assunto examinado recebeu a contextualização da qual é digno.

É hora de demonstrar a importância *prática* desse substrato teórico, voltando-se para o tema objeto desta obra coletiva, que são os direitos fundamentais efetivados mediante atuação do Ministério Público. **De que modo a constitucionalização do Direito repercutiu nos direitos metaindividuais?** É o que passamos a enfrentar doravante.

## 2.1. A constitucionalização do Direito do Consumidor

O Direito do Consumidor recebeu assento constitucional nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, além do art. 48 do ADCT (constitucionalização-inclusão). Nasce para o Estado o dever constitucional de promover a proteção do *consumidor*, seja pela criação de uma codificação protetiva, seja por meio de uma ordem econômica fundada nessa proteção. É oportuno trazer as palavras de uma das maiores estudiosas do assunto, a Professora Claudia Lima Marques, que realiza uma abordagem por ela denominada de “introdução sistemática do Direito do Consumidor, *a partir dos valores constitucionais*” (2009, p. 27):

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” (art. 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor; [...]”); 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa “do consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988): “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

No campo da constitucionalização-releitura, a dignidade humana tem dado lastro a uma jurisprudência sobremodo protetiva do elo mais fraco na relação consumerista,

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007, p. 11/12. Certamente, os maiores entusiastas do neoconstitucionalismo, no Brasil, são Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ambos da UERJ. Muitos constitucionalistas têm questionado, com razão, o caráter científico da “doutrina do neoconstitucionalismo”, a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A despeito do registro acerca da abordagem neoconstitucionalista, o autor que vos escreve não se filia a esta corrente teórica. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em Particular sobre Certo Neoconstitucionalismo à Brasileira*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, 2009, p. 151/167).