

**Jean Carlos Dias**

# **O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**3ª edição**

Revista, atualizada  
e ampliada

**2025**

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

# DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos, cada vez mais, são reconhecidos pelas ordens jurídicas tanto no âmbito nacional como no internacional. Essa dualidade de evolução permite a visualização de uma interação entre esses diversos ambientes, de modo a consagrar concorrentemente esses direitos.

Cançado Trindade analisa que:

Os direitos proclamados são inerentes ao ser humano, anteriores portanto a toda e qualquer forma de organização política ou social, e de que a proteção a tais direitos não se esgota – não se pode esgotar – na ação do Estado. É precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção.<sup>1</sup>

Desse modo, os sistemas jurídicos nacionais e internacionais estão gradativamente construindo uma dogmática capaz de torná-los cada vez mais objeto de proteção em suas respectivas áreas de atuação.

O conteúdo de tais direitos tem sido investigado e há um franco reconhecimento, na comunidade internacional, de que todos os Estados devem buscar sua observância, instituindo, sob este aspecto, uma dogmática humanista global.

---

1. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UnB, 2000. p. 25.

Os direitos considerados como humanos estão, por sua vez, sendo ampliados, formando um leque cada vez mais amplo, à medida que a própria evolução das sociedades determina essa expansão.

Esses direitos também merecem grande reflexão porque, ao mesmo tempo em que se apresentam como prescrições que sublimam o âmbito local, exigem uma explicação quanto aos seus fundamentos de obrigatoriedade, extrapolando o âmbito das nacionalidades.

Em certo sentido, buscar a coercitividade, ou melhor, o fundamento da coercitividade de tais direitos, é investigar o próprio sentido e valor do *status* humano no mundo jurídico.

De outro ponto de vista, é preciso reconhecer que o direito não é construído por dados exclusivamente jurídicos, pois outras forças provindas de diversas áreas do conhecimento o informam, o influenciam e o condicionam.

Nesse sentido, é preciso identificar se é possível a formulação de um conjunto político de prescrições gerais que devam ser observadas como decorrência natural da existência humana.

Os direitos denominados como humanos ainda sofrem certa imprecisão terminológica. Há, ainda, na doutrina, relevante e insolúvel discussão quanto à sua perfeita conceituação e real alcance.

É importante, de início, ter em vista que os direitos humanos possuem definições diversas em função do prisma que se emprega para estudá-los. Dependendo da formação e, até certo ponto, das opções ideológicas e sociológicas do pesquisador, teremos conceituações sensivelmente diversas.

Não parece haver, nesse campo, um consenso acerca da real densidade jurídica desses direitos. É preciso reconhecer que eles têm uma construção histórica extremamente importante, a qual, nem por isso, é suficientemente ampla para abranger o conteúdo jurídico que se poderia esperar reconhecer.

Fundamentalmente, é preciso compreender que os direitos humanos vêm sofrendo uma ampla revolução conceitual, exatamente a partir da busca da expressão de seu conteúdo em relação ao direito político.

No momento em que o Estado se vê obrigado a reconhecer uma determinada área de proteção dos direitos dos indivíduos, em um sentido mais amplo, começa a surgir nova concepção de direito não ligada estritamente à patrimonialidade, nem ao aspecto material da vida individual, mas a um outro conjunto de valores e interesses transcendentais em relação àqueles campos.

A transcendência desses direitos decorre de valores que sublimam a localidade cultural ou que, pelo menos, tentam assim ser vistos pelos seus teóricos, pretendendo, desse modo, uma formulação extranacional de valores jurídicos.

Desse modo, Oliveira indica que:

Em toda sociedade, há direitos, que não se podem recusar a ninguém e cujo respeito se impõe a todos em geral e a cada um em particular. São direitos essenciais, porque decorrem da própria essência do ser humano e são fundamentais porque estão nos fundamentos da própria ordem social e lhe abrangem todas as manifestações.<sup>2</sup>

A análise dos direitos humanos, assim, não pode estar restrita ao âmbito local, sendo concebíveis unicamente por ter em vista o conjunto de valores que são inatos ao ser humano em qualquer sociedade da qual faça parte.

Em certo sentido, essa crise de localidade e a via da criação (consolidação) de um sistema jurídico internacional já tinham sido pressentidas no estudo do direito como uma perspectiva irrefutável, conforme anota Goyard-Fabre.<sup>3</sup>

Isso somente é possível porque a teoria dos direitos humanos parte do reconhecimento universal de certos valores que integram a condição humana e que se projetam para todo e qualquer ambiente em que o homem estiver socialmente presente.

- 
2. OLIVEIRA, Almir. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3
  3. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 449.

Exatamente pela sinergia entre a produção de normas internacionais de reconhecimento e a proteção aos direitos humanos e pela recepção produzida pelas ordens internas é que se pode perceber a construção e robustecimento gradativo dos estudos desses direitos.

Evidentemente, trata-se de um processo e as diversas fases foram internalizadas pelas ordens jurídicas locais.

Os direitos, cujos reconhecimentos são proclamados e designados como liberdades públicas, foram denominados, de acordo com uma terminologia mais consentânea com a ciência desse processo de ressignificação, como direitos humanos de primeira geração e, via de regra, estabelecem um conjunto de possibilidades de oposição ao poder estatal.

Esses direitos, reconhecidos como de primeira geração, são, de certa forma, tomados como a base do ideário liberal clássico. Este inicialmente estruturou o conjunto de direitos humanos, os quais, no entanto, não se confundem nem resumem todo o conjunto. É preciso deixar claro que os direitos humanos, em nossos dias, ganharam uma evolutiva importância conceitual que sublima a simples concepção de direito de oposição ao Estado.<sup>4</sup>

Ao lado das liberdades individuais (públicas), reconhecidas como direitos humanos de primeira geração, foram desenvolvidos e percebidos os direitos sociais, culturais e econômicos que receberam o destaque sob a forma de uma nova geração de direitos: a segunda.

Enquanto a primeira geração é calcada basicamente nas liberdades individuais, como uma zona de proteção à individualidade do cidadão oponível ao Estado, essa segunda categoria explicita uma proteção mais ampla, ligada fundamentalmente à proteção do indivíduo enquanto parte das relações de produção econômica.<sup>5</sup>

Esses direitos estão comprometidos com uma ação estatal positiva voltada para a dignidade da pessoa humana, no dizer de Coelho, estão:

4. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, p. 449.
5. ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 55.

Voltados para a igualdade material nas condições de vida como ensina Sarlet, “caracterizam-se ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.<sup>6</sup>

Além desta primeira e segunda fases, uma nova onda integrativa de direitos humanos foi reconhecida sob a denominação de terceira geração. Essa terceira geração contempla os direitos humanos ligados à solidariedade e se apresenta como proteção tanto em relação ao Estado em que cada indivíduo está inserido como também nas relações internacionais.

Esses direitos são indicados como direitos voltados para a coletividade, sendo, por isso mesmo, de natureza difusa e, em função disso, tidos como direitos sobre o Estado, como bem aponta Bester.<sup>7</sup>

Há, ainda, a construção de uma teoria dos direitos humanos de quarta<sup>8</sup> geração, a qual se destinaria a proteger as gerações futuras, exigindo das gerações presentes a observância de um conjunto de medidas que tenha por finalidade assegurar a continuidade dos meios necessários à sobrevivência dos indivíduos ainda por nascer.

Feita essa breve remissão às vagas históricas de surgimento de direitos considerados humanos, é preciso identificar de forma clara qual o seu conteúdo real, qual seu conceito jurídico aceitável e, ainda mais, tratar de certas relações conceituais que serão importantes para o objeto de nosso estudo.

Antes de tudo, é preciso reconhecer que vários conceitos têm sido colocados doutrinariamente como denotativos dos direitos humanos.

O primeiro conceito, geralmente associado ao de direitos humanos, é o das liberdades individuais, havendo na doutrina quem os associe

---

6. COELHO, Edihernes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 73.

7. BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*, p. 595.

8. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 524.

sem qualquer ressalva<sup>9</sup> (a não ser como preferencial de alguma corrente doutrinária).

Porém esse não parece ser o caso. Estudo mais preciso leva à conclusão de que existe uma relação de continência entre as liberdades individuais e os direitos humanos. As liberdades se apresentam como limites à ação do Estado e, por isso, são, às vezes, relacionadas a um dever negativo do Estado, isto é, o de não agir de forma a violar quaisquer daquelas liberdades.<sup>10</sup> Os direitos humanos, por sua vez, evidentemente, possuem natureza positiva, no sentido em que determinam uma ação real do Estado, visando à preservação e tutela desses interesses juridicamente reconhecidos.

Assim, enquanto as liberdades estão ligadas ao não fazer por parte do Estado, os direitos humanos se apresentam como um fazer, como um dever estatal, mostrando, assim, uma faceta ligada à predisposição institucional de proteção a esses valores.

Além da associação com o conceito de liberdade individual, os direitos humanos têm sido também associados aos direitos fundamentais. Na doutrina, porém, existe a demonstração da impossibilidade de associação irrestrita entre os dois conceitos. Nessa concepção, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados, quer em instrumentos internacionais de natureza normativa, tais como tratados, convenções, quer nas constituições de cada Estado.

Tomado por este prisma, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais residiria no grau de concreção positiva.<sup>11</sup>

É preciso, nesse sentido, lembrar o pensamento de Canotilho ao pontuar que somente podem ser considerados como direitos fundamentais os que se encontram reconhecidos nas constituições e, por isso, são capazes de gerar consequências jurídicas em âmbito interno.<sup>12</sup>

Bonavides adota esse posicionamento ao fixar que: “a fórmula direitos humanos consagraria em primeiro lugar, pelas suas razões históricas, os

9. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

10. ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*, p. 29.

11. ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 42.

12. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 353.

direitos do homem antes de seu ingresso nos Códigos e nas Constituições como direito positivo e público nos ordenamentos constitucionais”.<sup>13</sup> Nesse viés, não há uma diferença de conteúdo, mas apenas, e tão-somente, no grau de concretização normativa.

Posto desse modo, independentemente do substrato que o informa, o conjunto de direitos fundamentais não somente é operativo, mas também se apresenta como prescrições positivas simultaneamente oponíveis aos indivíduos, à sociedade e ao Estado, sendo dotados dos mesmos fatores de eficácia e efetividade dos demais direitos reconhecidos pela ordem jurídica.

Superar a questão terminológica é fundamental para se ter sempre em vista a intenção de conferir uma densidade jurídica adequada aos direitos tidos por humanos como referencial metodológico.

Após a sublimação do conflito semântico, é preciso enfrentar as questões ligadas à densidade jurídica dos direitos humanos.

A primeira grande questão é saber até que ponto se pode reconhecer a juridicidade dos direitos humanos, isto é, até que ponto é possível dar uma densidade jurídica cientificamente aceitável a esses direitos.

De início, é preciso deixar claro que os direitos humanos somente existem na medida em que se pode identificar um valor externado por uma regra que conceda ou reconheça a proteção do indivíduo (enquanto tal), tanto em relação à sociedade em que vive e também ao próprio Estado.

A proteção a que nos referimos significa isolar uma determinada esfera de juridicidade e atribuir-lhe uma imunidade em relação às ingerências externas, sejam derivadas dos aparelhos institucionais de poder ou mesmo dos influxos sociais.

Ao tratar do tema, a doutrina tem apontado que os direitos humanos asseguram um modelo básico de proteção em relação ao Estado e uma garantia de dignidade humana.<sup>14</sup>

Ao dizermos que os direitos humanos representam uma limitação ao poder estatal, estamos reconhecendo que o Estado possui limites e que

---

13. MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 255.

14. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 41.

esses limites estão ligados à existência do indivíduo humano. Atribuir ao indivíduo direitos, entendidos como poderes de exercício de determinadas faculdades, acaba por conferir-lhe um fator delimitativo dos poderes institucionais e um verdadeiro e intocável programa de ação.

Destarte, a existência humana digna já se mostra como uma diretriz negativo-positiva em relação ao poder Institucionalizado, sendo, assim, representativa de um campo de ação/omissão que adentra o espaço público.

Esses direitos aderem à pessoa humana, independentemente de qualquer reconhecimento pela ordem jurídica e, por isso mesmo, podem ser oponíveis tanto ao Estado como à comunidade internacional e, ainda, aos demais indivíduos do grupo social. Nesse sentido, os direitos humanos funcionam como verdadeira zona de proteção ao indivíduo.

É preciso observar que o indivíduo, que é titular dos direitos humanos, não pode ser entendido como o mesmo indivíduo que é o centro da clássica teoria liberal. O titular de direitos individuais na teoria liberal podia se opor ao Estado, porque ele mesmo era, de certa forma, a medida do campo de atuação dos poderes institucionais. Os direitos humanos representam um deslocamento da individualidade centrada nas expectativas patrimoniais de cada membro da sociedade para um outro campo: o da universal dignidade humana.

Para compreender esse deslocamento, foi necessário antes demonstrar que os direitos humanos vêm sofrendo uma paulatina evolução, conforme progrediam as sociedades, passando dos direitos simplesmente obstativos para uma nova categoria de direitos fundados no reconhecimento de um patamar mínimo e universal de dignidade humana.

Assim, em certo sentido, pensar a dignidade é pensar a densidade jurídica dos direitos humanos. A questão não é simples, na medida em que se reconhece que os direitos humanos não resultam simplesmente de uma concessão da sociedade e, por resultado, do sistema institucional por ela concebido, mas sim de valores que a antecedem e que estabelecem um padrão fundamental que pautará todos os seus fluxos e influxos.

É bem sabido que a base dessa percepção pode estar calcada em teorias justificadoras diversas, uma vez que se pode observar a influência das correntes cognitivistas e não-cognitivistas na formação do pensamento

a respeito dos direitos fundamentais,<sup>15-16</sup> notadamente reconstituindo o debate quanto à definição da justiça.<sup>17</sup>

É certo que ambas as correntes posicionam os direitos fundamentais em um patamar em que sua obrigatoriedade e densidade jurídica independem da existência de um aparelho institucional, o qual somente pode ser concebido como instrumento para sua viabilização, mas nunca sua única ou mais importante fonte, nem tampouco um requisito para sua existência ou respeito.

Daí ser possível extrair a consequência de que a ordem dos direitos fundamentais independe da ratificação institucional do Estado. E mesmo as interações sociais devem ser pautadas por certos parâmetros expressos na cláusula do Estado de Direito e na exigência democrática, tal como assentado no modelo de Rawls.

Isso é especialmente importante do ponto de vista da justificação dos direitos fundamentais, porque permite uma avaliação da ação política, para além dos jogos e relações institucionais, como único ambiente para a defesa e luta por tais direitos.

A relação entre a própria concepção de vida digna é conexas ao sistema de direitos fundamentais que se possa consagrar socialmente, por isso se estabelece uma simultânea relação reflexiva e eis por que é um dever da sociedade em suas interações consagrar e garantir os direitos humanos.<sup>18</sup>

Exatamente por conferir aos titulares um conceito de dignidade, é preciso entender qual é o real alcance dos direitos humanos, quando contrapostos à vida da sociedade e sua relação com a universalidade dos indivíduos.

A relação entre os direitos humanos e a ideia de dignidade é intrinsecamente conexas, uma vez que aqueles promovem desdobramentos,

---

15. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 268.

16. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 130.

17. LUMIA, Giusepe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 135.

18. HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1994. p. 36.

inclusive no âmbito das relações políticas, nessa premissa básica de consideração humana.

Ao tratar do tema, Sarlet expressa que: “o reconhecimento e a garantia dos direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral) constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana”.<sup>19</sup>

Se, por um lado, não é certo que as crenças cristãs tenham sido as que primeiramente lograram consagrar a ideia de dignidade humana,<sup>20</sup> deve-se ter em vista que o pensamento cristão sempre teve como base a ideia de dignidade como representatividade da natureza do homem e como retrativa da divina.

A influência do pensamento cristão, embora muitas vezes não corroborado por algumas instituições, o caso da santa inquisição, tem um papel fundamental na formação dessa base conceitual.<sup>21</sup>

Essa base ganha maior concretude na filosofia moral de Kant, especialmente na sua formulação de dignidade humana que se baseia na consideração do homem como um fim em si mesmo e nunca como um meio para o alcance de outros objetivos. Essa definição permite a compreensão das categorias formadas pelas coisas, pelas pessoas e também a consideração do ser humano como autônomo.

A influência de Kant nesse âmbito é enorme a ponto de Cataneo afirmar que: “l’affermazione kantiana del principio della dignità umana, l’indicazione del valore dell’essere umano quale fine in se stesso, rappresenta l’espressione filosofica più elevata della dottrina giuridico-politica dell’illuminismo”.<sup>22</sup>

Entretanto, como anota Sarlet, à noção de dignidade kantiana foram agregados alguns elementos para dar-lhe concretude nas sociedades

19. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 46.

20. Idem, *ibidem*, p. 30.

21. DESIMONI, Luis Maria. *El derecho a la dignidad humana*. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 106.

22. CATANEO, Mario A. *Dignità umana e pace perpetua: Kant e la critica della politica*. Padova: Cedam, 2002. p. 19.

complexas contemporâneas. A ideia de fim em si mesmo, que está no núcleo da noção de dignidade de Kant, deve ser explicitada levando em conta a natureza intersubjetiva dessa dignidade e até mesmo sua evidente irrenunciabilidade e inalienabilidade.<sup>23</sup> Ao lado de tais elementos, coloca-se a obrigatoriedade de as instituições adotarem a dignidade da pessoa humana como objetivo de sua atuação positiva e notadamente sua proteção.

Nesse sentido, a autonomia representativa da dignidade humana leva à formulação de um sistema de direitos fundamentais que possibilita sua construção nas sociedades complexas. Deve-se ter em vista, ao lado disso, que a noção de dignidade, à medida que tem compromisso com os direitos fundamentais, deve dar o devido peso à pluralidade que está encerrada nas sociedades democráticas.

Naturalmente, assim, a noção de dignidade transbordou para a estruturação de um sistema de relações políticas entre os cidadãos e o Estado que refletia esse conceito como parâmetro válido de apreciação.

Perez atesta que: “muy especialmente, el Estado viene ineludiblemente obligado a respetar y proteger la dignidad. Reconocida la persona y su dignidad, el Estado y demás entes públicos deben respertala y protegerla”.<sup>24</sup>

Isso decorre naturalmente do fato de que a dignidade da pessoa humana impõe-se como uma base estrutural sobre a qual os sistemas jurídicos modernos são construídos. Como bem aponta Piovesan, trata-se de: “verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica”.<sup>25</sup>

Para ter essa visão universalista (humanista), é preciso tomar como premissa que os indivíduos de uma sociedade, qualquer que seja ela, têm direito a determinadas condições mínimas de existência que lhes conferem o *status* de pessoa humana. O *status* de pessoa humana somente pode ser atribuído na medida em que determinados conteúdos mínimos da vida são assegurados aos indivíduos.

23. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 41.

24. PEREZ, Jesus González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 61.

25. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 390.

Nessa direção, o conteúdo dos direitos humanos aponta para a inserção do homem em um ambiente natural, social, político e cultural suficientemente adequado para promover não somente a sua vida, entendida como mera sobrevivência no tempo, mas também garantir um patamar superior derivado da noção de dignidade.

Nesse exato sentido, a vida digna, que é decorrente do ambiente estabelecido em consonância com a observância dos direitos humanos, é, de certo modo, o resultado teleológico desses direitos.

Nesse sentido, parece extremamente significativa a posição de Weiss, quando afirma que, nesse campo, mais que tudo, há a finalidade de: “consolidar a noção atualizada de dignidade fundamental do ser humano, fonte de seus direitos positivados”.<sup>26</sup>

É a partir dessa base que é possível construir um conceito de dignidade humana mínima reconhecida universalmente, relacionada à garantia efetiva dos direitos humanos.

No momento em que se reconhece que os direitos humanos possibilitam a resistência aos poderes institucionalizados e, ao mesmo tempo, visam assegurar a existência digna, verifica-se a consolidação do sentido jurídico desses direitos.

Tais direitos, portanto, não somente têm importância no campo social, moral, ou filosófico, mas ganham significado jurídico, à medida que podem ser invocados como substrato para a tutela individual das pessoas humanas.

Ao mesmo tempo, também ganham densidade jurídica, uma vez que se retiram do campo puramente especulativo e se apresentam sob a forma de regras de direito internacional, ou mesmo são positivados nas cartas constitucionais.

Esse fenômeno em particular, o da positivação dos direitos humanos, em certo sentido, aponta para o reconhecimento de uma ordem jurídica não escrita anterior, mas plenamente eficaz e efetiva, que, com a positivação, ganha apenas a concretude técnica necessária para viabilizar a defesa daqueles direitos em termos de oponibilidade geral.

---

26. WEISS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 110.

Nesse diapasão, reconhecer a positivação significa de certo modo apreender a preexistência dos direitos humanos a um ambiente normativo estabelecido. Isso porque não podemos deixar de vislumbrar na norma o seu caráter ético-cultural fruto dos processos sociais.<sup>27</sup>

Então, para a configuração, apontam-se alguns caracteres essenciais dos direitos humanos: a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a transnacionalidade.<sup>28</sup>

A universalidade está fundada na ideia de inerência dos direitos humanos; ou seja, a condição de ser humano assegura um conjunto de direitos que independem do reconhecimento formal do Estado, da sociedade ou mesmo dos demais indivíduos.

Por sua natureza difusa,<sup>29</sup> os interesses humanos são indivisíveis, não podendo, assim, ser cotizados e apropriados individualmente. A indivisibilidade própria dos interesses difusos se aplica perfeitamente aos direitos humanos. Não há como parti-los em cotas que possam ser distribuídas a todos os jurisdicionados, pelo contrário, esse objeto pauta-se pela espécie de comunhão que determina que seu cumprimento ou descumprimento afeta todo o conjunto da coletividade.

São *interdependentes*, à medida que a efetividade de um direito humano depende (ou pode depender) de um outro direito ou de um conjunto

---

27. DINIZ, Maria Helena. *Ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 56.

28. WEISS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*, p. 121.

29. Os direitos humanos são difusos quanto à sua titularidade, apresentando, além da indivisibilidade, outros caracteres significadores: são valores transativos e mutáveis no tempo e espaço. São *indeterminados*, pois não há como estabelecer um critério subjetivo de determinação dos possíveis titulares, seu conteúdo por definição independe de qualquer vínculo jurídico que possa agregar os sujeitos em decorrência de situações de fato contingenciais. De outro lado, não se pode desconhecer que há um processo de construção contínua desses valores, determinando o sistema de valoração axiológica de cada sociedade, detendo, em sua essência, um conflito permanente baseado nas interações e reações dos diversos grupos e suas respectivas cosmovisões. Esse processo contínuo de elaboração e superação de valores em função da dinâmica social demonstra a intrínseca *conflituosidade* que é característica essencialmente reconhecida pela doutrina dos direitos e interesses difusos. Isso decorre em grande parte do processo de elaboração daquele conteúdo e a sua permanente revisão pelos grupos sociais em embate contínuo.

de direitos, gerando, assim, uma simultânea realização de todos, quando um deles for suscitado.

A *transnacionalidade* está ligada à sublimação dos limites político-territoriais, reconhecendo a existência desses direitos como estritamente ligados ao próprio conceito de dignidade humana que cada sociedade irá compor. Esses direitos são assegurados a qualquer pessoa independentemente de sua cidadania ou nacionalidade.

Então, em síntese, podemos afirmar que os direitos humanos possuem uma dimensão jurídica assente, não só pelo reconhecimento de sua influência nos ordenamentos no campo da interpretação jurídica, como informativa de valores básicos do ser humano, mas também como decorrência de sua positivação em instrumentos internacionais normativos, ou ainda nas próprias Constituições de cada Estado.

Posto desse modo, os direitos fundamentais revelam-se como objeto de proteção de toda a ação estatal e, por conseguinte, como verdadeiro norte metodológico a ser obtido pelo Estado e pela sociedade.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RAWLS

Após feita uma exposição na seção anterior acerca da evolução jurídica dos direitos fundamentais, para adequada abordagem aqui, é preciso verificar se a teoria de Rawls admite a incorporação dos direitos fundamentais.

Seguindo a tradição americana, como antes vimos, Rawls considera direitos fundamentais aquilo que denomina “liberdades básicas”. Para ele, as faculdades morais dos cidadãos, que analisamos anteriormente,<sup>30</sup> **são intrinsecamente relacionadas às liberdades básicas que delas decorrem.**

Isso quer dizer que, sendo reconhecida a possibilidade de exercício das faculdades morais, automaticamente será necessário garantir certas liberdades básicas, sem as quais aquelas não podem ser exercidas.

A teoria engloba, assim, um conjunto de liberdades que foram arranjadas de modo a fazer valer as faculdades morais e os princípios de justiça, sendo estes o núcleo da concepção de sociedade bem-ordenada.

---

30. Vide capítulo III.

Em Rawls a lista de liberdades básicas é feita de forma analítica: “avaliamos quais liberdades fornecem as condições políticas e sociais essenciais para o adequado desenvolvimento e pleno exercício das duas faculdades morais das pessoas livres e iguais”.<sup>31</sup>

Assim, as liberdades básicas que devem ser garantidas são derivadas da capacidade de cada cidadão de ter um senso de justiça e formar uma concepção de bem, de modo a viabilizar, nos dois casos, a possibilidade de ação conforme essas faculdades.

Nesse sentido, Rawls<sup>32</sup> estabelece que as liberdades básicas estão relacionadas por um critério de precedência ligado ao exercício das faculdades morais.

Deste modo, o primeiro conjunto de liberdades contém os direitos políticos iguais para todos, juntamente da liberdade de pensamento e expressão, bem como dos demais direitos dos quais dependa a interação no âmbito da razão pública.<sup>33</sup>

O segundo conjunto de liberdades básicas decorre da faculdade de adotar uma concepção de bem e agir em função dela, englobando, assim, a liberdade de consciência e a liberdade de associação.<sup>34</sup>

O terceiro conjunto é formado pela “liberdade e integridade (física e psicológica) da pessoa e os direitos e liberdades garantidos pelo estado de direito”.<sup>35</sup>

Esse último conjunto se insere entre as liberdades básicas sempre que efetivamente os direitos que o compõem forem necessários para garantir o exercício daquelas liberdades precedentes.

Trata-se de um rol bastante amplo e claramente compatível com as diversas ondas constitutivas dos direitos fundamentais, tal como os ex-

---

31. RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 64.

32. Vale dizer que o critério adotado inicialmente em *Uma teoria da justiça* foi revisto em *Justiça como equidade* a fim de responder a observações que Hart havia feito a respeito desses critérios (RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, p. 158).

33. Idem, ibidem, p. 158.

34. Idem, p. 159.

35. Idem, p. 159.

minamos até aqui. Assim, pode-se admitir que Rawls assume os direitos fundamentais tal como reconhecido pelo direito.

Basta ter em vista que, ao considerar a qualificação dos direitos decorrentes do Estado de Direito e da liberdade e integridade física e psicológica como enquadrável na noção de liberdades básicas, Rawls admite que entre elas existe a relação de interdependência.

A lista de liberdades básicas de Rawls retrata claramente a teoria dos direitos fundamentais, conforme tivemos a oportunidade de analisar na primeira seção deste capítulo, havendo, inclusive, a abertura para que outros direitos sejam assim considerados sempre que o exercício das faculdades morais deles depender.

Assim, pode-se, e aqui o fazemos, admitir que o quadro de liberdades básicas que compõem o exame da estrutura básica e das políticas públicas, como adiante veremos, ajusta-se ao conceito de direitos fundamentais tal como analisado antes.

### **3. APERFEIÇOANDO O MODELO TEÓRICO: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DE GILMAR FERREIRA MENDES<sup>36</sup>**

O modelo teórico que estamos desenvolvendo propõe que em uma sociedade governada por princípios de justiça há necessidade de que as iniciativas legislativas e executivas estejam sujeitas a um sistema de controle judicial.

Já argumentamos que esse controle judicial não pode ficar adstrito ao aspecto formal, mas necessariamente tem que incidir sobre a matéria das decisões executivas e legislativas sempre que estas, elaborando ou implementando políticas, no sentido que expusemos no presente estudo, tenham potencialidade para violar direitos fundamentais.

---

36. Devo esse item à sugestão dos Profs. Celso Campilongo e Paulo de Tarso Ribeiro na defesa da tese que originou o presente bem como ao comentário do Prof. André Ramos Tavares.

Assentamos também que o controle judicial de cunho material deve usar como referência os fatores que podem ser extraídos da Teoria Da Justiça de Rawls, como expusemos antes.

Há um ponto, porém, que merece nossa atenção. Vamos admitir que no sistema teórico que estamos elaborando exista uma carta de direitos positivada. O recurso aos elementos que derivam da teoria da justiça ainda seria útil na concepção do controle judicial? Avançando: a interpretação constitucional fundada no princípio da proporcionalidade não seria suficiente para viabilizar esse controle judicial?

Trata-se de questionamentos correlatos que, na verdade, perquirem a respeito de a possibilidade da interpretação constitucional dos direitos fundamentais nos moldes tradicionais absorver, em nosso modelo teórico, o papel que creditamos à teoria de Rawls.

Pontuamos, desde logo, que esse questionamento está assentado na ideia de que a proporcionalidade interna ao sistema constitucional pode oferecer, independentemente de qualquer parâmetro externo, a decisão mais adequada aos conflitos entre direitos fundamentais.

Essa premissa, a nosso ver, deve ser refutada por duas razões que vamos desenvolver em seguida: a primeira razão é que a proporcionalidade parametrizada pelo sistema constitucional é bastante limitada como estratégia institucional; a segunda e mais importante é que a proporcionalidade se torna uma estratégia muito mais forte se for referenciada por uma indicação externa ao sistema constitucional, como os princípios de justiça equitativa.

Em um conflito entre políticas e direitos fundamentais exige-se, para a perfeita compreensão do argumento, que seja feita uma distinção inicial entre a proporcionalidade imediata e a proporcionalidade mediata. A primeira decorre da verificação da necessidade e adequação tendo por referência os direitos protegidos pelo próprio sistema constitucional; a segunda, mais ampla, exige a ponderação a referências explicitadas para além daquele sistema, como os princípios de justiça equitativa.

Tais conflitos não podem ser efetivamente resolvidos apenas com o recurso a proporcionalidade imediata, isto é, é fazendo uso de uma noção de proporcionalidade apoiada estritamente na compatibilidade da decisão

ao próprio sistema constitucional. A razão pública comporta um campo de atuação muito mais amplo e mais eficaz para sustentar a legitimidade de decisões em uma sociedade democrática.

Analisando a proporcionalidade imediata, Gilmar Ferreira Mendes, singrando, sobretudo, a análise dos direitos fundamentais do ponto de vista da tutela constitucional, estabeleceu o princípio da proporcionalidade como o padrão mais adequado para funcionar como justificador do controle judicial, notadamente quanto ao campo da atividade legislativa.

Ainda que não discrepe em geral da análise que efetuamos nas seções anteriores, quanto a natureza e definição dos direitos fundamentais, a visão centrada no parâmetro extraído do sistema avança significativamente na ponderação dos limites desses direitos, tendo como pano de fundo a própria interpretação constitucional.

Nesse escopo sugere que a formatação de um direito fundamental depende da construção teórica assentada sobre o texto constitucional que não somente lhe dará conteúdo central, como possibilitará a investigação a respeito de eventuais limitações impostas.

Desse modo aponta:

o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.<sup>37</sup>

A construção dogmática dos direitos fundamentais, tal como concebida, depende, assim, de uma ação construtiva prévia à qualquer reflexão restritiva. Essa atividade construtiva, contudo, não é arbitrária, posto que fundada, de antemão, em um limitador conhecido.

Essa questão é essencial para subsidiar a crença no princípio da proporcionalidade como parâmetro adequado para forçar uma conciliação entre as teorias absoluta e relativa no que diz respeito ao limite das restrições

37. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

que podem ser cogitadas a um direito fundamental.<sup>38</sup> Portanto, sugere que tal princípio possa atuar como mediador entre as duas abordagens.

Tal conciliação visa objetivamente oferecer um subsídio mais imediatamente voltado para a reflexão teórica incidente sobre as relações constitucionalmente reguladas entre os Poderes.

Mendes supõe que a atividade legislativa está sujeita ao controle judicial tendo por suporte a premissa de que a discricionariedade legislativa encerra, “a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação”.<sup>39</sup> Naturalmente, a segunda ideia, a de limitação, sugere que a extrapolação dos limites desencadeia a possibilidade de controle judicial. Nessa esteira de pensamento, o princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro de atuação. Daí a preocupação em estabelecer as feições mais precisas do princípio:

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito Constitucional envolve, como observado, a apreciação de necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.<sup>40</sup>

Tem-se em vista, deste modo, a busca pelo estabelecimento de um critério para definir o padrão de atuação do Judiciário quando se tem em foco a atividade legislativa. Naturalmente, tal perspectiva parte do reconhecimento de que o controle judiciário não é desejável em todas as circunstâncias, sendo, assim, uma atuação excepcional que admite os argumentos em prol da segregação das funções estatais que, por sua vez, subsidiam essa reserva da atuação judiciária exclusivamente na conformação das ações produzidas pelos Poderes Executivo e Legislativo a certos marcos referenciais de natureza jurídica e política.

A estratégia para legitimar essa intervenção, isto é, a atuação controladora do Judiciário na atividade legislativa, que aqui ampliamos, sem suporte no texto de Mendes, ao Poder Executivo, tem como substrato

38. Idem, *ibidem*, p. 44.

39. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 47.

40. Idem, *ibidem*, p. 48.

central a ideia de que há uma diretriz dada de antemão fundada no próprio Texto Constitucional.

Essa estratégia tem como ponto forte sua evidente objetividade estabelecida a partir da expressão positiva de valores constitucionalizados, porém não nos parece que a interpretação constitucional centrada no texto, por mais ampla que seja, possa oferecer elementos suficientes para viabilizar o controle judicial de políticas públicas em um modelo como o que desenvolvemos.

Essa posição, assentada sobretudo na conhecida noção de relação de precedência condicionada tal como estruturada por Alexy,<sup>41</sup> está adstrita à ideia de sistema constitucional, isto é, a ponderação levará à formulação e definição dos direitos fundamentais sempre tendo como apoio o próprio sistema.

Qualquer interpretação assentada nesse fundamento, admitindo a proporcionalidade tal como explanada por Mendes será feita tão-somente em sentido imediato, isto é, tendo o próprio sistema constitucional como parâmetro, o que é uma estratégia jurídica e política claramente limitada e inadequada para a formulação de um modelo que busca adotar como base os princípios de justiça equitativa.

O sistema constitucional derivado de uma Carta de direitos, se não concebida nos moldes equitativos, não tem menor compromisso de levar em consideração os princípios de justiça. Logo, uma interpretação dela derivada, por mais ampla que seja, estará sempre sujeita àqueles limites iniciais, o que inviabiliza a produção de decisões efetivamente capazes de transcendê-los.

Por isso, em um modelo teórico como o nosso, as relações institucionais entre o Judiciário e os demais poderes não pode ficar adstrita à proporcionalidade no âmbito puramente constitucional, porque os princípios da justiça têm uma função prospectiva que não pode ser alcançada por meio de uma interpretação que busca a adequação aos direitos já reconhecidos.

---

41. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. 2002. p. 157.

Para tornar útil ao nosso modelo a noção de proporcionalidade, teríamos que vê-la, além da forma imediata, sob a forma mediata, tendo como parâmetro os próprios princípios de justiça equitativa.

O choque entre direitos fundamentais e políticas, assim, teria como primeiro nível uma averiguação no âmbito do sistema constitucional, mas somente poderia ser considerada efetivamente ponderada a decisão quando justificada em segundo nível, mais amplo, fundada nos princípios de justiça equitativa mediante o uso da razão pública.

Isso significa impor um segundo nível de ponderação reforçando a validação dos argumentos jurídicos concebidos pelos tribunais para o campo da razão pública fundada na justiça equitativa.

Essa estratégia é capaz de permitir uma interação realmente equilibrada entre os Poderes viabilizando um controle judicial capaz de efetivamente consolidar o sentido mais amplo dos direitos fundamentais.

Isso é essencial porque não há dúvida de que a proporcionalidade mediata, como bem aponta Mendes, está centrada em uma visão fracionada dos direitos fundamentais, isto é, cada direito fundamental exige uma construção singular com um caráter nitidamente tópico. A proporcionalidade mediata por sua vez possibilita que os princípios de justiça equitativa funcionem como elemento agregador de uma teoria global dos direitos fundamentais.

Deste modo, entendemos que, ainda que possa integrar ao modelo a proporcionalidade como estratégia de superação de conflitos envolvendo direitos fundamentais, ela tem um papel bastante limitado que não afasta a necessidade de manutenção dos princípios de justiça equitativa como um nível mais amplo de justificação fundada na razão pública.

#### **4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO: A NECESSIDADE DE RECOLOCAÇÃO DO PROBLEMA**

A tese da formulação e execução de políticas públicas como um exercício de discricionariedade pelo Poder Executivo de modo insindicável pelo Poder Judiciário já foi efetivamente refutada no capítulo anterior.