

ALGUMAS PONDERAÇÕES EM TORNO DA NECESSIDADE DE LIMITES AO ALARGAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ítalo Melo de Farias*

RESUMO: A popularização do discurso acerca dos direitos fundamentais e o contínuo processo de alargamento/reconhecimento no qual estão inseridos sugerem a possibilidade de um desvirtuamento da construção teórica dos direitos fundamentais, ocasionado por uma aparente perda de “*fundamentalidade*”, em razão da banalização do discurso que envolve esse tipo normativo ou, ainda, diante de um certo acirramento de posições jurídicas que envolvem a tomada de decisões políticas (*jusfundamentalismo*). De fato, atualmente, os direitos fundamentais constituem a base da estrutura jurídica do Estado de Direito Democrático, cuja finalidade principal reside em atender aos pressupostos da dignidade da pessoa humana. Todavia, na busca por uma maior proteção dos direitos em geral, opta-se por uma ampliação excessiva da temática relacionada aos direitos fundamentais, o que na realidade provoca um efeito inverso, com a desestabilização do conteúdo ontológico desses direitos. Exemplo disso, é a questão que envolve a aprovação da proposta de emenda à Constituição nº 479-A, de 2010, de autoria do Deputado Federal Sebastião Bala Rocha, com o objetivo de acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Alargamento. Reconhecimento. Fundamentalidade. Limites.

ABSTRACT: The popularization of the discourse on fundamental rights and the ongoing process of enlargement / recognition to which they belong suggests the possibility of a distortion of the theoretical construct of fundamental rights, caused by an apparent loss of "fundamentality", due to the trivialization of the discourse surrounding this normative type, or even facing a certain intensification of juridical positions that involve the taken of some political decisions (*jusfundamentalism*). Currently, in fact, fundamental rights form the basis of the legal structure of the Democratic State of Law, whose main purpose is to meet the presumptions of dignity of the human beings. However, in the quest for greater protection of rights in general, an excessive expansion of themes relating to fundamental rights is chosen, which actually causes the opposite effect, with the destabilization of the ontological content of those rights. An example of this is the issue that involves the adoption of an amendment proposed to the Constitution No. 479- A, 2010, authored by Congressman Sebastião Bala Rocha, aiming to add to the item LXXIX art. 5 of the Brazilian Federal Constitution, to include access to high speed internet among the fundamental rights of the citizen.

KEYWORDS: Fundamental rights. Enlargement. Recognition. Fundamentality. Limits.

55

* Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (FDUC). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Santarém/PA (CEULS/ULBRA) e na Escola Superior de Advocacia da OAB/PA (ESA/PA). Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Santarém/PA. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

A ideia a ser tratada nessa pesquisa parte da premissa de que os direitos fundamentais representam o maior avanço vivenciado pela ciência jurídica moderna, relacionados à afirmação do ser humano e sua necessidade de auto realização, consistindo no grande projeto da modernidade a partir da concretização dos valores relacionados à dignidade da pessoa humana.

Assim, levando-se em consideração tudo que já foi dito acerca de direitos fundamentais, consideramos que muito ainda pode ser esclarecido sobre essa vertente jurídica, principalmente (1) a partir da sua afirmação nos ordenamentos jurídicos ocidentais¹; (2) consequentemente, a necessidade de se assegurar maior efetividade/aplicabilidade a esses direitos; (3) e, ainda, pela problemática atinente ao fenômeno do contínuo processo de alargamento de direitos fundamentais, tanto em âmbito interno como internacional².

Esses pontos indicam a multiplicidade de discursos possíveis a partir da temática dos direitos fundamentais, constituindo fonte inesgotável que precisa ser explorada pelos aplicadores do direito, a fim de proporcionar parâmetros confiáveis de aplicabilidade da norma jurídica fundamental.

É de se notar, ainda, que o desenvolvimento dos direitos fundamentais foi reflexo da experiência histórica da sociedade. Nesse sentido, em diferentes épocas, houve a necessidade de que a sociedade reivindicasse o reconhecimento de direitos e garantias no escopo de assegurar efetividade a valores fundamentais, como a liberdade, a participação política, o direito a determinadas prestações sociais e outros.

Logicamente, esse processo de reconhecimento e formação da ideia de direitos fundamentais se deu paulatinamente, por implicar em limitações ao poder estatal e, até mesmo, por representar a necessidade de prestações positivas por parte do ente estatal, apresentando-se como um fenômeno de contínuo alargamento de direitos com o *status* de fundamental.

Por outro lado, o mero reconhecimento dos direitos, por si só, não possui o condão de assegurar a efetividade, tornando-se necessário dotar o titular dos direitos de instrumentos/garantias de aplicabilidade dos direitos fundamentais,

¹ O constitucionalismo tornou os direitos fundamentais elemento material das constituições democráticas.

² O fortalecimento de organismos internacionais trouxe o debate acerca dos Direitos fundamentais para um âmbito externo, o que acaba por fortalecer a sua ideia.

dessa situação surge a noção de direitos subjetivos, aplicabilidade imediata, vinculação do legislador³.

Cumpre, ainda, assinalar que o processo de alargamento de direitos fundamentais é motivado pela pluralidade de discursos possíveis a partir dessa temática, e que a afirmação perpassa pela identificação de novas situações e sujeitos titulares de direitos reconhecidamente fundamentais, como no caso dos direitos das minorias, ao ambiente ecologicamente equilibrado, a defesa do consumidor, entre outros.

Desse modo, a exposição partirá da formação e evolução da construção teórica dos direitos fundamentais, abordando sua consagração no corpo dos sistemas jurídicos ocidentais, a fim de atingir a problemática de saber quais os critérios necessários para distinguir o “*direito comum*” daquele “*direito dotado de caráter fundamental*” (o que torna um direito fundamental?) para, a partir desse ponto, investigar a verdadeira necessidade da proteção da norma jurídica fundamental e, ainda, acerca da necessidade de limites ao seu alargamento, no escopo de preservar o “*conteúdo essencial*” dos direitos fundamentais.

2 A IDEIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

Conceitualmente a noção de direitos fundamentais distingue-se daquela atribuída aos direitos humanos, entre outras coisas, por aqueles implicarem no reconhecimento positivo de valores jurídico subjetivos no âmbito interno dos Estados Nacionais, cuja proteção esteja assegurada constitucionalmente, a partir da formulação de um regime normativo diferenciado. Por sua vez, os direitos humanos transitariam em uma zona internacional, resguardados por organismos e organizações de natureza supranacional, responsáveis por sua proteção e desenvolvimento⁴.

Todavia, tal diferenciação possui importância meramente didática e não provoca maiores dificuldades, em razão da origem comum desses valores no plano da ciência jurídica moderna.

³ No caso específico do Brasil, diversamente do que ocorre no constitucionalismo português, onde apenas os direitos fundamentais de liberdade e garantia ou análogos possuem aplicabilidade imediata, salvo naqueles casos em que haja a necessidade imperiosa de que o legislador materialize o direito, evolui-se no sentido da ideia de **constituição normativa**, conferindo-se aos direitos fundamentais em geral a aplicabilidade imediata: art. 5º §1º **as normas definidores dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata**

⁴ Cf. por todos CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Almedina, Coimbra, p. 377-378.

De fato, por se tratar de uma ideia complexa, os direitos fundamentais podem ser analisados sob diversas perspectivas, como sugere VIEIRA DE ANDRADE, ao propor uma visão tripartite. Assim, para o referido autor, os direitos fundamentais podem ser conceituados em três vertentes: *filosófica* ou *jus-naturalista*; *estadual* ou *constitucional*; *universalista* ou *internacionalista*⁵.

É possível identificarmos o discurso relacionado aos direitos fundamentais desde a antiguidade⁶, porém a sua afirmação político-institucional somente se deu na idade contemporânea, relacionada ao pensamento individualista-liberal que caracterizou as revoluções burguesas do Séc. XVIII⁷. Com efeito, em vista das novas exigências que o capitalismo mercantil impôs às relações entre Estado e sociedade, passou-se a admitir uma superação do paradigma da legitimação divina, a fim de se atender um ideal racionalista, identificado com a liberdade do indivíduo enquanto sujeito de direitos.

Atualmente, a ideia de direitos fundamentais encontra-se consolidada na ciência jurídica e reconhecida como princípio e finalidade do Estado de Direito Democrático⁸. Essa condição só foi alcançada pelos direitos fundamentais após um longo período de formação e de experiência histórica, mais recentemente justificada na necessidade de autorrealização do ser humano, considerado enquanto indivíduo, frente ao Estado e a sociedade.

Desse modo, os direitos fundamentais são inicialmente aspirações de liberdade de um ser humano imerso num mundo coletivizado e autoritário, no qual as perspectivas de promoção individual e busca da felicidade são mínimas

58

⁵ Sobre isso ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. pág. 15-50.

⁶ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Em sentido contrário ver CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Ed. Almedina: Coimbra, pág. 380-381, [...] quando se põe a pergunta da existência da ideia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Dessa forma, concordamos que apesar da presença de indicativos da noção de direito humanos na antiguidade, claramente esse discurso não chegou a se concretizar numa posição jurídico-institucional, assim, o próprio autor adverte em trecho seguinte: [...] Todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia de direitos fundamentais.

⁷ Sobre isso ver MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, vol. IV**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pág. 25.

⁸ Em seu art. 2º a Constituição da República Portuguesa se refere expressamente a essa interligação nos seguintes termos: “a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência dos poderes, visando a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

e desconsideradas. Essa realidade justifica o antagonismo do indivíduo em relação ao Estado, a fim de que este reconhecesse em favor daquele a inviolabilidade de esfera de liberdade não sujeita à atuação estatal.

Esse momento coincide com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, cujo marco encontra-se no conjunto das revoluções burguesas que impuseram o fim da Idade Moderna, assinalando o início da contemporaneidade. É de se notar, que naquela altura, o principal interesse da burguesia estava em limitar os poderes do Estado absoluto, a fim de atender aos seus próprios anseios de liberdade, o que naquela altura se exprimia pela preservação da propriedade⁹.

O papel do Estado nesse modelo liberal se resume à manutenção da ordem e da paz social, incumbindo-lhe somente a função de mediador dos conflitos sociais, sem que isso implique em intervenções nos campos econômicos ou sociais¹⁰.

Apesar disso, essa primeira geração¹¹ de direitos não conduz ao reconhecimento imediato de direitos fundamentais extensível a todos os cidadãos¹². Dessa forma, a necessidade da implementação de direitos não se mostrou suficiente, em vista da exclusão de grande parte da sociedade do usufruto de direitos, principalmente aqueles que significam ingerência nos negócios do Estado.

As classes excluídas não ficaram indiferentes, forçando a ampliação da participação política a todos os cidadãos, o que acabou finalmente por fazer com que a classe burguesa abrisse mão da exclusividade do poder, em nome de uma noção de *igualdade democrática*.

Nesse sentido, a revolução industrial e o conseqüente recrudescimento do capitalismo, aumentaram o estado de marginalização da classe operária, na medida em que se maximizaram as desigualdades entre patrões e o proletariado. Esses fatores vieram denotar o fracasso do modelo liberal-burguês e a insuficiência do Estado em responder as aspirações sociais.

⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Almedina, Coimbra, p. 384.

¹⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. págs. 52 e 53.

¹¹ Sobre os termos dimensão ou geração de direitos Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.

¹² É importante salientar que não se pode falar nessa fase histórica propriamente de direitos fundamentais por lhes faltar justamente a universalidade, exemplificativamente o direito de voto continuou a ser censitário, ou seja, em razão da renda do cidadão.

Por seu turno, inspirados no pensamento marxista, os operários exigiram mudanças urgentes em suas condições de vida, intensificando-se os conflitos com a *classe dominante*¹³. A partir desse dualismo nasceu a síntese de um sistema inspirado no modelo dos direitos humanos que reconhecia a existência de direitos sociais extensíveis a todos, e cuja responsabilidade pela implementação estaria a cargo do Estado.

Em outras palavras, esse processo motivou aquilo que a doutrina convencionalizou chamar de *socialização dos direitos fundamentais*, baseando-se na necessidade do reconhecimento da dignidade dos seres humanos.

A característica marcante dessa geração de direitos reside na exigência de prestações positivas por parte do ente estatal, ou seja, já não se mostrava satisfatório que o Estado unicamente se abstinhasse de intervir na vida privada dos indivíduos, porém na sede desse pensamento, tornava-se fundamental torná-lo responsável direto pela implementação de uma série de direitos que conduzissem a sociedade ao usufruto de condições mínimas para uma existência digna e cercada de iguais oportunidades¹⁴.

60

Na segunda metade do século XX, passado o horror vivenciado durante 2ª guerra mundial e na iminência de um conflito nuclear, a humanidade se confronta com a fragilidade que representa a vida sobre o planeta, e passa a reivindicar a defesa de valores que não possuem como destinatário comum o indivíduo ou grupo social determinado, porém umbilicalmente atrelados à dignidade da pessoa humana.

Esses valores representam uma nova forma de se pensar o direito e indicam um compromisso que vai além da defesa de interesses individuais e imediatos da relação Estado-indivíduo, a fim de abranger conceitos de solidariedade numa perspectiva difusa. Dessa maneira, podemos definir como integrantes dessa categoria aqueles direitos relativos ao ambiente, à preservação do patrimônio cultural, tendo como fundamento os interesses das gerações futuras, assim como, em alguns aspectos, os direitos dos consumidores.

Todavia, a temática atinente à evolução dos direitos fundamentais não se esgota nesse ponto, em vista da multiplicidade das relações existentes no seio da sociedade e sua dinamicidade, ademais, as alterações das estruturas sociais

¹³ Não nos parece possível falar em direitos fundamentais propriamente ditos em Marx, sobretudo pelo fato do pensamento marxista identificar a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria burguesa, ou seja, como parte da ideologia da classe dominante.

¹⁴ Acerca de uma noção de justiça igualitária ver RAWLS, Jonh, **Uma teoria da justiça**, 2ª ed., trad. Carlos Pinto Correia, Editorial Presença, Lisboa, 2001.

desencadeiam novas formas de se pensar o direito, ditados pelos avanços da ciência e da economia, como nas áreas da biotecnologia, telecomunicações, setor energético e no sistema financeiro.

Assim, conforme demonstrado anteriormente, o processo de reconhecimento desses *novos direitos* não se dará de forma imediata e espontânea, senão como exigência de uma sociedade responsável, tendo sempre em consideração a experiência da construção teórica dos direitos fundamentais.

É de se ressaltar que a importância do discurso sobre direitos fundamentais reside ainda no fundamento material proporcionado ao Estado Democrático de Direito e a formulação de uma espécie de finalidade ou comprometimento com a efetivação desses direitos.

2.1 O contínuo processo de reconhecimento dos direitos fundamentais

Partindo-se da análise do conceito de direitos fundamentais e seu processo evolutivo, conclui-se que não constituem um campo hermético as mudanças sociais, ao invés disso, encontram-se em contínuo processo de expansão motivado no reconhecimento dos atores sociais e suas necessidades de afirmação de posições jurídicas elementares, formando talvez a área mais sensível da ciência jurídica.

Esse fenômeno pode ser definido como *reconhecimento* ou *alargamento* de direitos fundamentais. Aparentemente, essas expressões tratam da mesma coisa, porém em nossa opinião é possível se traçar sutis diferenças.

O reconhecimento se refere à inovação na ordem jurídica, no ato de se trazer para o bojo do ordenamento jurídico “novos direitos”, os quais poderiam até existir, em uma acepção *jusnaturalista*, mas careceriam de tratamento objetivo pela ciência jurídica. É o que ocorreu em relação ao reconhecimento do direito ao ambiente previsto no art. 225 da CFB/88 que não possui correspondente em textos constitucionais anteriores.

Por sua vez, o alargamento está relacionado ao desdobramento de um direito já existente, através da incidência de novas reflexões e da validação de diferentes posicionamento sócio-políticos, passando a ser formadoras de direitos distintos. Assim, por exemplo, do direito fundamental ao devido processo legal (*due process of law*), é possível prever os desdobramentos do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Assim, importa-nos saber nesse momento, quais os critérios que identificam o fenômeno do reconhecimento/alargamento de direitos fundamentais, a

fim de oferecer um estudo mais coerente dessa matéria, em vista de sua imprecisão.

No início, apontamos que os direitos fundamentais são frutos de uma larga experiência da humanidade, nascida da luta histórica de classes marginalizadas e da necessidade de afirmação de posições jurídicas fundamentais. Na realidade, essa situação denota desde já um critério inicial, pois os direitos fundamentais são na verdade *conquistas advindas de lutas sociais*.

A positivação desses direitos foi o caminho científico encontrado para pactuar entre os organismos que compõem a sociedade a forma com que esses direitos seriam implementados. Desse fato, decorre um segundo critério, a partir de uma leitura normativa que favorece sua identificação com os *direitos objetivamente dispostos nos textos normativos*.

Outro caminho possível para se determinar o que sejam os direitos fundamentais, está em se buscar o significado do seu *conteúdo essencial*, ao se determinar se certo anseio social, manifesto ou não através de norma, refere-se à algum *reflexo da proteção jurídica à dignidade da pessoa humana*.

Esses fatores conjugados indicam a presença de um direito que não se confunde com o direito comum, mas que se identifica com um conjunto de direitos que ocupam lugar central no ordenamento jurídico pelo seu conteúdo axiológico¹⁵.

2.2 A superação do paradigma formal dos direitos fundamentais

O caminho escolhido para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais foi a positivação no texto das constituições modernas. Mais recentemente, essa consolidação perpassa pelo movimento de universalização e *internacionalização dos direitos humanos*¹⁶, que apesar de não contar com o mesmo teor de efetividade daqueles resultantes do reconhecimento interno, por questões de soberania dos Estados, proporciona um importante contributo ao alargamento/reconhecimento de direitos fundamentais¹⁷.

¹⁵ COSTA, José M. M. Cardoso da, **A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais**, BMJ, Lisboa, 1990.

¹⁶ A importância do movimento de internacionalização dos direitos humanos é destaca em BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, pág. 49.

¹⁷ Como explicitado alhures alguns autores apontam diferenças entre o conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, sendo estes o reflexo daqueles no âmbito do ordenamento jurídico de cada país. Neste trabalho os termos procuram ser tratados indistintamente, a fim de ressaltar sua origem comum.

Há de se observar, entretanto, que a solução meramente formal não é capaz de atender satisfatoriamente a multiplicidade dos anseios de proteção das normas de direito fundamental. Assim, passou-se a conceber uma ideia de constituição material, em complementação a formal, com fundamento na anterioridade dos direitos fundamentais (*jusnaturalismo*), demonstrando a opção da constituição por determinada *ordem de valores*¹⁸.

Dessa maneira, na CFB/88 e em alguns outros textos constitucionais¹⁹, as normas dispostas no rol alusivo aos direitos fundamentais tem o caráter meramente exemplificativo, constituindo verdadeiras *cláusulas abertas*, que não possuem o condão de encerrar em seus textos a enumeração de todas as situações dotadas de fundamentalidade²⁰.

Essa medida é de suma importância para a continuidade do processo de evolução dos direitos fundamentais. Até porque, pensar de outra maneira representaria a estagnação dos direitos fundamentais em um sistema de tipicidade fechada, o que ocasionalmente redundaria em retrocesso em relação às conquistas alcançadas.

Dessa forma, consagrando a teoria da cláusula aberta, possibilita-se o reconhecimento de conteúdos de direitos fundamentais para além do texto constitucional. Isso representa um enriquecimento nos debates acerca do conteúdo material dos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira reconhece a existência de direitos fundamentais fora do catálogo²¹. Dessa forma, as possibilidades de que outros dispositivos constantes no texto constitucional possuam o caráter fundamental não foram

¹⁸ A expressão é de Jorge Miranda para quem “[...] se, indirectamente, a Constituição — a americana, como a portuguesa — os prevê é porque adere a uma ordem de valores (ou ela própria encarna certos valores) que ultrapassam as disposições dependentes da capacidade ou da vontade do legislador constituinte, abre para outros direitos — já existentes ou não — que não ficam à mercê do poder político; é porque, a par dos direitos fundamentais em sentido formal, se encontram, em relação constante, direitos fundamentais apenas em sentido material”. Manual de direito constitucional... p. 12.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, vol. IV. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pág. 163.

²⁰ COSTA, José M. M. Cardoso da, **A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais**, BMJ, Lisboa, 1990.

²¹ Art. 5º § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

ignoradas, além de se reconhecer aos tratados internacionais que tratem de matéria de direitos humanos o status de emenda constitucional²².

Na verdade, a determinação do *conteúdo essencial* da norma é fator primordial para a atribuição do seu status de valor fundamental. Isso não quer dizer que o aspecto formal não possua relevo quando se trata de determinar a fundamentalidade da norma jurídica, mas de se observar que este não é seu único elemento identificador.

3 A APARENTE *CRISE DE FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

3.1 A problemática do alargamento excessivo dos direitos fundamentais

O fenômeno do contínuo reconhecimento de direitos fundamentais representa um avanço para a ciência jurídica quando promove a possibilidade de se oferecerem respostas condizentes aos anseios sociais, dotando de proteção jurídica especial grupos de direitos em virtude de sua superior importância²³.

64

A problemática se insere quando o aplicador do direito, na ânsia de assegurar uma maior efetividade ao discurso jurídico, acaba por atribuir *status* fundamental ao direito comum, o que por vezes provoca o efeito reverso, colocando em risco a efetivação de outros direitos fundamentais²⁴.

Além disso, é possível se observar uma banalização do discurso acerca de direitos fundamentais. Na verdade, isso ocorre quando direitos são reivindicados sob um pretenso conteúdo fundamental, mas na verdade não possuem relevo constitucional, traduzindo-se em desvirtuamento de suas bases jurídicas²⁵.

Em Portugal, assim como no Brasil, o problema do alargamento excessivo de direitos fundamentais se apresenta como um efeito colateral do sistema da *cláusula aberta*, agravado sobretudo pela maior abertura dada as fontes de direitos fundamentais²⁶.

²² Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

²³ É necessário frisar que o conceito de fundamentalidade é bastante complexo e pode ser resumido no conjunto de características que diferenciam o direito fundamental do direito comum, ou seja, naquelas especificidades que lhe atribuem a necessidade de proteção especial (**conteúdo essencial**)

²⁴ OTERO, Paulo. **A crise do “Estado de Direitos Fundamentais”**. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. **Lições de Direito Constitucional em Homagem ao Jurista Celso Bastos**, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 179-194.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, 1998, p. 55.

²⁶ Conforme referido no item 1.2.

O processo de alargamento repercute sensivelmente na ordem jurídica, principalmente por acarretar em limitações inversamente proporcionais em outros direitos. Assim, as hipóteses de inovação na ordem jurídica devem estar articuladas em consonância lógica com a uniformidade do regramento jurídico, evitando antinomias e colisões de direitos²⁷.

VIEIRA DE ANDRADE identifica essa situação com o que denomina de *jusfundamentalismo*, que parte de uma busca excessiva de proteção jurídica que não leva em consideração a condição de primariedade e autonomia dos direitos fundamentais, reduzindo seu âmbito de eficácia por *descharacterização e amolecimento*²⁸.

PAULO OTERO por sua vez é mais enfático ao abordar a problema, relacionando-o com a própria *crise do Estado de Direitos Fundamentais*, que na ânsia por assegurar posições jurídicas diversas, coloca em cheque direitos primários à estruturação da vida em sociedade²⁹.

Outra situação que também pode ser caracterizada como de alargamento excessivo está naquelas hipóteses em que o legislador procura atribuir um significado especial ao direito comum com o objetivo de assegurar a proteção vantajosa que o sistema jurídico confere aos direitos fundamentais. Exemplo disso, é a questão que envolve a aprovação da proposta de emenda à Constituição nº 479-A, de 2010, de autoria do Deputado Federal Sebastião Bala Rocha, que "*acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão*", que passa a ficar com a seguinte redação "*é assegurado a todos o acesso à internet em alta velocidade*".

De acordo com o relator da proposta a inclusão do tema no rol do art. 5º, traria o benefício de fomentar a discussão sobre a necessidade de se reduzir a carga tributária sobre os serviços de acesso à banda larga, que no momento atual estão a incidir no percentual de 25% sobre o custo do serviço. Além disso,

²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, vol. IV**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pág. 167: "é um problema que se reconduz à temática geral da colisão de direitos, a prevenir ou a resolver, em todos os casos, de harmonia com os critérios gerais e tendo em conta, em última análise, que uma norma legal que institua um direito contrário ou, na prática, subversivo de um direito constante de uma norma constitucional não pode proceder e deve ser julgada inconstitucional pelos tribunais".

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. pág. 82.

²⁹ OTERO, Paulo. **A crise do "Estado de Direitos Fundamentais"**. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. **Lições de Direito Constitucional em Homagem ao Jurista Celso Bastos**, Saraiva, São Paulo, 2002.

na visão do parlamentar, a referida proposta de emenda à Constituição traria o benefício de proteger o usuário das operadoras de banda larga de bloqueios que possam degradar a qualidade do serviço prestado, independentemente do conteúdo trafegado, da origem e destino da comunicação e da aplicação utilizada pelo internauta, naquilo que se passou a denominar por princípio da neutralidade da rede.

Observa-se que há por parte dos parlamentares uma confusão entre a proposta de emenda constitucional que torna o acesso à banda larga um direito fundamental e os temas que foram discutidos na votação da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada de “marco regulatório da internet”, que disciplina o uso da internet no Brasil e tem entre os seus objetivos conservar o ambiente virtual como um espaço de liberdades, sem que para isso sejam afetadas as noções de respeito ao sigilo de dados, intimidade e privacidade dos usuários, reconhecendo-se assim a vocação social da rede.

Por outro lado, a colocação do acesso à banda larga como direito fundamental, no rol do art. 5º da Constituição, apenas serviria para potencializar o efeito simbólico dos direitos fundamentais. Uma vez que a efetividade da medida tem uma relação muito mais íntima com a realização de políticas públicas que garantam a ampliação da infraestrutura necessária para que a conexão possa ser ofertada a todos os usuários, inclusive, nas regiões mais longínquas do país.

O reconhecimento de um “direito fundamental ao acesso à banda larga” desligado da discussão sobre as políticas públicas necessárias para dar efetividade e esse comando vai resultar num discurso inerte de resultados. A sua inclusão apenas de justificaria no rol dos direitos sociais e em razão do seu regime jurídico específico voltado a própria natureza desses direitos, enquanto dependentes de uma prestação de conteúdo fático.

3.2 A necessidade de limites ao reconhecimento de direitos fundamentais como garantia de manutenção de sua fundamentalidade.

A necessidade de se impor limites ao alargamento excessivo de direitos fundamentais, decorre da própria natureza desses direitos, cujo objeto se identifica aos valores básicos dos seres humanos. Assim, o desvirtuamento dessa noção significa uma afronta ao conteúdo essencial, provocadora do efeito inverso, que coloca em risco a própria causa e eficácia dos direitos fundamentais.

Esse problema sugere uma problemática semelhante àquela causada pelo mero reconhecimento formal de direitos fundamentais, ou seja, conduz a ineficácia da proteção jurídica desejada.

Dessa forma, investigar-se os critérios que definem os direitos fundamentais, seu *conteúdo essencial*, a natureza que lhes define, enfim onde reside sua fundamentalidade, é sem dúvida o caminho capaz de aperfeiçoar o sistema de proteção desses direitos, tornando-os dignos de proteção jurídica privilegiada

Essa matéria tem sido constitui o grande desafio dos aplicadores do direito e apreciada diariamente pela jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, mesmo pelos juízes monocráticos, dotados do *judicial review*, por se tratar de algo cotidiano no campo do direito constitucional.

Diante de tudo, é necessário não perdermos a noção de que *quando tudo se torna fundamental nada mais é fundamental*, e que o reconhecimento e efetivação de um direito passa necessariamente pelo sua existência na consciência coletiva da sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção teórica dos direitos fundamentais produziu importantes reflexos nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, refletindo na elevada proteção da dignidade da pessoa humana, o que de forma alguma representa um projeto acabado. Desse modo, fica clara a importância em se discutir direitos fundamentais, justamente, a fim de se estabelecer um catálogo seguro de direitos que reflitam as condições objetivas da dignidade em uma sociedade politicamente organizada

Porém, para que esse discurso acerca de direitos fundamentais mantenha sua eficácia é imperioso que o enfoque original seja preservado, voltando-se à salvaguarda dos valores da liberdade, igualdade e solidariedade. Essa interpretação restritiva é necessária pelo fato dos direitos fundamentais se constituírem em um regime específico de direitos, cuja influência se alastra a toda a ordem jurídica, vinculando as ações do Estado, com a finalidade da promoção do bem comum.

Dessa forma, é salutar que para a manutenção do *Estado de Direitos Fundamentais* o alargamento/reconhecimento de direitos, seja um processo com base em critérios objetivos, apenas distinguindo aqueles valores dotados de *fundamentalidade*, tendo em vista uma produção humanizada da ciência jurídica e a transformação social. Além disso, a dinamicidade dos direitos fundamentais não pode ser utilizada a todo custo, com a justificativa de se alcançar

resultados significativos ou com o intuito de agradar setores específicos da sociedade.

O discurso relacionado aos direitos fundamentais deve ser pautado em projeções científicas que percebam os reais interesses dignos de proteção jurídica fundamental. Essa identificação do *conteúdo essencial dos direitos fundamentais* deve levar em consideração fatores evolutivos históricos, necessidade de proteção jurídica fundamental e a relação intrínseca com os valores da dignidade da pessoa humana.

Por último, se a vida do ser humano fora da sociedade é impossível, também é verdade que para a manutenção dessa mesma sociedade a ideia de direito é imprescindível. No corpo dessas premissas podemos acrescentar que o reconhecimento de uma ordem distinta de valores, tendo seu fundamento na dignidade da pessoa humana é indissociável da noção de Estado Democrático.

Entendemos que o discurso dos direitos fundamentais tem por objeto direto o ser humano e sua vida num espaço livre de promoção de suas potencialidades e ampla dignidade, qualquer fuga a esse conteúdo não pode ser tratado como direito fundamental, ou seja, não deixa de ser direito, todavia não merece o tratamento privilegiado do legislador.

68

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte), tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã publicada pela Suhrkamp Verlag (2006), São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

AMARAL, Maria Lúcia, A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional, Coimbra: Coimbra, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa**. 3ª ed, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2003.

_____. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização**. Boletim da Faculdade de Direito vol. 66, Coimbra, 1990, p. 151-201.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005.

COSTA, José M. M. Cardoso da. **A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais**. BMJ, Lisboa, 1990.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, Teoria geral dos direitos fundamentais, Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais**. 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

OTERO, Paulo. **A crise do “Estado de Direitos Fundamentais”**. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 179-194.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. 2ª ed., trad. Carlos Pinto Correia, Editorial Presença, Lisboa, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, 1998.