

Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição

Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais

INGO WOLFGANG SARLET

SUMÁRIO

1. O “pano de fundo”. 2. O ponto de partida. 3. A colocação do problema. 4. Existe um direito fundamental de recurso das decisões judiciais para uma segunda instância ou de acesso ao duplo grau de jurisdição? 4.1. Considerações preliminares. 4.2. O catálogo “aberto” e o conceito material de direitos fundamentais: significado e alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. 4.2.1. Direitos materialmente fundamentais individuais e sociais? 4.2.2. Delineamentos de um conceito material de direitos fundamentais na Constituição brasileira e a problemática dos “direitos implícitos”. 4.2.3. Exemplos de direitos materialmente fundamentais. 4.2.3.1. Direitos materialmente fundamentais fora do catálogo, mas com “status” constitucional formal. 4.2.3.2. Direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento na Constituição formal). 4.2.3.3. Direitos apenas formalmente fundamentais? 4.2.4. Limitações do conceito material de direitos fundamentais. 4.2.5. Podemos falar de um direito (e garantia) fundamental do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer para uma segunda instância? 5. A constitucionalidade de fixação de um valor de alçada como limite ao direito (garantia) de acesso ao duplo grau de jurisdição e de recurso das decisões judiciais para uma instância superior. 6. Considerações finais.

1. O “pano de fundo”

A busca de uma justiça mais eficiente e célere constitui preocupação cuja simples menção já alcança ares de obviedade. Dentre as facetas que a problemática suscita, assumem relevo as reformas processuais recentemente incrementadas, a criação, consolidação e ampliação dos juizados de pequenas causas, bem como a implantação de outras fórmulas alternativas de composição dos

litígios e a questão do desafogamento dos tribunais, que atinge todas as esferas da justiça estadual e federal, inclusive (e de modo particularmente angustiante) os tribunais superiores. É justamente nesta última seara que centrar-se-á a nossa atenção. Ventilada a questão de fundo, cumpre, de imediato, enveredar pela senda das proposições de cunho pragmático que se oferecem com vista à superação – ao menos parcial – do citado *status quo*. O leque de opções que se oferece é amplo, de tal sorte que iremos pinçar apenas um dos exemplos que podem, eventualmente, contribuir para uma parcial solução. Cuida-se, no caso, da fixação de um valor de alçada como limite objetivo à interposição de recursos das decisões judiciais. Todavia, fica a ressalva de que o que se propõe é pura e simplesmente a problematização de uma fórmula já conhecida entre nós (basta referir o exemplo do artigo 34 da Lei nº 6.830 de 1980), mas que encontra ainda tímida aplicação.

Na realidade, contudo, a abordagem tangencia igualmente outras formas de restrição ou mesmo de supressão eventual do acesso à superior instância, tais como a fixação de rigorosas cláusulas de preclusão, limitações quanto à matéria, a elevação das custas processuais, etc. A matéria reveste-se de evidente atualidade até mesmo em face da recente lei sobre os juizados de pequenas causas cíveis e criminais (Lei nº 9.099, de 26.9.95), que prevê, em seus artigos 41, parágrafo 1, e 82, *caput*, a possibilidade de recurso (apelação) para uma turma de julgadores integrantes da primeira instância, inclusive em matéria criminal, ressaltando-se o caráter opcional do procedimento na esfera cível. De outra banda, pretende-se – à luz do exemplo concreto – colocar em pauta uma outra problemática, que, pela sua amplitude, permitiria servir de substrato para uma infinidade de situações afins, inobstante retiradas de qualquer outro campo do direito. A temática do valor de alçada como limite do acesso ao duplo grau de jurisdição constitui-se, portanto, em mero pretexto e não na finalidade precípua do presente estudo.

2. O ponto de partida

A análise, por outro lado, tomou como impulso normas contidas na Ordenação

Processual Civil Alemã (*Zivilprozeßordnung*), de 1877, na sua versão atual, que, nos seus artigos 511, letra *a*, e 546, inciso I,¹ estabelece um valor de mil e duzentos marcos (cerca de oitocentos e cinqüenta reais) como limite mínimo para a interposição da *Berufung* (apelação) das sentenças proferidas pela primeira instância (dos *Amtsgerichte* para os *Landgerichte*), e um valor de alçada de sessenta mil marcos (aproximadamente quarenta mil reais) para o exercício da *Revision* (espécie de recurso especial), endereçada ao BGH (*Bundesgerichtshof*), que exerce funções similares às do nosso Superior Tribunal de Justiça. Esta limitação atinge todas as questões de cunho patrimonial, inclusive as relativas ao direito de família e das sucessões.

Deve ser salientado, a título de esclarecimento, que os *Amtsgerichte* são órgãos da primeira instância, compostos por um juiz singular e com competência limitada em matéria cível (causas patrimoniais de até dez mil marcos – cerca de sete mil reais) e criminal (delitos de cunho mais leve). Os *Landgerichte*, por sua vez, compõem-se, em regra, de câmaras integradas por três juízes togados (ressalvada a participação de jurados em causas criminais e comerciais) com competência originária para todas as causas cíveis e criminais não abrangidas pelos *Amtsgerichte* e com competência para julgar todos os recursos interpostos contra as sentenças e decisões destes juízos singulares, atuando, neste particular, como espécie de tribunal de alçada. Por sua vez, as decisões dos *Landgerichte* estão sujeitas ao controle dos *Oberlandesgerichte* (tribunais de justiça dos estados). Isto significa que o acesso ao duplo grau de jurisdição, para as demandas patrimoniais com valor inferior a mil e duzentos marcos, foi praticamente suprimido. Além disso, convém lembrar que existem outros mecanismos similares que poderiam ser garimpados no direito germânico, relativos às demais esferas judiciárias (administrativa, fiscal, social e trabalhista), que, no entanto, deixarão de ser mencionados. A referência feita teve apenas cunho exemplificativo, ressaltando a atualidade e pertinência do tema e

¹ Saliente-se, a título de esclarecimento, que utilizamos a sistemática nacional para identificar os dispositivos legais, eis que no diploma processual alemão (assim como nos códigos civil, comercial e penal), no lugar dos artigos é de praxe a denominação de parágrafos. O que para nós são os parágrafos e incisos, os alemães denominam “Absätze”.

demonstrando que esse tipo de expediente encontra utilização relativamente ampla no direito comparado (e não exclusivamente no direito alemão), além de revelar que a preocupação com o desemperramento da máquina não se constitui em “privilégio” do Poder Judiciário brasileiro.

3. A colocação do problema

Duas questões fundamentais emergem, de imediato, do exemplo citado: a da licitude e a da conveniência da utilização de tal tipo de expediente (ou mesmo de medidas similares), ficando ressalvado que ambos os aspectos possuem evidentes pontos de contato que nem sempre podem ser perfeitamente delimitados e destacados. No que diz com a licitude, há de se ter em mente reflexos na esfera da estrita legalidade, bem como na seara da constitucionalidade. Na medida em que não parece militar qualquer resquício de dúvida sobre a necessidade de lei para regulamentar a matéria (outras questões pertinentes não constituem o objeto imediato desta breve análise), deparamo-nos com a segunda dimensão, a da constitucionalidade, onde pretendemos nos concentrar nas seguintes questões: a) a da viabilidade e do alcance da supressão, via legislativa, do acesso ao duplo grau de jurisdição; b) e a da viabilidade e do alcance de eventuais limitações ao direito de interposição de recursos das decisões judiciais. Ambos os aspectos devem ser objeto de análise distinta, eis que evidentemente diversos os enfoques que suscitam. Qualquer tentativa de resposta a essas indagações, contudo, parte do enfrentamento de uma questão preliminar, que carece de maior atenção, qual seja, a da existência de um efetivo direito ou garantia constitucional (fundamental ou não) de acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer das decisões judiciais para uma segunda instância.² Nesse contexto, manifesta a conveniência da abordagem de um tema que

² É de ressaltar aqui, para maior clareza, que as hipóteses são distintas entre si. Ao passo que o acesso ao duplo grau de jurisdição pode significar a possibilidade de revisão das decisões, ainda que apenas em determinadas hipóteses e sem utilização de recurso (ação rescisória, revisão criminal), um direito fundamental de recorrer para uma segunda instância possui outros contornos. A supressão de um ou mais recursos não acaba com o acesso ao duplo grau, inobstante o restrinja. Sobre estes aspectos remetemos ao Cap. 4 (item 2.5) e ao Cap. 5.

suscita inúmeras e apaixonantes questões, quais sejam, as do conteúdo, significado e alcance do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa Constituição. É nessa senda que iremos envidar a tentativa de tecer algumas considerações de cunho meramente “problematizador”, sem qualquer outra intenção senão a de tentar contribuir para a abertura (ou reabertura) de um debate sobre a questão, razão pela qual fica a advertência de que não tivemos a pretensão de esgotar a literatura e jurisprudência disponíveis sobre o assunto, que, por outro lado, não chegam a ser fartas.

4. Existe um direito fundamental de recurso das decisões judiciais para uma segunda instância ou de acesso ao duplo grau de jurisdição?

4.1. Considerações preliminares

Por mais que se disseque o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 (doravante denominada apenas CF ou CF de 1988), não encontraremos, entre os numerosos dispositivos, qualquer menção expressa a respeito de uma garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição ou a algum tipo de direito de recurso das decisões judiciais para uma superior instância. Também no restante do extenso texto de nossa “Carta Magna” não lograremos êxito nessa empreitada. De tal constatação – caso ficássemos por aqui – poderíamos extrair, ao menos em tese, a conseqüência lógica e jurídica da possibilidade irrestrita de gerar obstáculos legais (absolutos e relativos) ao acesso às instâncias superiores. Todavia, parece óbvio, tanto por razões estritamente ligadas a um “sentir” jurídico (em suma, ao bom senso), quanto pelo que deflui de toda a sistemática do ordenamento, que a situação não é tão simples quanto parece. Será que, a teor do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, não poderíamos cogitar de um direito fundamental decorrente dos princípios e do regime da nossa Lei Maior? A relevância da indagação é evidente, de vez que, em sendo afirmativa a resposta, dela decorreriam importantes conseqüências jurídicas, de modo especial no que diz com a aplicação dos princípios relativos à limitação dos direitos fundamentais, às emendas constitucionais e às regras hermenêuticas.

4.2. O catálogo “aberto” e o conceito material de direitos fundamentais: significado e alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988

A regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano desde a Constituição de fevereiro de 1891, com alguma variação, mais no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* e seu *telos*.³ Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial, a Constituição Portuguesa de 1911 – art. 4),⁴ a citada disposição traduz o entendimento de que, além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), existe um conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando do catálogo.⁵ O rol do artigo 5º, apesar de exaustivo, não possui cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 16, número 1), com aceitação também na doutrina e jurisprudência alemãs, inobstante a ausência de dispositivo expresso na Lei Fundamental de 1949, onde se aponta para a função similar do art. 2º (direito geral de personalidade), que permitiria alguns desenvolvimentos.⁶ A doutrina pátria, no entanto, vem dedicando-se ao tema, restringindo-se, contudo (e no mais das vezes), a citar a regra e mencionando sua função hermenêutica, além de consagrar entre nós a teoria dos direitos fundamentais “implícitos” ou “decorrentes”, sobre a qual ainda teremos oportunidade de nos

³ Desde a Constituição de 1891 (art. 78) e sem excessões nas Cartas que a sucederam, a tradição foi mantida na Constituição vigente. Assim, nas Constituições de 1934 (art. 114), 1937 (art. 123), 1946 (art. 144), 1967 (art. 150, parágrafo 35) e na Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, parágrafo 36).

⁴ Assim a lição de J.J.Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992. p. 539.

⁵ *Ibidem*.

⁶ A esse respeito, veja-se J. Miranda. *RDA* n. 199, p. 16, que, referindo-se ao art. 16/1 da Constituição de Portugal, nos fala de uma “cláusula aberta” ou de “não tipicidade”, entendimento este que já havia proposto no seu *Manual de Direito Constitucional*, 1993. V. 4, p. 152.

manifestar. Nesse sentido, é lição pacífica da doutrina que a regra citada implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implicitamente e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano, mas que, nem por isso (e talvez por isso mesmo), não carece de outros desenvolvimentos.⁷ Os comentários à Constituição atual – em que pese o seu inegável valor – não dedicaram muita atenção a este tema, chegando, em alguns casos, a não referir exemplos, o que se deve principalmente ao extenso e exaustivo (embora não taxativo) rol de direitos fundamentais positivados na nossa atual Carta.⁸ Em sede jurisprudencial, todavia, há que se registrar algum avanço. Aqui, apenas a título ilustrativo, cumpre referir a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, publicada no *Diário de Justiça da União* em 18 de março de 1994 e relatada pelo eminente Ministro Sydney Sanches, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional

⁷ Nesse sentido, por exemplo, apenas para citar alguns dos mais eminentes tratadistas que cuidaram do tema desde a Constituição de 1891, João Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro, 1902. p. 344; Ruy Barbosa, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. 1934. V. 6, p. 263 e segs.; Carlos Maximiliano, *Commentários à Constituição Brasileira*. 1918. p. 775 e segs.; Alcino Pinto Falcão, *Constituição Anotada*. 1957. V. 2, p. 253 e segs.; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 : com a Emenda nº 1 de 1969*. 1987. V. 5, p. 658 e segs.; Manoel Gonçalves F. Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*. 1975. V. 3, p. 136 e segs.

⁸ No que diz com a Constituição vigente, C.R. Bastos e I.G. Martins, em seus *Comentários à Constituição do Brasil*. 1989. V. 2, p. 395, referiram a dificuldade de encontrar-se exemplos de direitos fundamentais que se enquadrem na hipótese do art. 5º, parágrafo 2º, da CF. Ainda na vigência da Constituição de 1967(69), foram citados alguns exemplos, tais como os direitos à honra, à intimidade e à identidade. Nesse sentido, dentre outros, R. Russo-mano, *Curso de Direito Constitucional*. 1984. p. 414 e segs. Um dos exemplos mais contundentes, o da presunção de inocência, foi referido pelo hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, J.C. de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*. 1986. p. 491.

nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93 no que diz com a criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). Nessa demanda, além de outros relevantes aspectos, reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade, consagrado no artigo 150, inciso III, alínea *b*, da CF, constitui, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição.⁹

Importante, nesse contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a idéia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a uma certa ordem de valores e de princípios que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do constituinte, mas que também encontra respaldo na idéia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo.¹⁰ Apesar da viabilidade de uma incursão pela seara do direito natural, que, contudo, refoge aos limites do presente estudo, há que se ter como certo que a construção de um conceito material de direitos fundamentais (assim como da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a ordem de valores dominantes (no sentido de consensualmente aceita pela maioria), bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional.¹¹

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo,

⁹ A decisão citada foi extraída do periódico LEX (JSTF) n. 186, p. 69 e segs.

¹⁰ Assim o entendimento de J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 7.

¹¹ Também aqui nos socorremos da lição de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1993. V. 4, p. 9 e segs.

por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.¹²

De regra, com base no entendimento que subjaz ao artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, podemos cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais; b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais.¹³ Nesse particular, a doutrina ainda não se encontra completamente pacificada no que diz com a posição assumida pelos direitos materialmente fundamentais (de modo especial, por óbvio, os que não encontram assento na Constituição formal), com relação aos direitos do catálogo, isto é, se podem ou não ser equiparados no que tange ao seu regime jurídico. Outra questão crucial que exsurge da abertura material do catálogo, propiciada pelo artigo 5º parágrafo 2º, da CF, reside na dificuldade em identificar, no texto constitucional (ou mesmo fora dele), quais, efetivamente, os direitos – e aqui deixamos de adentrar no terreno espinhoso da conceituação do termo “direitos” – que reúnem as condições para poderem ser considerados materialmente fundamentais. A construção de um critério

¹² Conforme J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 539 e segs. e também J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 6 e segs.

¹³ A respeito deste critério de classificação consulte-se J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 1987, p. 78 e segs, que justamente defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, que seriam os constantes do catálogo, mas que, por sua substância e importância não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que Vieira de Andrade parte de uma presunção de materialidade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Posição semelhante é apresentada por J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 539 e segs. Em sentido diverso, Jorge Miranda, op. cit. p. 9, nota 11, que defende o ponto de vista de acordo com o qual todos os direitos fundamentais em sentido formal (integrantes do catálogo) também são materialmente fundamentais, posição, aliás, que nos parece a mais adequada. Todavia, ainda que se aceite a tese de Vieira de Andrade, o fato de existirem direitos apenas fundamentais em sentido formal não autoriza que sejam tratados de forma diversa, eis que continuam protegidos pelo mesmo regime jurídico dos demais.

material de identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo, bem como os limites a essa atividade, constituem matéria intrincada e marcada por forte dose de subjetividade.

Outro ponto que merece destaque é o que diz respeito às fontes dos direitos fundamentais fora do catálogo, que podem ter assento em outras partes do texto constitucional ou serem oriundas de outros textos legais nacionais ou internacionais. Além disso, há que se considerar a problemática da abrangência da regra, eis que topograficamente situada no capítulo dos direitos individuais e coletivos, sendo, no mínimo, cautelosa a indagação a respeito da viabilidade de sua extensão aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, comumente e genericamente denominados direitos sociais. Tentaremos, portanto, focar (respeitando os limites da presente abordagem) cada um desses aspectos, antes de arriscarmos algum tipo de proposição a respeito da problemática do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de um direito de recurso para uma instância superior. Iniciaremos pelo ponto que nos parece o primeiro (ainda que a ordem dos fatores possa, em certas hipóteses, não alterar o produto): o da abrangência da regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988.

4.2.1. Direitos materialmente fundamentais individuais e sociais?

É inquestionável que a regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF atinge os direitos individuais, considerados como tais os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido da expressão literal da norma e da sua localização no texto. Que a citada regra igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas,¹⁴ isto pode ser inferido basicamente de

três constatações: em primeiro lugar, da expressão literal do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, que refere, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto a sua posição no texto; em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regradados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de *Weimar*). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas conseqüências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no Capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação sistemática, que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo.

Além desses argumentos, encontramos a norma do artigo 6º da CF, que nomeia os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, etc.), encerrando com a expressiva formulação “na forma desta Constituição”, deixando em aberto a possibilidade de se considerarem incluídos, no âmbito dos citados direitos sociais, alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional, nomeadamente os insertos no título “Da Ordem Econômica e Financeira” e “Da Ordem Social”. Da mesma forma, verifica-se que a regra do artigo 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* (“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”), a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição quanto à origem. Aliás, na doutrina nacional, já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são

¹⁴ Aqui estamos aderindo a um dos mais consagrados critérios de distinção entre os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, comumente também denominados Direitos Individuais (de cunho negativo, eis que dirigidos a abstenções do Estado) e os assim chamados Direitos Sociais, tidos como direitos primordialmente dirigidos a prestações

estatais positivas. Essa distinção, inclusive sob o ponto de vista terminológico, encontra-se sujeita a críticas e carece de adaptação ao direito positivo, de modo especial em face das peculiaridades apresentadas pela CF de 1988. Por esses motivos, há que se tê-la aqui como mero ponto de referência.

– a exemplo do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF – meramente exemplificativos,¹⁵ de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas abertas especiais.

Também não pode ser olvidado que a República brasileira se apresenta como um Estado Social e Democrático de Direito,¹⁶ cujos contornos básicos encontram-se ancorados no Preâmbulo, nas normas dos artigos 1º a 4º da CF (Princípios Fundamentais), pela consagração expressa de um catálogo de direitos fundamentais sociais (artigos 6º a 11) e em face dos princípios norteadores dos títulos que versam sobre as ordens econômica e social (artigos 170 e 193), isto sem falar nas diversas normas concretizadoras desses princípios que se encontram espalhadas pelo texto constitucional. Já por esse motivo, a existência de direitos sociais materialmente fundamentais não poderia ser sumariamente desconsiderada, eis que inerente à natureza e substância de um Estado Social. Nesse sentido, especialmente valiosa a contribuição do mestre de Lisboa, Jorge Miranda,¹⁷ que, além de acentuar a relação dos direitos sociais com as exigências de um Estado Social, leciona que a existência de direitos sociais materialmente fundamentais, mesmo localizados fora da Constituição, não conduz necessariamente a restrições no campo das liberdades individuais, de modo especial quando os direitos sociais se constituem em importante instrumental para um intensivo e eficaz exercício das liberdades e alavanca para a concretização da igualdade material. Assim, apesar da possibilidade de se aprofundar a argumentação, não se vislumbra argumento suficiente a ensejar entendimento diverso. Problema completamente distinto – e aí encontraremos reais dificuldades – é o da identificação de um conceito material ou

¹⁵ A esse respeito M.G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição de 1988*. 1990. V. 1, p. 89 e 92, segundo o qual o rol dos artigos 6º e 7º da CF é meramente exemplificativo. No mesmo sentido P. Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*. 1989. V. 1, p. 222.

¹⁶ A respeito da caracterização do Estado brasileiro, tal como plasmado na Constituição de 1988, como autêntico Estado Social (ou Estado Democrático e Social de Direito), ver, dentre outros, P. Bonavides, *Direito Constitucional*. 1994. p. 336 e segs. Nesse sentido também, embora com ligeira divergência quanto à terminologia, J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1991. p. 102-103.

¹⁷ MIRANDA, op. cit. p. 154 e segs., nota 11.

mesmo de critérios substanciais de localização destes direitos na Constituição e fora dela.

4.2.2. Delineamentos de um conceito material de direitos fundamentais na Constituição brasileira e a problemática dos “direitos implícitos”

Apesar da unanimidade que milita no seio da doutrina sobre a abertura material do catálogo de direitos fundamentais na CF de 1988, verifica-se que as perguntas formuladas (Capítulo IV, *supra*) carecem de resposta, sem falar na ausência de propostas com relação ao conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais embasado no nosso direito constitucional positivo. Como se cuida de campo relativamente inexplorado entre nós (ressalvados os exemplos citados e a referência valiosa sobre a função hermenêutica da abertura material dos direitos fundamentais e a doutrina dos direitos “implícitos”), mas de intrínseca relação com o tema proposto, tentaremos traçar, ao menos, algumas referências de cunho genérico, mas que poderiam sugerir algum desenvolvimento posterior.

É nesse contexto que se impõe seja levada em conta a categoria dos assim denominados “direitos implícitos” (ou “decorrentes”), de acordo com a formulação consagrada pela nossa doutrina e que deve ser inserida no nosso debate em torno do significado e alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Lei Fundamental. Tomando-se, a título exemplificativo, a conceituação de José Afonso da Silva, verifica-se que este renomado publicista distingue (ao lado dos direitos individuais expressos) os direitos implícitos, que seriam aqueles que estão subentendidos nas regras das garantias fundamentais, dos direitos individuais decorrentes do regime e dos constantes nos tratados internacionais e que (ao contrário dos implícitos) não se encontram expressa ou implicitamente enumerados.¹⁸ Essa distinção (entre direitos implícitos e decorrentes) nos revela parte das indagações que suscita a exegese do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta. Ao contrário da Constituição portuguesa

¹⁸ Cf. a respeito J.A. Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1991. p. 174, com a ressalva crítica de que o autor restringe a noção direitos implícitos e decorrentes aos direitos individuais. Além do mais, dá a entender que os direitos implícitos se constituem em categoria estranha ao art. 5º, parágrafo 2º, da nossa CF.

(art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, limita-se a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, eis que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, via ato interpretativo, a partir dos direitos constantes do “catálogo”, bem como do regime e dos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de restar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do “catálogo” (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange os direitos não-expressamente positivados. Além disso, em se tomando a distinção traçada por José Afonso da Silva, verifica-se que a categoria dos “direitos implícitos” (pelo menos na conceituação que este autor lhes deu) constitui, na realidade, uma espécie do gênero “direitos decorrentes do regime e dos princípios”. Ademais, salta aos olhos que o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 abrange, além dos direitos fundamentais escritos (que obedecem à classificação dúplice – ou tríplice – acima proposta), os direitos não-escritos ou, se preferirmos a terminologia usual, os direitos “implícitos” ou “decorrentes”, com a ressalva de que estes devem ser considerados em sentido amplo (direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias e os decorrentes do regime e dos princípios).

Sobre esse assunto convém, ainda, lançar um olhar sobre os clássicos do nosso direito constitucional. Além da função hermenêutica atribuída ao dispositivo que consagrou entre nós a noção de direitos implícitos (decorrentes) e que já havia sido, dentre outros expoentes da cultura jurídica nacional, objeto de lúcido comentário por parte de Ruy Barbosa e, posteriormente, por Pontes de Miranda (v. nota de rodapé nº 7 *supra*), cumpre referir a lição da doutrina no que tange ao desenvolvimento interpretativo dos direitos não-escritos. Nesse particular, vale lembrar a lição de Carlos Maximiliano que, ao comentar o artigo 144 da CF de 1946 (repisando as suas anotações à Constituição de 1891), apontou o seguinte: a Constituição

“não pode especificar todos os direitos,

nem mencionar todas as liberdades. A lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência completam a obra. Nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo. Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados”.¹⁹

Seguindo esse entendimento, Alcino Pinto Falcão (igualmente comentando o artigo 144 da Carta de 1946), após citar exemplo extraído da jurisprudência argentina (direito de reunião), salientou que o dispositivo citado, além de sua *finalidade reveladora de direito* (grifo nosso) tem, também, a conservadora de direitos outrora expressos e que, por passarem de atualidade, não mais passaram, na Declaração de Direitos, a ser expressos.”²⁰ Ainda a esse respeito, importa transcrever o que talvez tenha sido a posição mais contundente, entre nós, em favor dessa tese. Para Paulino Jacques, o legislador constituinte, ao referir os termos “regime” e “princípios”, “quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da “equidade” e da “construção jurisprudencial”, que informam todo o direito anglo-americano e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também, entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o “regime”, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os “princípios” da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos.”²¹

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar,

¹⁹ MAXIMILIANO, op. cit. V. 3, p. 175.

²⁰ FALCÃO, A.P., *Constituição Anotada*. Rio de Janeiro : Konfino, 1957. V. 2, p. 254.

²¹ JACQUES, P. *Curso de Direito Constitucional*, 1983. p. 453. Saliente-se que o autor também critica veementemente o significado restrito que a doutrina tradicional teria emprestado ao dispositivo em exame, analisando-o meramente sob o enfoque de sua função afastadora do princípio do *inclusus unius alterius est exclusus*.

encerrando expressamente a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não-escritos (no sentido de não-expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Tal constatação é, por outro lado, de suma relevância para viabilizar a delimitação de certos critérios que possam servir de parâmetro na atividade “reveladora” desses direitos. Nesse sentido, o citado dispositivo reza que “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”. A expressão literal do texto, principalmente na sua primeira parte, evidentemente não nos auxilia muito na tarefa, remetendo-nos para a esfera da interpretação teleológica, mas, sobretudo, sistemática dos termos abertos “regime e princípios”. Todavia, calcados no sentido literal da norma, podemos ter dois critérios basilares como certos: a) os direitos fora do catálogo devem necessariamente decorrer do regime e dos princípios contemplados pela Carta; b) ou devem constar dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Nessa linha de raciocínio, põem-se, de imediato, duas questões que merecem um mínimo de atenção: a) a alternatividade ou não de ambos os critérios, eis que a Constituição utiliza a conjunção “ou”; e b) o conteúdo dos termos “regime” e “princípios”.

À luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF se refere às disposições contidas no Título I, artigos 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Democrático e Social de Direito que identificam a nossa República. Nesse título, além do regime da social-democracia consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais. Somente nesta acepção, salvo melhor juízo, as expressões “regime” e “princípios” podem ser inseridas de forma lógica e objetiva no contexto de um conceito material. Caso contrário, poderíamos chegar ao extremo de criar novos direitos fundamentais a partir de qualquer outra disposição contida na Constituição, de modo

especial das diversas (e não são poucas) normas de cunho programático, o que certamente conduziria a uma ampliação, não muito útil e certamente ainda menos desejável, do catálogo. Assim, ainda que a nossa Constituição não conheça regra similar à contida no artigo 17 da Constituição portuguesa, que trata dos “direitos análogos”,²² o artigo 5º parágrafo 2º, da CF poderia ser interpretado de tal forma que direitos materialmente fundamentais somente podem ser os que se encontram subentendidos (implícitos) nas normas definidoras de direitos e garantias da Constituição, bem como aqueles com assento em outras partes do texto constitucional e que correspondam às exigências dos artigos 1º a 4º da nossa Carta, isto é, ao “regime” e “princípios” por ela adotados, além de guardarem a devida sintonia com os direitos fundamentais constantes do catálogo, aos quais podem ser equiparados.

Situação um pouco diversa se nos oferece com os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil, que não parecem ter sido abrangidos por esta restrição, ao menos de acordo com a expressão literal do texto (“decorrentes do regime e dos princípios... ou dos tratados internacionais...”). Há que se ter em mente, contudo, que mesmo esses direitos de origem internacional – apesar de não serem propriamente direitos implícitos ou decorrentes – não podem conflitar diretamente com as normas constitucionais em geral, quanto mais com os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º ou com os direitos fundamentais do catálogo. Trata-se de relação diversa da outra categoria (direitos decorrentes do regime e princípios), mas que, igualmente, não pode ser negligenciada. A respeito da existência de direitos materialmente fundamentais oriundos de textos legais infraconstitucionais, há que se ter a devida cautela, eis que o texto do artigo 5º, parágrafo

²² Os Direitos Fundamentais “análogos”, mencionados no art. 17 da Constituição Portuguesa de 1976, referem-se tão somente aos Direitos, Liberdades e Garantias do Título II e não aos Direitos Sociais (Título III). Somente para o primeiro grupo (direitos análogos), aplica-se o regime específico e mais rigoroso dos Direitos, Liberdades e Garantias, como, por exemplo, o fato de constituírem limites materiais à revisão constitucional. Neste sentido, para efeitos de uma visão sintética e panorâmica sobre o assunto, J. Casalta Nabais, *BMJ*, n. 400, p. 21 e segs. Também J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 17 e segs.

2º, da CF, ao contrário do artigo 16º/1 da Constituição portuguesa, não utiliza a expressão “lei”. Nesse sentido, lembra Canotilho que Marnoco e Souza, relativamente ao artigo 4º da Constituição portuguesa de 1911, já havia tomado posição bastante cética a respeito, alertando para a falta de sentido de se cogitar de direitos fundamentais legais, que não poderiam simplesmente, como num “passe de mágica” (o termo é nosso), ser guindados ao mesmo patamar das garantias constitucionais.²³ O fato é que a legislação ordinária – e esta parece ser a interpretação mais razoável – cumpre o papel de concretizar, densificar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição, tornando-os (em se cuidando de normas de cunho programático ou de eficácia limitada) diretamente aplicáveis. Também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, eis que nunca houve referência à lei nos dispositivos que consagraram a abertura de nosso catálogo de direitos.

Outro ponto de partida relevante para a construção de um conceito material de direitos fundamentais à luz da CF de 1988 é a circunstância (já devidamente explicitada no item b.1, *supra*) de que podemos encontrar tanto direitos materialmente fundamentais de cunho individual (direitos de liberdade, igualdade e as correspondentes garantias), quanto direitos sociais. Tal constatação é de suma relevância para a compreensão de que a nossa Constituição contempla um conceito unitário e abrangente de direitos fundamentais, englobando ambos os grupos de direitos nas suas mais variadas funções e sentidos.

Inobstante já tenhamos pinçado alguns parâmetros calçados na sistemática do texto constitucional positivo, ainda que de cunho bastante genérico, a matéria carece de algum desenvolvimento, de modo especial com o objetivo de alcançar critérios mais densos. Para tanto, até mesmo em face da carência de material nacional sobre esse aspecto do tema, buscamos algum reforço na valiosa literatura portuguesa sobre o assunto, o que se justifica ainda mais diante da similitude de ambas as ordens constitucionais. Uma formulação interessante foi tentada por José Carlos Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra,

²³ CANOTILHO, op. cit., p. 539/40.

que identifica os direitos fundamentais primordialmente pela existência de um “radical subjetivo”, na medida em que todos os direitos fundamentais se diferenciam das demais categorias por outorgarem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos certas posições subjetivas. Esta subjetividade se constitui em característica essencial e preponderante da estrutura normativa de todos os direitos fundamentais. Além disso, como segundo critério distintivo proposto pelo autor, todos os direitos fundamentais possuem uma função *protetiva* (ainda que de intensidade variável), eis que se dirigem à proteção de certos bens individuais ou coletivos. Por fim, na base de todos os direitos fundamentais, radica o princípio da dignidade da pessoa humana, que justamente é concretizado pelo reconhecimento e posituação de direitos e garantias.²⁴ Todos os três critérios, em seu conjunto, permitem (na acepção do citado publicista) definir a matéria dos direitos fundamentais no contexto de sua autonomia relativa na sistemática da Constituição e alcançar, de tal modo, a identificação de um conceito material de direitos fundamentais.

A tentativa levada a efeito por Vieira de Andrade foi criticada por parte da doutrina lusitana, de modo especial sob a acusação de não ser constitucionalmente adequada, censura esta que também deveria aplicar-se ao caso brasileiro, dada a similitude entre ambos os sistemas, particularmente pela acolhida de direitos fundamentais sociais nos respectivos textos. A crítica de Gomes Canotilho,²⁵ embora parcialmente procedente, não desqualifica por completo os critérios formulados, que, no entanto, devem ser complementados e devidamente adaptados no sentido de englobarem os direitos sociais e para encontrarem a devida inserção no contexto global do regime e dos princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º da CF de 1988, além de guardarem relação com as normas contidas no

²⁴ ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987. p. 83 e segs, inobstante não nos pareça muito clara a expressão “radical subjetivo”.

²⁵ Segundo a lição de CANOTILHO, op. cit., p. 542 e 543, a proposta de Vieira de Andrade não corresponde à realidade constitucional portuguesa por negligenciar a abrangência do catálogo dos Direitos Fundamentais, que contempla expressamente os Direitos Sociais.

catálogo da Constituição (artigos 5º, 6º e 7º, especialmente). O respeito e a proteção da dignidade humana é, também para o Estado brasileiro, o valor fundamental subjacente e informativo de toda a ordem constitucional. Nesse sentido, não pode ser olvidado que, apesar da impossibilidade de se obter um critério universal unificado, geral e definitivo para um conceito material de direitos fundamentais, há que se considerar a existência de critérios distintivos e calcados de forma direta ou indireta na ordem constitucional positiva, os quais propiciam, no caso concreto, uma identificação constitucionalmente adequada e, portanto, relativamente segura dos direitos materialmente fundamentais.²⁶ Cuida-se, por certo, de atividade essencialmente cometida ao Poder Judiciário, tratando-se de uma espécie de criação jurisprudencial e tópica do direito, verdadeira *Rechtsfindung*,²⁷ embora possa militar grande divergência sobre seus limites. Os critérios, ora sucintamente esboçados e indiscutivelmente carecedores de aperfeiçoamento, servem, portanto, mais como instrumental auxiliar, como bússola sugerindo um caminho mais seguro, do que como normas absolutas de interpretação. Se puderem facilitar o trabalho no caso concreto, certamente já terão justificado sua existência.

4.2.3 Exemplos de direitos materialmente fundamentais

O enunciado deste item traduz, em verdade, mais uma interrogação do que uma afirmativa categórica, eis que a busca de exemplos concretos de direitos materialmente fundamentais (formalmente constitucionais ou não) pressupõe elevada dose de subjetividade, esbarrando, ainda, numa carência de exemplos no seio de nossa doutrina. Nesse particular, cumpre traçar uma linha divisória entre os direitos situados no texto constitucional e os exemplos encontrados nos tratados ou convenções internacionais. A distinção se faz necessária pela evidente diferença de tratamento jurídico que envolve cada uma das categorias. Fica, além disso, a advertência de que os dispositivos referidos não passam de sugestões, sujeitas individualmente a críticas e a análise mais aprofundadas.

²⁶ Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. p. 125 e segs.

²⁷ Aqui cabe citar o entendimento de J.M.M. Cardoso da Costa. *BMJ*, n. 396, p. 13 e segs, 1990.

4.2.3.1. Direitos materialmente fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal

A mera posição constitucional dos direitos fundamentais fora do catálogo não facilita em muito a tarefa de sua correta identificação, inobstante a sua condição de direito constitucional no sentido formal possa diminuir os riscos de um equívoco. Os exemplos na nossa literatura são, também aqui, bastante escassos. Os poucos que localizamos encontram-se em manuais e comentários anteriores à vigência da atual Constituição, sendo que nesta passaram a ser expressamente consagrados, perdendo assim sua atualidade. Em parte, parece viável a utilização de exemplos garimpados na literatura constitucional portuguesa, cotejando-os com o texto da nossa Constituição e observando o regime e os princípios por ela consagrados. No mais, a pesquisa deverá enveredar pelo campo do direito constitucional positivo, igualmente respeitados os critérios distintivos já citados.

No campo dos direitos individuais de liberdade (de cunho negativo), a invulgar abrangência e casuística do catálogo do artigo 5º não deixa muito espaço para a revelação de outros direitos equivalentes. Fica ressalvado, nesse sentido, que a maioria dos direitos elencados no artigo 7º (direitos dos trabalhadores) são, por sua essência, direitos de liberdade e de igualdade. No mínimo, há que se reconhecer uma manifesta similitude quanto à sua estrutura normativa.²⁸ Todavia, devemos excluí-los de nossa análise, eis que já integrantes do catálogo. Podemos, no entanto, arriscar alguns exemplos. O direito de igual acesso aos cargos públicos (artigo 37, inciso I), também citado na doutrina germânica; os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (artigo 37, incisos VI e VII); a legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (artigo 61, parágrafo 2º), que pode ser considerada como direito de participação política; as limitações constitucionais ao poder de tributar (artigo 150,

²⁸ Por ocasião da primeira revisão da Constituição Portuguesa de 1976, levada a efeito em 1982, parte dos direitos dos trabalhadores, antes consagrados como Direitos Sociais (por exemplo, a liberdade de associação sindical), foram transferidos para o título dos “Direitos, Liberdades e Garantias”.

incisos I a VI);²⁹ o direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (artigo 220); o direito ao planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º); a proteção da entidade familiar (artigo 226, parágrafo 3º) como espécie de garantia de instituto; e o direito dos filhos a tratamento igualitário e não-discriminatório (artigo 227, parágrafo 6º) são, sem dúvida, dispositivos formalmente constitucionais capazes de se caracterizarem como posições subjetivas e permanentes do indivíduo (isolada ou coletivamente), que, além disso, revelam nítida preocupação com a proteção da dignidade humana e da liberdade, constituindo-se, portanto, em direitos materialmente fundamentais ou passíveis de se enquadrarem nesta categoria.

Na esfera dos direitos sociais, considerados aqui na sua acepção mais ampla, também podemos garimpar alguns exemplos na CF de 1988. Relativamente problemática é, contudo, a interpretação que se pode conferir ao sentido e extensão dos artigos 6º e 7º, de vez que ambos os dispositivos exercem influência direta sobre a identificação de outros direitos fundamentais dentro ou fora da Constituição. O artigo 6º reza que

“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Na medida em que a educação (também a cultura e o esporte), a saúde, a previdência social, a família (igualmente abrangida a proteção da infância e dos idosos) se encontram novamente previstas nos diversos capítulos do Título VIII (artigos 193 a 232), poder-se-ia especular a respeito da possibilidade da extensão da condição de materialmente fundamentais a todos os direitos aí considerados, eis que se trata de regras que dispõem especificamente sobre a concretização das categorias genéricas do artigo 6º. Esta concepção, contudo, não parece corresponder

²⁹ Com relação ao princípio da anterioridade (art. 150, inciso III, alínea *b*, da CF), mas também no que diz com as imunidades previstas no inciso VI, alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do mesmo dispositivo (eis que igualmente abrangidas pela decisão), cabe lembrar o já citado aresto do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADIN Nº 939-7, que teve as limitações constitucionais ao poder de tributar como autênticos direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão (item 2.1 “supra”).

aos objetivos do constituinte nem mesmo aos ditames do bom senso, pois, se assim fosse, teríamos de considerar como fundamentais quase todas as posições jurídicas consagradas nos cerca de 50 artigos, com exceção, talvez, das disposições relativas à comunicação social. Também a extensão do artigo 7º (...“além de outros que visem à melhoria de sua condição social”) se revela problemática, embora em menor grau, na medida em que relativo aos direitos dos trabalhadores, não se restringindo, todavia, ao contrário do que deflui do artigo 6º, ao texto constitucional. Ambos os dispositivos representam significativo exemplo dos problemas gerados com a formulação técnica do texto constitucional e que se fazem sentir com invulgar intensidade na nossa atual Carta.

Além dessas considerações, não deveria ser esquecido que no Título VII da CF de 1988, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira (artigos 170 a 192), existem dispositivos que poderiam ser levados em conta como direitos fundamentais de cunho social. Por esses motivos, convém retomar os argumentos já desenvolvidos sobre os critérios materiais de identificação dos direitos fora do catálogo. Materialmente fundamentais (e sendo localizados em outras partes do texto constitucional também com *status* formal) são apenas aqueles dispositivos que se harmonizam com a especial relevância e valor dos direitos fundamentais no âmbito da Constituição e que conferem ao indivíduo (na sua dimensão individual e social), de forma permanente, certas posições jurídicas que servem à proteção da sua dignidade humana e que correspondem ao regime e princípios fundamentais de um Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, também na esfera dos direitos sociais, podem ser colacionados alguns dispositivos dispersos no texto constitucional, de modo particular no título relativo à ordem social, tais como o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (artigo 230, parágrafo 2º), o direito à proteção do meio ambiente (artigo 225),³⁰ o direito à assistência social (artigo 203), o qual, a despeito de constituir-se

³⁰ O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado integra, na realidade, o rol dos assim denominados direitos de “terceira geração”, cuidando-se de típico direito difuso, inobstante também tenha por objetivo o resguardo de um existência digna do ser humano, na sua dimensão individual e social.

em norma não auto-aplicável, já foi devidamente concretizado pelo legislador.³¹ Além disso, podem ser cogitadas algumas normas de cunho eminentemente programático, nomeadamente os artigos 196 (direito à saúde), 205 (educação), 208, inciso I (ensino fundamental obrigatório e gratuito), 215 (garantia do exercício dos direitos culturais), 217 (fomento do desporto), entre outros.

4.2.3.2. Direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento na Constituição formal)

Quanto à possibilidade de se considerarem como materialmente fundamentais direitos consagrados na legislação infraconstitucional, já firmamos posição no sentido da sua inadmissibilidade (ainda que a questão comporte alguma discussão) à luz da sistemática adotada por nossa Lei Maior. Já no que diz com as normas do direito internacional, a Constituição, de acordo com a redação do artigo 5º, parágrafo 2º, refere apenas os tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais. Nesse particular, o constituinte lusitano foi bem mais além ao dispor, no já referido artigo 16º/1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem outros constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional” (grifei), impedindo, de tal sorte, interpretação restritiva da qual poder-se-ia cogitar entre nós, em face da expressão literal do texto constitucional. Todavia, não pode prevalecer o entendimento de que o constituinte de 1988 tenha tido a intenção de excluir do âmbito de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais consagrado no artigo 5º, parágrafo 2º, as regras de direito internacional geral e convencional.

Em primeiro lugar, há que se fazer a exegese do termo “tratados internacionais” de que se valeu o constituinte de 1988, investigando-se, ao menos sumariamente, quais as regras de direito internacional que se enquadram nesta categoria. Nesse particular, a despeito da falta de precisão terminológica e da diversidade de

³¹ O direito materialmente fundamental à assistência social, de que cogitamos, já foi objeto de concretização pelo legislador ordinário (Lei nº 8.742/93, denominada de Lei Orgânica da Assistência Social), que, inclusive, já foi regulamentada, cuidando-se (em prevalecendo o ponto de vista aqui proposto) de direito fundamental social diretamente aplicável.

expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não se vislumbra critério uniforme de distinção entre as diversas espécies de normas internacionais,³² existe uma certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que o termo “tratados internacionais” engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero em relação ao qual as convenções e pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, eis que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que considera “tratado” um termo genérico, “significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular.”³³ Na definição de José Francisco Rezek, em sua monumental obra sobre o Direito dos Tratados, “tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos,”³⁴ não importando – para efeitos de sua caracterização – o rótulo utilizado, eis que, em sendo mero instrumento, deve ser identificado por seu processo de produção e pela forma final, não pelo seu conteúdo.³⁵ Assim, mesmo mediante uma interpretação estritamente literal (que considera as expressões tratados, convenções, pactos, etc. como sinônimas), já é possível

³² Neste sentido cabe citar os exemplos trazidos por A. Süsskind, *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo : Ltr, 1991. V. 2, p. 304/5, que apresenta a problemática à luz dos dispositivos da nossa Constituição vigente. A este respeito também a lição de J. F. Rezek, *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 83 e segs., que arrola as seguintes “espécies” (no sentido de terminologias utilizadas) de tratados: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, “modus vivendi”, pacto, protocolo e regulamento (op. cit., p. 86).

³³ Assim, dentre outros, o entendimento do renomado internacionalista A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília : Universidade de Brasília, 1981. p. 12; veja-se, por igual, o clássico H. Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 120. Dentre os constitucionalistas, tal circunstância foi referida por J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, 1980. V. 2, p. 870, nas suas anotações ao art. 5º, parágrafo 2º, da CF.

³⁴ REZEK, op. cit. p. 21, nota 32.

³⁵ Ibidem, p. 83.

evitar-se consideravelmente uma diminuição do alcance da abertura material do catálogo relativamente aos direitos fundamentais oriundos do direito internacional.

Ainda que assim não fosse, deveríamos ter em mente que, por força de uma interpretação cingida à letra fria do texto, teriam de ser desconsiderados os direitos fundamentais previstos nos pactos internacionais da ONU sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), apenas para citar os mais relevantes nesta matéria. Em suma, na medida em que os principais documentos internacionais consagradores dos direitos humanos não se enquadram na categoria jurídica dos tratados e em se considerando apenas estes como hábeis a servirem de fonte para direitos materialmente fundamentais, estar-se-ia restringindo gravemente (para não dizer completamente) o alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. A finalidade precípua da consagração pela nossa Carta do princípio da não-tipicidade certamente não é a de restringir, mas, sim, a de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais cunhada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.

Mais delicada, contudo, a inclusão das regras de direito internacional comum no âmbito de abertura propiciado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta. Nesse particular, resta evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, adotada na forma de uma resolução, não se enquadra na categoria dos tratados internacionais, ao menos não no sentido que lhes imprimiu a Convenção de Viena, consoante já frisado.³⁶ Ainda que existam documentos que – apesar de levarem o

³⁶ Assim o entendimento de C.D. de Albuquerque Mello. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982. V. 1, p. 553. No mesmo sentido também J.F. Rezek. *Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 224.

rótulo de “Declarações” – são, na verdade, autênticos tratados,³⁷ o fato é que a Declaração de Direitos da ONU não possui estas características, salientando-se, ainda, que suas normas não são consideradas juridicamente vinculantes para os Estados da comunidade internacional.³⁸ Todavia, também aqui (ainda que em detrimento do sentido literal) deve, a toda evidência, prevalecer a interpretação sistemática, que, na primorosa definição recentemente dada pelo ilustre professor gaúcho Juarez Freitas, deve ser considerada como

“uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”.³⁹

Com efeito, considerando-se a *ratio* e o *telos* da norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, não nos parece razoável excluírem-se – ao menos em princípio – os direitos fundamentais consagrados pela Declaração de Direitos da ONU, ainda mais em se levando em conta que a maior parte das Constituições que a sucederam no tempo nela se inspiraram quando

³⁷ Aqui também a lição de J.F. Rezek, op. cit. p. 97/8, nota 32, que, inclusive, aponta alguns exemplos de tratados denominados pelo termo declarações.

³⁸ A este respeito, A. A. Cançado Trindade, op. cit., p. 227. Para C.D. de Albuquerque Mello, op. cit. V. 1, p. 553, a Declaração de Direitos da ONU contém apenas normas de eficácia moral, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos Estados.

³⁹ Cf. J. Freitas, op. cit., p. 54, de onde foi literalmente reproduzida a definição. Cuida-se de obra recente e indispensável para quem deseja obter uma visão atual e inovadora sobre o sentido e alcance de uma hermenêutica sistematizadora e hierarquizadora do direito, resultado de ampla pesquisa e reflexão e um diálogo com os mais importantes juristas do nosso e de todos os tempos que se debruçaram sobre a problemática da hermenêutica (e a listagem revela apenas uma amostragem da farta e importante bibliografia), desde os clássicos Aristóteles e Platão, passando por Pascal, Bacon, Kant e Hegel, até alcançar os modernos (mas não menos “clássicos”) Kelsen, Larenz, Bobbio, Canaris, Esser, Habermas, Rawls, Popper, sem olvidar os mais ilustres representantes da doutrina nacional, tais como Maximiliano, M. Reale, Pontes de Miranda, dentre outros tantos.

da elaboração de seu próprio “catálogo” de direitos fundamentais.

Outro problema que se apresenta e que merece particular atenção diz respeito à recepção das normas de direito internacional na ordem interna, bem como a sua posição hierárquica com relação ao direito nacional. No direito constitucional português, existe norma expressa disposta sobre a recepção automática das regras de direito internacional, com algumas restrições (artigo 8º, incisos I a III, da Constituição de 1976). A doutrina lusitana, por outro lado, é majoritária quanto à subordinação hierárquica destas normas ao direito constitucional interno, ressaltando-se, aqui, que não estamos a falar do dispositivo que impõe a interpretação e integração dos direitos fundamentais de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16º/2 da Constituição portuguesa).⁴⁰ No direito brasileiro, onde uma recepção automática, à míngua de dispositivo expresso na Constituição, mostra-se dificilmente justificável, apesar da existência de forte e respeitável (além de não isolada) posição contrária,⁴¹ as normas de direito internacional, como já visto, também foram incluídas no conceito material de direitos fundamentais, o que há de admitir-se após a sua incorporação formal ao direito interno, mediante o procedimento próprio. Remanesce, contudo, a questão relativa à posição hierárquica dessas normas. Em outras palavras, pergunta-se se um direito fundamental extraído de tratado ou convenção internacional possui idêntica força normativa aos direitos consagrados no catálogo ou, em sendo negativa a resposta, se é hierarquicamente superior (subordinado somente à Constituição) ou equiparado ao direito infraconstitucional.

Também a supremacia da nossa Constituição sobre o direito internacional, em se considerando a ordem jurídica interna, parece corresponder

⁴⁰ A respeito do art. 16º/2 da Constituição Portuguesa e sobre a recepção e o valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos do Homem recomenda-se o recente artigo de J. Miranda. *RDA*, n. 199, p. 1 e segs.

⁴¹ C. R. Bastos e I. G. Martins, op. cit. V. 2, p. 395-396, advogam o ponto de vista segundo o qual a norma do art. 5º, parágrafo 2º, dispensaria a necessidade de qualquer procedimento formal regrido a recepção das normas internacionais, inobstante não tenham fundamentado mais especificamente seu entendimento.

à posição dominante na literatura.⁴² Já no que diz com a posição hierárquica do direito internacional com relação ao direito infraconstitucional interno, a doutrina encontra-se dividida. Ao passo que a corrente ainda minoritária sustenta a supremacia do direito internacional (que, a exemplo do constitucionalismo português, encontrar-se-ia somente sujeito à Constituição),⁴³ a posição majoritária consagra a teoria da paridade entre as normas internacionais e a legislação interna, sob o argumento de que, em face da ausência de uma disposição constitucional expressa que consagre a supremacia do direito internacional, deve prevalecer, no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, o princípio do *lex posterior derogat priori*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional, o que inclusive vem sendo consagrado pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE nº 80.004, em 1977, apesar da opinião divergente de alguns de seus mais ilustres integrantes.⁴⁴

No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática ou não), a solução não se revela tão singela ou, pelo menos, tão adequada. Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – inobstante não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – aglutinam-se à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo um *status* equivalente. Caso contrário, a regra do artigo 5º, parágrafo 2º, também neste ponto teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre

⁴² Dentre tantos, J.F. Rezek, op. cit. p. 103/4, nota 36, que inclusive aponta para a competência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de aferir a inconstitucionalidade de um tratado internacional perante a Constituição Federal.

⁴³ Esta a posição de A. Süsskind, op. cit., p. 309 e segs.

⁴⁴ Neste sentido a lição de J.F. Rezek, op. cit., p. 463 e segs., nota 32, que também reproduz o ponto de vista dos que propugnam a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna. O mesmo autor manteve sua posição sob a égide da atual Constituição (*Direito Internacional Público*, 1994. p. 105 e segs.).

qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Apenas para citar um exemplo, um dispositivo de um tratado internacional qualquer (por que não o acordo do GATT?) poderia, em tese, ter o mesmo valor hierárquico de um direito fundamental reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A esse respeito, cabe citar novamente a polêmica decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal proferida na ADIN nº 939-7, na qual restou estreme de dúvidas de que o princípio da anterioridade, como autêntico direito e garantia individual do cidadão (por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF), também encontra-se protegido pelas assim denominadas “cláusulas pétreas” do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa Carta.⁴⁵ Em outras palavras, foi decidido pelo intérprete maior de nossa Constituição que um direito fundamental individual, ainda que localizado fora do catálogo, não pode ser objeto de esvaziamento nem pelo poder constituinte derivado, de modo que consagrado o argumento da equivalência hierárquica. Inobstante a decisão de nossa Corte Constitucional não tenha versado sobre direito fundamental de “origem internacional”, não há dúvidas de que, na pior das hipóteses, ela vem a reforçar o raciocínio acima desenvolvido. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos fundamentais, há que se admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, inobstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.⁴⁶ Apenas os dispositivos internacionais compatíveis, no sentido de não contrários ou subversivos de um direito constitucional, podem ser objetos de cogitação.⁴⁷ Reafirme-se, nesse particular, que a abertura

⁴⁵ Cumpre salientar, que a decisão do Supremo Tribunal Federal não analisou a questão relativamente aos direitos fundamentais sociais, onde, em face da formulação do texto do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF, o problema se apresenta de solução controversa, o que, contudo, refoge aos objetivos do presente estudo, devendo ser objeto de investigação mais profunda em trabalho que discorra sobre o alcance das “cláusulas pétreas”.

⁴⁶ Dentre os autores portugueses cabe citar J.M.M. Cardoso da Costa. *BMJ*, n. 396, p. 21 e segs, 1990.

⁴⁷ Neste sentido, embora relativamente à Constituição Portuguesa, é de aproveitar-se a lição de J. Miranda. *RDA*, n. 199, p. 18, jan./mar. 1995.

propiciada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 objetiva a complementação ou mesmo a eventual ampliação do catálogo dos direitos fundamentais. Eventuais (e até mesmo inevitáveis) colisões, a exemplo das que podem ocorrer inclusive entre os próprios direitos integrantes do catálogo, devem ser solucionadas pela aplicação das regras próprias.

No que diz com as restrições à recepção de direitos fundamentais oriundos de normas internacionais, ainda que não se cuide de matéria de cunho constitucional, poder-se-ia cogitar, ao menos em tese, da aplicação do disposto no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942), de acordo com o qual

“as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Aqui, inobstante não se trate de restrição efetuada pela Constituição à recepção de normas internacionais, cuida-se de limites expressos ao reconhecimento da eficácia interna de normas alienígenas no âmbito do direito positivo nacional. Todavia, há que se levar em conta algumas dúvidas que podem surgir quanto à real importância do citado preceito no caso específico da problemática que envolve a abrangência do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF. Em primeiro lugar, o artigo 17 da Lei de Introdução do Código Civil não menciona expressamente os tratados ou convenções internacionais, inobstante aqui uma exegese mais elástica, abrangendo as normas legais alienígenas em sentido amplo, como regras jurídicas não-nacionais, seja perfeitamente viável. De outra banda, poder-se-ia questionar se um tratado ou convenção firmado pelo Brasil (quanto mais se já tiver sido ratificado) ainda se enquadra no campo de abrangência do artigo 17, eis que, nesta segunda hipótese, já se trata de norma incorporada ao ordenamento interno. A barreira fixada pela Lei de Introdução, neste caso, poderia ser interpretada como obstáculo a ser considerado no próprio procedimento de recepção da norma internacional. Por outro lado, verifica-se, em tese, um possível conflito de hierarquia entre as normas. Em se considerando o tratado internacional, uma vez ratificado e transformado em lei interna, como norma de hierarquia superior aos atos legislativos infraconstitucionais, estaria ele sujeito às restrições previstas na Lei de

Introdução ao Código Civil? E em se tratando de direito fundamental reconhecido em documento legislativo internacional? São questões que, dentre outras, ora nos escapam, mas que indubitavelmente merecem uma análise mais detida e que refogem aos limites e objetivos do presente estudo. De qualquer modo, há como sustentar, no âmbito de uma interpretação mais elástica, que o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil justamente reforça o entendimento de que os direitos fundamentais no sentido meramente material não podem conflitar com os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º ou com os direitos expressamente consagrados no catálogo da Constituição.

A tarefa de identificação dos direitos fundamentais com fonte no direito internacional assume dimensão especialmente penosa, de modo especial em face do grande número de direitos contemplados pela nossa “Carta Magna” e pela necessidade de se pesquisar, nos textos internacionais firmados pelo Brasil e em toda a legislação, na busca de exemplos concretos. Tal tarefa, todavia, não se constitui no objeto precípuo deste estudo. Um dos direitos habitualmente referidos pela doutrina é o direito de resistência, inobstante tenha que se fazer a ressalva de que muitos autores, dentre os quais Pontes de Miranda, tenham-no garimpado no terreno do direito natural.⁴⁸ Um outro exemplo, que se revela especialmente útil para o presente estudo, é o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” tal como previsto no artigo 8º, item 1, letra *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Este exemplo, todavia, será objeto de análise mais detida no decorrer do trabalho.

4.2.3.3. Direitos apenas formalmente fundamentais?

Na medida em que a CF de 1988 aderiu a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, há que se cogitar, ao menos em tese, da existência de dispositivos que, apesar de contidos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição, não são (por sua importância, natureza e substância) direitos fundamentais no sentido material, ressaltando-se a existência de

⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. V. 4, p. 625.

acirrada controvérsia a esse respeito (v. Capítulo IV, item 2, *supra*). Muito embora compartilhem da opinião de que todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais, há que se reconhecer que os adeptos da posição divergente, como é o caso de Vieira de Andrade, encontrariam na nossa Constituição um terreno fértil para a identificação de preceitos os quais se enquadram na categoria dos direitos apenas formalmente fundamentais, eis que, na verdade, constituem-se em normas de cunho organizatório ou mesmo regras que poderiam simplesmente constar da legislação infraconstitucional. O fato é que nosso constituinte optou por guindar à condição de direitos fundamentais certas situações (ou posições) que deveriam, na sua opinião, ser protegidas da ação do legislador ordinário.

Como exemplos poderíamos citar, para evitarmos maiores controvérsias, o artigo 14, parágrafos 1º a 11 (que dispõe sobre o alistamento eleitoral, inelegibilidades, etc), o artigo 16 (que determina a entrada em vigor da legislação que alterar o processo eleitoral somente um ano após a sua promulgação) e os diversos incisos e parágrafos que integram o artigo 17, com exceção, talvez, do parágrafo primeiro, que garante a autonomia aos partidos políticos. São dispositivos que, sem dúvida, não guardam relação direta com a proteção da dignidade humana ou que decorram de forma inequívoca dos princípios e do regime da nossa Constituição como posições essenciais do indivíduo na sua dimensão individual e social. Em suma, cuida-se de normas que não se enquadram nos parâmetros (reconhecidamente empíricos e elásticos) que foram traçados para a identificação dos direitos materialmente fundamentais (v. item 2.2 *supra*), muito embora não esteja em discussão a importância da matéria (ao menos no que diz com alguns dos dispositivos) e a pertinência de sua previsão na Constituição formal com o objetivo de evitar sua disponibilidade ampla por parte do legislador ordinário.

4.2.4. Limitações do conceito material de direitos fundamentais

Quanto mais se avança na análise do tema, mais se nos deparamos com uma variada gama de indagações e um não menos diversificado espectro de problemas. Um aspecto que merece, ao menos, uma menção tangencial é o que diz

respeito aos limites do conceito material de direitos fundamentais. A pergunta que se coloca é até onde vai a competência criativa do intérprete. Quanto à possibilidade de o poder constituinte derivado elevar determinadas posições jurídicas à categoria de direitos fundamentais, não se vislumbram problemas. Todavia, já no que diz com a atividade judiciária, que assume especial relevância ante a problemática apresentada neste estudo, a situação apresenta contornos nitidamente distintos. Sob um primeiro ângulo, podemos encontrar um evidente limite em considerando que a distribuição de competências inerente ao Estado Democrático de Direito, de modo especial na formulação do princípio da divisão de tarefas entre os diversos órgãos do poder estatal, não permite que o Judiciário substitua o legislador na sua tarefa precípua de criação do direito, quanto mais em se tratando de direito constitucional. É evidente que a linha divisória entre a atividade judicante e a legislativa não é muito precisa, o que se evidencia ainda com maior intensidade na seara constitucional, onde se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluidos, carecendo de concretização pela via interpretativa. Por mais que se possa (e deva) colocar em discussão essa problemática, devemos ter em mente que a tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição, é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, e não de criar novos direitos. Assim, em princípio, acreditamos que a busca de direitos fundamentais situados fora do catálogo deve ater-se à Constituição, bem como às regras de direito internacional (especialmente tratados). Do contrário, estar-se-ia correndo o sério risco de ferir não só o princípio da separação dos poderes (por mais que se proceda a uma interpretação elástica do mesmo), mas a própria noção do Estado de Direito, ainda que como tal não se considere um Estado da “Lei”. O tema, contudo, é fascinante e merece maior dedicação, ainda mais em face da existência de relevantes argumentos em ambos os sentidos. Outro aspecto a ser considerado, de modo especial no caso brasileiro, é a extensão do catálogo dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que recomenda – para além dos motivos já ventilados – extrema cautela na busca de outros direitos substancialmente equivalentes, inclusive para evitar uma espécie de vulgarização da categoria dos direitos

fundamentais, que devem integrar o núcleo material da Constituição.

Diversa a situação em que se consideram abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental certas situações ou posições jurídicas que antes não eram consideradas como reguladas pela norma. Cuida-se aqui de método bastante utilizado pela doutrina e pela Corte Constitucional da Alemanha e que parece corresponder à noção de direitos fundamentais “implícitos” a que se refere José Afonso da Silva, no sentido de direitos que se encontram subentendidos nas garantias do catálogo.⁴⁹ Na categoria dos direitos fundamentais “implícitos” poderia ser perfeitamente enquadrada a situação acima referida. Implícito, no exato sentido terminológico que lhe atribui o dicionário Aurélio,⁵⁰ é o que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro. Assim, também (mas não só) pelo sentido literal do termo, a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, a definir (ou redefinir) o campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção. Esta solução, salvo melhor juízo, harmoniza-se com a sistemática adotada pela nossa Carta, além de não conflitar necessariamente com as limitações traçadas pelos princípios da separação de poderes e do Estado de Direito.

Todavia, não há como deixar de considerar que a noção de direitos implícitos em sentido amplo inclui os direitos decorrentes do “regime” e dos “princípios” consagrados pela nossa Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na “construção jurisprudencial do direito”, revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente na nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º). Nessa esfera os limites são traçados pelo próprio alcance e significado do regime e dos princípios,

⁴⁹ A este respeito remetemos para o que já foi objeto de análise neste estudo (v. item 2.2 “supra”).

⁵⁰ FERREIRA, A. B. Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986. p. 923.

bem como pelos direitos fundamentais positivados na Constituição formal, eis que não há como admitir-se a hipótese de direito decorrente (implícito) contrário a direito fundamental expresso.

Outra limitação importante para a compreensão e aplicação “constitucionalmente adequada” (a expressão é da autoria do mestre lusitano Gomes Canotilho) do conceito material dos direitos fundamentais diz respeito à necessária harmonização entre os direitos “revelados” pelo intérprete e a sistemática da Constituição. Assim, deve-se atentar para a problemática que diz com a posição hierárquica dos direitos fundamentais de origem internacional (e até mesmo legal, para aqueles que os admitem), eis que os rumos a serem tomados dependem, em última análise, do posicionamento a esse respeito. Todavia, em se tratando da extensão do âmbito de proteção (ou dos direitos “implícitos”, se preferirmos fazer uso desta terminologia) e dos direitos “implícitos” em sentido amplo (decorrentes), parece inequívoco que as posições enquadradas nesta categoria se revestem da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo da Constituição. Também as hipóteses de colisões entre direitos fundamentais, como já frisado, podem suscitar diversos problemas neste campo, onde assumem relevância princípios hermenêuticos como os da proporcionalidade, concordância prática, otimização dos valores constitucionais em jogo, entre outros que não cabe aqui aprofundar, mas que se impõe sejam mais explorados. O que devemos ter em mente é a existência de restrições insuperáveis impostas pela ordem constitucional ao conceito material de direitos fundamentais, de tal sorte que podemos perfeitamente falar de “limitações imanentes” também nesta seara.

4.2.5. Podemos falar de um direito (e garantia) fundamental do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer para uma segunda instância?

Tomando como norte o que até agora foi exposto, podemos ensaiar uma resposta à questão inicialmente formulada. Se nos aferrarmos à idéia dominante no senso comum de que a possibilidade de ver submetida a decisão adversa a uma revisão por uma outra instância é um anseio inerente à personalidade humana, lograríamos até mesmo solucionar a questão à luz do direito natural. Desconhecidas

são (ao menos atualmente) as ordens jurídicas que não contemplam a possibilidade, ainda que por vezes limitada, de recorrer das decisões judiciais para uma instância diversa. Até mesmo sob a égide do regime feudal e do absolutismo, o apelo ao senhor ou monarca, numa derradeira tentativa de obter clemência (principalmente na esfera criminal), era de uso corrente. Assim, parece razoável que o direito de acesso a um segundo grau de jurisdição e, consideradas as diferenças já apontadas, o de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior encontram-se fundados no valor maior da dignidade humana, além de guardarem sintonia com a sistemática da Constituição e do ordenamento jurídico. Para tanto, basta referir todas as normas relativas à competência dos tribunais, cuja existência encontra justificção fundamentalmente na sua tarefa de analisar os recursos interpostos contra as decisões das instâncias inferiores. Aliás, exatamente com base nesta argumentação, cumpre referir a posição do eminente Professor Nelson Nery Jr., que advoga a existência de uma previsão do princípio do duplo grau de jurisdição na atual Constituição, que decorreria implicitamente das normas que dispõem sobre a competência dos tribunais, mas que, segundo entendimento do próprio autor, não se constitui propriamente em garantia absoluta do acesso à segunda instância como ocorria na hipótese do art. 158 da Constituição de 1824.⁵¹ Contudo, ainda assim não parece ser lícito o entendimento de que o acesso ao duplo grau de jurisdição possa ser tido – ao menos com base nesses argumentos – como direito fundamental autônomo, mesmo de acordo com os parâmetros do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, eis que não se trata, neste caso, de direito fundamental implícito (*strictu sensu*), no sentido de subentendido nas normas de direitos fundamentais do catálogo ou decorrente do “regime” e dos “princípios”, pelo menos na acepção que emprestamos a estes termos. Pelos mesmos motivos, não há como falar de um direito fundamental autônomo de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior. Assim, mesmo que nos inclinemos a compartilhar do duto entendimento citado, não o fazemos pelos mesmos fundamentos.

A matéria, por evidente, pode suscitar controvérsias, mas, pelo menos, há que se

⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 152 e segs.

reconhecer que, neste particular, estamos nos movimentando justamente na fronteira movediça e perigosa que existe entre a atividade legislativa e judiciária, isto é, da criação do direito novo e da revelação ou explicitação do direito existente, mesmo que escondido entre os meandros do ordenamento. Consoante já restou esclarecido (a par das normas sobre a competência dos tribunais e os dispositivos acerca do recurso extraordinário e especial, entre outros), em nenhum dispositivo da Constituição encontramos consagrado, expressa e diretamente, um direito de acesso ao segundo grau de jurisdição ou direito de recurso para outra instância. Na legislação inferior, encontram-se regulamentadas as diferentes espécies de recursos, bem como seus procedimentos. Nesse sentido, também não parece razoável, até mesmo pela inviabilidade de se considerar a existência de “direitos fundamentais legais” na nossa sistemática, falar de um direito fundamental (no sentido material) de apelar, ou mesmo de um direito de interpor agravo de instrumento ou embargos infringentes, oriundo do direito positivo infraconstitucional.

Uma outra alternativa que se apresenta é a de considerar o direito ao duplo grau de jurisdição abrangido pelo âmbito de proteção do artigo 5º, inciso XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”), que garante a revisão pela Justiça dos atos de particulares e dos agentes públicos. Ora, na medida em que a lesão ou ameaça ao direito pode advir de ato do próprio Judiciário, tal garantia constitucional fundamental correria o risco de se tornar inoperante, caso não se viabilizasse de alguma forma a sua revisão. A doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), apenas para citar exemplo concreto de uma sólida ordem constitucional que igualmente não previu o acesso ao duplo grau de jurisdição como direito fundamental (ou garantia) autônomo, há muito tem outorgado interpretação bastante elástica ao artigo 19, inciso IV, da Lei Fundamental de 1949, localizado no título dos direitos fundamentais, que consagra o direito à proteção judiciária e ao acesso à Justiça. Nesse particular, o direito à proteção judiciária vem sendo aplicado também como abrangendo o direito à proteção efetiva e razoavelmente eficaz, considerando-o, todavia, como direito à proteção por meio do juiz, e não contra o juiz,

excluindo assim, do âmbito de proteção da norma, a garantia do acesso a uma segunda ou terceira instância.⁵² Todavia, em se optando pela primeira alternativa, não se estaria criando um novo direito fundamental, mas sim preenchendo o âmbito de proteção da norma de uma regra já existente, interpretando-a à luz do sistema constitucional positivo. No caso brasileiro, além da norma do artigo 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, poderíamos cogitar de uma interpretação sistemática em conjunto com outros dispositivos contidos no mesmo artigo, nomeadamente os incisos LIV (devido processo legal) e LV (ampla defesa). De modo especial, este último já poderia isoladamente, quanto mais em conjugação com o inciso XXXV, abarcar a garantia da possibilidade (ao menos como regra geral) de acesso a uma segunda instância e de recorrer das decisões judiciais. Sem dúvida, há como sustentar o entendimento de que a possibilidade de se ter reexaminada uma decisão parcial ou totalmente desfavorável harmoniza-se com as exigências do princípio da ampla defesa, bem como com a eficácia (no sentido de maior certeza, confiabilidade e segurança) dos julgamentos e também do acesso à Justiça. Nesse contexto, cumpre fazer referência à experiência lusitana, eis que o Tribunal Constitucional de Portugal, através de autêntica construção jurisprudencial, reconheceu a existência de um direito de recurso ou de segundo grau de jurisdição.⁵³

Se, contudo, buscarmos o direito materialmente fundamental de recorrer das decisões judiciais no âmbito dos tratados e/ou convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, verificaremos que o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, incorporou ao direito positivo nacional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que, no seu artigo 8º, alínea *h*, reconhece, dentre as diversas garantias judiciais consagradas no texto, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Pela sua redação (“para juiz ou tribunal *superior*”), o dispositivo consagra, na realidade, o princípio do duplo grau de jurisdição. Aqui, sem dúvida, abre-se, ao menos em tese, uma porta para que, através do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, o princípio do duplo grau de jurisdição (e até mesmo o

⁵² Neste particular, dentre outros, a lição de B. Pieroth e B. Schlink, *Grundrechte : Staatsrecht II*. 6. ed. Heidelberg : Müller, 1990. p. 262 e segs.

⁵³ MIRANDA, op. cit. V. 4, p. 159, nota 11.

direito de recurso das decisões judiciais para uma instância superior) possa ser considerado, entre nós, verdadeiro direito fundamental, ainda que sob o ponto de vista meramente material, até mesmo em face de absoluta ausência de incompatibilidade com a atual sistemática da Constituição. O direito reconhecido no Pacto de São José é complementar às garantias do acesso à Justiça (ou inafastabilidade do controle judicial), da ampla defesa e do devido processo legal (artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV) consagradas na nossa Carta. Todavia, impende considerar a discussão em torno da posição hierárquica desses direitos fundamentais internacionais em relação ao direito interno (v. item 2.3.1 *supra*), questões estas que, salvo melhor juízo, não afastam a fundamentalidade material desse direito mesmo para a ordem jurídica interna. De qualquer modo, a recepção formal pelo ordenamento nacional desse direito fundamental consagrado em nível internacional, na pior das hipóteses, serve para imprimir-lhe força de lei e reforçar o entendimento de que, lançando mão de uma interpretação sistemática, devidamente valorizada pela incorporação da Convenção Americana dos Direitos Humanos ao direito interno, o princípio do duplo grau de jurisdição também pode ser enquadrado na categoria dos direitos fundamentais implícitos, isto mesmo em se considerando inviável a concepção ora defendida, que, à luz do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, reconhece-o como autêntico direito fundamental autônomo. Aliás, o *status* de direito fundamental implícito apresenta, inclusive, algumas vantagens, eis que restariam contornados os problemas relativos à hierarquia das normas de direitos fundamentais extraídas de documentos internacionais.

5. A constitucionalidade da fixação de um valor de alçada como limite ao direito (garantia) de acesso ao duplo grau de jurisdição e de recurso das decisões judiciais para uma instância superior

Ainda que não se tenha o acesso ao duplo grau de jurisdição como um direito fundamental material autônomo, mas na medida em que se o considera incluído no âmbito de proteção (*Schutzbereich*) de um determinado dispositivo consagrador de direito ou garantia fundamental, remanesce a questão inicialmente formulada a respeito da possibilidade de limitação ou mesmo da supressão parcial desse direito. Uma

restrição das possibilidades de uso da via recursal pode passar a ter o cunho de uma limitação ao próprio direito fundamental pelo qual se encontra abrangida, subentendido que efetivamente nos encontremos diante de uma hipótese de restrição. Aqui, igualmente, como frisado alhures, há que se distinguir as hipóteses de supressão (mesmo que em determinadas hipóteses) do acesso à segunda instância e a de recorrer para uma instância superior. Inobstante a problemática suscitada possa ter semelhanças, existe uma nítida distinção quanto à intensidade. Para podermos avançar na nossa análise, impõe-se que sejam tecidas algumas considerações preliminares a respeito dos rudimentos de uma teoria sobre as restrições aos direitos fundamentais.

O ponto de partida deverá ser a constatação de que nenhum direito fundamental consagrado na Constituição se encontra imune a restrições, mesmo que se trate de direito que não se encontra sob a reserva (simples ou qualificada) de lei, isto é, que não pode ser objeto de restrições pelo legislador ordinário. De acordo com a mais moderna doutrina, a noção de limites é inerente à natureza das liberdades, mesmo das consagradas e garantidas pelas normas de direitos fundamentais. Todo e qualquer direito fundamental contém limites denominados imanentes, decorrentes da ordem constitucional. Via de regra, são apontadas duas espécies de limites imanentes: a) a existência de uma colisão entre direitos fundamentais; ou b) entre estes e outros valores constitucionais.⁵⁴ No mais, nos casos em que incide a reserva legal, a restrição é viável apenas através de lei ou com base em lei. Em qualquer caso, vigora o princípio consagrado da proporcionalidade da restrição, segundo o qual a interferência limitadora no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental deve obedecer a três requisitos: a) a necessidade da restrição, ou seja, a utilização do meio menos gravoso (aquele que menos limita a liberdade); b) a sua pertinência (adequação), no sentido da sua possibilidade de atingir o resultado almejado; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, que outra coisa não quer dizer senão a observância do equilíbrio na relação entre o meio e o fim.

⁵⁴ Veja, neste sentido, W. Krebs, *JURA*, p. 617 e segs. 1988. Também B. Pieroth e B. Schlink, *Grundrechte : Staatsrecht II*, 1990. p. 67 e segs., que apresentam a clássica distinção entre os Direitos Fundamentais no que diz com a possibilidade de sua restrição.

Ademais, apenas uma finalidade constitucionalmente legítima autoriza uma restrição a um determinado direito fundamental.⁵⁵

Nos casos de uma colisão entre direitos ou entre valores constitucionais, ocasião na qual não se cogita necessariamente de restrição pelo legislador, o que se busca é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática (*praktische Konkordanz*), utilizando a linguagem de Konrad Hesse, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou dos valores constitucionais restritivos.⁵⁶ Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.⁵⁷ De qualquer modo, esta atividade encontra, por sua vez, limite na preservação do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, que não pode ser completamente sacrificado. Ao contrário da Constituição portuguesa de 1976 e da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, a CF de 1988 não contém regra expressa no campo das restrições aos direitos fundamentais, à exceção da norma do artigo 60, parágrafo 4º, que veda a abolição dos direitos e garantias individuais, constituindo limite material ao poder de reforma constitucional, que, por uma decorrência lógica, também vincula o legislador ordinário. A teoria dos limites imanentes e o princípio da proporcionalidade, contudo, igualmente já se encontram consagrados na nossa doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

⁵⁵ Novamente W. Krebs, op. cit., p. 622. Entre nós, inobstante de forma ligeiramente diversa, veja-se a recente obra de Raquel Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 1995. p. 79 e segs.

⁵⁶ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : Müller, 1993. p. 129 e segs.

⁵⁷ Aqui, cabe lembrar a preciosa lição de Gilmar F. Mendes, *RIL*, n. 122, p. 301, abr./jun. 1994, embasado em entendimento extraído da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (“*Bundesverfassungsgericht*”).

⁵⁸ Neste sentido, Gilmar F. Mendes, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 3, p. 24 e segs., 1993. que apresenta excelente sinopse jus-comparativa sobre o assunto.

Voltando ao caso concreto, inobstante a sumariiedade inevitável das considerações genéricas tecidas, podemos, de antemão, ter como indiscutível a possibilidade de estabelecer limites, tanto para o acesso ao segundo grau de jurisdição quanto para o exercício de um direito de recorrer para uma superior instância. Nesse sentido – e aqui uma convergência de opiniões – já se havia manifestado, entre outros, o Professor Nelson Nery Jr., em seu trabalho citado,⁵⁹ salientando-se que seu posicionamento encontra-se fundado justamente na ausência de uma garantia constitucional absoluta do princípio do duplo grau de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, igualmente sustentou a constitucionalidade do artigo 34 da Lei nº 6.830/80, o que apenas vem reforçar esse entendimento.⁶⁰ Tal se revela ainda mais evidente em não se considerando a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição como um direito fundamental autônomo. Mesmo nesse caso, seriam aplicáveis, no mínimo, os princípios relativos aos limites imanentes, ainda que se tivesse o respectivo direito fundamental como insuscetível de restrição pelo legislador ordinário. Tomando-se ambas as hipóteses em pauta como posições incluídas no âmbito de proteção do artigo 5º, incisos XXXV ou LV (ou ainda do inciso LIV?), todos da CF de 1988, mas não como direitos materialmente fundamentais independentes, há que se admitir, em princípio, a viabilidade de restrições legislativas. O que importa, neste momento, é a constatação de que em ambas as hipóteses o caminho para restrições se encontra aberto. A problemática reside especialmente na ponderação dos valores constitucionais em jogo e na proporcionalidade da restrição, que não poderia, em qualquer hipótese, fazer “tábula rasa” desses direitos. Aqui, cabe lembrar que a segurança jurídica, assim como a própria celeridade e eficiência da Justiça, constituem, sem sombra de dúvidas, a outra face da moeda dos direitos de ampla defesa e do acesso à Justiça. Mais do que isso, revelam-se condição importante para a consecução da finalidade da norma que garante o acesso à Justiça e à proteção judiciária. Relembremos, por conveniente, o alcance dado ao dispositivo

⁵⁹ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 152 e segs.

⁶⁰ Acórdão proferido no Ag. 114.709-1, relatado pelo Min. Aldir Passarinho e publicado no *DJU* no dia 28.08.87 (citado por Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 815).

similar pela doutrina alemã: a garantia da proteção judiciária (artigo 19, inciso IV, da Lei Fundamental) subentende proteção suficientemente célere e eficaz.

A fixação de um valor de alçada como fator de supressão do acesso ao segundo grau de jurisdição, de modo especial nas hipóteses envolvendo demandas de natureza pecuniária e de pequeno valor, parece, em princípio, corresponder aos ditames da proporcionalidade, respeitando, ainda, o núcleo essencial encoberto pelo âmbito de proteção das normas atingidas pela restrição, além de salvaguardar as exigências básicas da dignidade humana. Neste caso, ainda que o princípio do duplo grau de jurisdição estivesse plasmado expressamente na nossa Constituição, a sua supressão em algumas hipóteses – respeitados os limites da proporcionalidade e os critérios já citados – não teria, salvo melhor juízo, o condão de ferir de morte o seu núcleo essencial. Mais problemática, contudo, revela-se a situação em procedimentos cíveis envolvendo interesse público, direitos de menores, bem como na seara dos direitos difusos, apenas para citar alguns exemplos. Na esfera criminal, a questão assume relevo especialmente nos casos de penas privativas da liberdade. Aqui, poder-se-ia seriamente duvidar da constitucionalidade de uma supressão, ou mesmo de uma restrição substancial, ainda que não em todos os casos, do acesso ao duplo grau de jurisdição ou do direito de recurso para uma instância superior, principalmente por estarem sendo tangenciados direitos fundamentais (a liberdade, por exemplo) e valores inerentes ao princípio maior da dignidade humana.

Por outro lado, menos sujeita a obstáculos, sob todos os pontos de vista, há a colocação de restrições aos recursos de modo geral, especialmente com o objetivo de filtrar as demandas que aportam nos tribunais, principalmente nas Cortes Superiores. Aqui, já numa terceira (e até quarta) instância (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, etc), não se apresentam maiores impedimentos nem quanto à própria supressão eventual da instância. No que tange a esse aspecto, não nos parece procedente, salvo melhor juízo, o duto entendimento do Professor Nelson Nery Jr. que tem o cabimento dos recursos especial e extraordinário como insuscetíveis de qualquer tipo de restrição ou vedação pelo legislador ordinário.⁶¹ Ressalva deve ser feita aos casos

⁶¹ NERY JÚNIOR., op. cit., p. 154-155.

em que o tribunal superior exerce suas competências originariamente ou como segunda instância (aqui, sim, poderia, em tese, restar maculado o duplo grau de jurisdição), bem como às peculiaridades inerentes ao controle da constitucionalidade atribuído ao Supremo Tribunal Federal. A própria previsão de recurso para um órgão colegiado composto por juízes da mesma instância e até mesmo a possibilidade de se criar órgãos de segunda instância compostos por julgador singular não implicaria necessariamente, por si só, supressão do acesso ao duplo grau de jurisdição, nem feriria de morte o direito de recorrer para uma instância superior, como há quem assim entenda. A colocação, aqui formulada em tom de indagação, parece pertinente. Como se vê, as possibilidades de desdobramento do problema são múltiplas e sugerem, desde já, que se procure equacionar a questão topicamente, à luz do caso concreto, atentando-se para a correta ponderação dos valores em jogo.

Além disso, necessário que se tenha em vista que é o legislador ordinário quem irá implementar eventuais reformas (algumas já estão em andamento) que impliquem a supressão parcial do acesso ao duplo grau de jurisdição, seja estabelecendo um valor de alçada, seja por outro modo, ou no sentido de reduzir o número de recursos ou dificultando sua interposição. Ao Poder Judiciário, de modo particular através do exercício em última instância da jurisdição constitucional, fica cometida a ponderação dos valores em jogo e o controle da constitucionalidade das restrições, zelando pela salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo equilíbrio dos valores em pauta e pela preservação do princípio maior da dignidade humana.

6. Considerações finais

Mais do que conclusões, já que estas pressupõem um certo fechamento de questão sobre os aspectos abordados, acreditamos ser possível delinear algumas proposições que, no mais das vezes, assumem necessariamente a dimensão de verdadeiros questionamentos. Voltamos, assim, ao propósito enunciado na parte inaugural do trabalho, cujo objetivo precípuo foi o de lançar um pouco de luz (no sentido de chamar a atenção para) sobre alguns tópicos, além de problematizar outros, salientando que todos os aspectos abordados carecem de análise mais acurada e merecem melhor tratamento.

Sintetizando retrospectivamente, podemos, portanto, formular as seguintes considerações:

a) A fixação de um valor de alçada para limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição é, sem sombra de dúvida, uma das diversas alternativas disponíveis para, em tese, alcançar o desafogamento parcial dos tribunais. A utilização desta ou de outras fórmulas deve passar por um juízo de conveniência e licitude, ressaltando-se a dimensão constitucional do problema, eis que podem vir a ser tangenciados valores fundamentais protegidos pela nossa Constituição.

b) A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, e na senda da Constituição portuguesa de 1976, consagra inequivocamente um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que implica a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional (direitos fundamentais no sentido material e formalmente constitucionais), bem como com origem no direito internacional (direitos fundamentais apenas no sentido material). Direitos fundamentais no sentido material são aqueles que, por sua substância e natureza, podem ser equiparados aos direitos fundamentais do catálogo. Além disso, segundo remansosa doutrina, a regra citada implica a impossibilidade de se aplicar o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusivus* e autoriza a dedução, via interpretação, de direitos implícitos, no sentido de subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias da Constituição ou decorrentes do seu “regime” e/ou “princípios”.

c) O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais inclui também os direitos sociais, o que decorre da expressão literal do texto do artigo 5º, parágrafo 2º, da acolhida expressa dos direitos sociais pela nossa Carta (artigo 6º a 11), bem como pelo fato de ser a República brasileira um Estado Social e Democrático de Direito, a teor do que dispõe os artigos 1º a 4º da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) e demais disposições pertinentes.

d) A partir de formulação paradigmática da doutrina lusitana (v. IV, 2.2, *supra*), é possível traçar alguns delineamentos rudimentares dos critérios que podem nortear o intérprete na localização dos direitos materialmente fundamentais e que podem ser sintetizados da seguinte forma. Pela sua formulação, o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 revela, salvo

melhor juízo, que os direitos materialmente fundamentais individuais e sociais encontrados na Constituição (mas fora do catálogo) e em tratados internacionais devem guardar pertinência direta com os princípios fundamentais consagrados nos artigos 1º a 4º do Título I. Além disso, devem outorgar ao indivíduo, isolada ou coletivamente, certas posições subjetivas, protegendo determinados bens individuais, coletivos ou sociais, bem como estar voltados ao resguardo do valor maior da dignidade humana.

e) Como exemplos de posições jurídicas que possuem ao menos uma potencialidade de serem enquadrados num conceito material de direitos fundamentais, cabe citar os que seguem, remetendo, para a análise dos demais exemplos, ao capítulo IV, item 2.3, *supra*: art. 37, incisos I e VI, art. 61, parágrafo 2º, artigo 150, incisos I a VI, artigo 225, artigo 230, parágrafo 2º, e artigo 203, todos da Constituição Federal.

f) A localização dos direitos materialmente fundamentais suscita diversos problemas e encontra-se submetida a evidentes limites. Tratando-se a identificação e revelação desses direitos de tarefa eminentemente hermenêutica, cometida ao Poder Judiciário, há que se respeitar os incontornáveis limites à competência criativa do intérprete, traçados pela distinção entre a atividade legislativa e judiciária, sob pena de estar-se ferindo o princípio da separação dos poderes, bem como a noção de Estado de Direito. Esta avaliação, contudo, há que se realizar topicamente, à luz do caso concreto. Nesse contexto, coloca-se também a possibilidade de se considerarem abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental constante do catálogo certas posições ou situações que antes não eram tidas como incluídas pela norma, quando não for possível localizar-se um dispositivo pertinente no direito positivo, de acordo com a solução dada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da CF. Esta alternativa parece, salvo melhor juízo, corresponder à noção de “direitos fundamentais implícitos” no sentido estrito que lhe emprestou parte da doutrina.

g) A nossa Constituição não prevê expressamente a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição, nem no catálogo dos direitos fundamentais, nem em outras partes do texto constitucional. Contudo, revela-se viável a utilização da alternativa oferecida pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta, em se

considerando o direito de “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, tal como previsto no artigo 8º, alínea h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como autêntico direito fundamental no sentido material. Por outro lado, a simples previsão de instâncias recursais na parte organizatória da Constituição não autoriza a conclusão de que a nossa Carta garante, ao menos de forma absoluta, o princípio do duplo grau de jurisdição. De outra banda, poder-se-ia cogitar da inclusão, via hermenêutica, da garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição e até mesmo o direito de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior, no âmbito de proteção normativo dos incisos XXXV, LIV e LV, todos do já citado artigo 5º de nossa Lei Maior, de tal sorte que nos encontraríamos diante de direitos implícitos. A utilização, isolada ou cumulativa, de um, de dois e de todos os dispositivos merece, todavia, uma análise mais rigorosa.

h) A fixação de um valor de alçada ou qualquer outro meio de limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição ou mesmo a interposição de recursos para uma instância superior em geral não conduz necessariamente à inconstitucionalidade, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, bem como resguardado o valor máximo da dignidade humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais em exame, considerados como autênticos direitos materialmente fundamentais, ou dos dispositivos em cujo âmbito de proteção forem tidos como incluídos, em se considerando o seu enquadramento na categoria dos “direitos implícitos”. Como noção subjacente, basta lembrar a circunstância de que a noção de limites é inerente à natureza das liberdades, inexistindo direito fundamental absoluto, no sentido de não-sujeito a qualquer tipo de restrição. Essas noções encontram aplicação não apenas no caso vertente, mas também nas inúmeras situações em que possam vir a ser comprometidos valores fundamentais da nossa Constituição.

i) Por derradeiro, cumpre reafirmar que o nosso propósito foi apenas de lançar alguns questionamentos, com o intento de demonstrar que as possibilidades de desenvolvimento, de modo especial no campo dos direitos fundamentais, são imensas, em se utilizando o instrumental teórico adequado, de modo particular, explorando-se o potencial de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, tal como consagrado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição. Além

disso, e aqui ratificamos nossa proposta inicial, buscou-se a problematização do tema, tentando revelar que, de regra, há muito mais em jogo (a problemática específica escolhida é apenas um exemplo pinçado num universo ilimitado de possibilidades) do que uma simples reforma da legislação processual.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional*. 11.ed. São Paulo : Saraiva, 1980.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.
- BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro : Litho-Typografia, 1902.
- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro : Saraiva, 1934. V. 4.
- BASTOS, Celso R., MARTINS, Ives G. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989. V. 2.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 939 -7. Relator: Min. Sydney Sanches. *LEX*, [Brasília], n. 186, p. 69, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitodireito*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. ed. Heidelberg : C.F. Müller, 1993.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- KREBS, Walter. *Freiheitschutz durch Grundrechte*. *JURA*, p. 617, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Commentários à Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Jacintho R. dos Santos, 1918.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982. V. 1.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais : liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

- . A doutrina constitucional e o controle da constitucionalidade como garantia da cidadania : necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão; possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, São Paulo, v. 1., n. 3, p. 21-43, abr./jun. 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1993.
- . A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição portuguesa : um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de direito administrativo*, n. 199, p. 1-20, jan./mar. 1995.
- . Direitos Fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de direito público*, v. 20, n. 82, p. 5-27, abr./jun. 1987.
- MIRANDA, Francisco Cavalcânti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. V. 4.
- NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 400, p. 15-39, nov. 1990.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte : Staatsrecht II*. 6. ed. Heidelberg : Müller, 1990.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- . *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. As normas internacionais em face da Constituição. In: *CURSO* de Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo : Ltr, 1991. V. 2, p. 303-311.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília : Universidade de Brasília, 1981.