

A dimensão subjetiva e a dimensão objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente*

Ney de Barros Bello Filho**

Os direitos fundamentais são categorias dogmáticas às quais corresponde uma subjetividade inerente ao conceito de direitos fundamentais. Esta é uma idéia recorrente e representa um lugar comum na clássica concepção liberal de direitos fundamentais.

O Estado liberal constituía-se a partir da crença na liberdade do indivíduo e do seu papel como instituição a garantir esta liberdade. Entretanto, a própria história das teorias da constituição, ou teorias dos direitos fundamentais demonstra que o pensamento liberal não é a única lente através da qual é possível compreender os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais também podem ser pensados como valores, como *topoi* ou *standart* jurídicos com outras funções dentro da quadratura dogmático-positiva. A compreensão da utilização de normas de direitos fundamentais como valores a regular as atuações do Estado e dos indivíduos é própria do Estado pós-liberal, que é o Estado Social¹.

Estas “escolhas valorativas” que determinam objetivamente condutas, limites e atuações têm sua origem na Constituição de Weimar, mas somente foram desenvolvidas na década de 50 (cinquenta) do século XX.²

Considerando este pensar, para muito além da dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais, há uma dimensão objetiva que lhe é concorrente - ou exclusiva - quando tais normas não atribuírem a qualquer legitimado um direito subjetivo.

Há que se perceber que uma coisa são normas de direitos fundamentais e outra coisa os direitos fundamentais que são por elas atribuídos a determinados legitimados. São dois conceitos dogmáticos distintos e que não expressam o mesmo pensamento.

Algumas normas de direitos fundamentais não conferem quaisquer posições jurídicas subjetivas e, portanto, nestes casos, não há que se falar em direitos fundamentais, mas tão somente em normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva. Estas normas de eficácia meramente objetiva geram interesses legítimos, ou interesses jurídicos que não se confundem com direitos subjetivos. Existem duas dimensões – ou duas possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais.^{3 4}

Tais são as normas que estabelecem princípios destinados a garantir outros direitos fundamentais, ou a definir deveres de natureza fundamental, sem caracterizarem-se como direitos propriamente ditos, em razão de não atribuí-los a quem quer que seja.

Observe-se que todas as normas de direitos fundamentais possuem esta eficácia meramente objetiva, na medida em que estas normas jogam as funções de normas de garantia da unidade do sistema além de possuírem efeitos que desbordam da mera atribuição de subjetividade.

* VANESCA e TRF e Fiorillo.

**Ney de Barros Bello Filho é Juiz Federal, Doutor em Direito da UFMA e Vice-Presidente do Instituto “O direito por um Planeta Verde”.

¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 e ss.

² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 149.

³ Afirmando a dupla dimensão dos direitos fundamentais – a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva – encontra-se, na doutrina portuguesa os posicionamentos de ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 200; SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 58: [...] para além da sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito.

Isto implica na constatação de que todas as normas de direitos fundamentais são normas de eficácia objetiva por que delas é possível extrair obrigações, deveres e proteção a outros direitos. A subjetividade é um *plus* que pode ou não estar adjungido à norma.

A teoria institucional dos direitos fundamentais foi quem primeiro descalvou a estrutura dos direitos fundamentais – ou de suas normas estatuintes – para admitir a existência de um duplo caráter dos direitos fundamentais. Entretanto, conforme a teoria institucionalista, o caráter subjetivo do direito fundamental vinculava-se a sua expressão individualista, que se caracteriza pela subjetividade pública. Já a dimensão objetiva caracteriza-se por ser a expressão institucional objetiva.

O recorte do direito ambiental pensado como direito subjetivo individual era característico de um modelo liberal que se afirmava como aporte de um individualismo que se supera no Estado social⁵:

Isto se justifica por que os direitos fundamentais não possuem apenas a sua dimensão individual própria da subjetividade, mas foram elevados ao patamar de “pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade”⁶.

Entre as duas dimensões existe não propriamente uma tensão, mas uma dependência, uma complementariedade. Não existe norma de direito fundamental sem a sua dimensão objetiva, e todas as vezes que se estiver diante de um direito fundamental certamente se estará diante desta dúplici dimensão.

Esta dupla função das normas de direitos fundamentais é que os garante a posição de normas de garantia do modo de viver na pós-modernidade. A

sua eficácia objetiva reflete algo mais importante em diversas conexões dogmáticas do que a subjetividade em voga na modernidade. A subjetividade passa a ser apenas uma das técnicas de preservação de bens jurídicos através do direito, e em alguns casos sem ser, nem mesmo, a mais importante.

A afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser compreendida como uma des-subjetivização uma vez que a compreensão clássica dos direitos fundamentais é no mínimo mitigada para dar lugar a uma irradiação objetiva que gera deveres e comportamentos vinculativos e determinantes, porém carentes de subjetividade.

A objetivação das normas de direitos fundamentais representa uma ligação direta com a teoria dos valores, na medida em que é pressuposta da existência de uma dimensão objetiva a existência de um valor objetivamente institucionalizado pela norma a ser perseguido e irradiado para toda a sociedade e Estado.

O individualismo sede lugar a uma compreensão dogmática que vê na subjetividade dos direitos, apenas uma das técnicas de defesa de bens jurídicos, não a única possibilidade de fazê-lo.

Os direitos fundamentais, ou mais tecnicamente as normas de direitos fundamentais deixam de ser pensadas sob a ótica dos indivíduos para ocupar espaços de conformação coletiva, protegendo valores e bens jurídicos que não aderem ao titular no sentido da subjetividade clássica.⁷

Estes efeitos jurídicos decorrentes da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais são importantes para a proteção de valores e bens na pós-modernidade na medida em que representam um acréscimo às considerações decorrentes da subjetividade em voga nas teorias liberais. Ao constatar-se a existência de uma eficácia objetiva de

⁵NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 60: Para Häberle, os direitos fundamentais apresentam um lado jurídico-individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjetivo público, e um lado institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de âmbitos de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados. Este duplo carácter constitui a essência dos direitos fundamentais: na perspectiva dos seus titulares, os direitos fundamentais surgem como direitos subjetivos públicos, enquanto que, na perspectiva das relações de vida, surgem os institutos.

⁶ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114.

⁷ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 115: Já tem sentido fazer uma distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.

todas as normas de direitos fundamentais se estará extraindo conseqüências que não são naturais à simples constatação de subjetividade jurídica.

A exigência de deveres do Estado e de particulares não são uma conseqüência natural da subjetividade das normas de direitos fundamentais. Ao se admitir a existência de uma eficácia objetiva se estará acrescentando uma pléiade de deveres e obrigações que não surgiriam naturalmente da subjetividade dos direitos fundamentais.

Este alargamento da efetividade, decorrente da admissão de sua objetividade, aumenta a influência do sistema normativo – e mais precisamente do sistema de direitos fundamentais – na vida em sociedade.

A participação do ordenamento jurídico, cumprindo as suas funções de imperatividade e normatividade crescem com a assunção da eficácia objetiva, na medida em que direitos e obrigações podem ser extraídos do texto, ainda que direitos subjetivos não estejam, no todo, configurados.

A compreensão e o reconhecimento da dimensão objetiva representam um avanço na operatividade dos direitos fundamentais, na medida em que as existências destes direitos enquanto categorias dogmáticas não representam apenas a exigência de que o Estado não viole determinadas posições jurídicas, mas também que ele se obrigue a perseguir a realização de valores objetivos que estão dispostos e determinados, com grau de vinculatividade, no corpo constitucional.

Ao admitir-se a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que se está a fazer é reconhecer a sua função de fundamentos da ordem jurídica a irradiar seus efeitos para todo o setor público e a sociedade, gerando deveres e protegendo institutos e pugnando pela realização de valores constitucionalmente postos. Desta forma, as normas de direitos fundamentais deixam de ser somente normas atributivas de subjetividade pública e passam a ser normas imperativas e vinculativas de natureza ampla, irradiantes para toda a sociedade e para o Estado.

Se por um lado as normas de direitos fundamentais possuem sempre uma eficácia objetiva, não é certo dizer que todas as normas de direitos fundamentais atribuem a algum legitimado a subjetividade necessária à configuração de um direito subjetivo de cariz fundamental.

Os direitos fundamentais são sempre direitos subjetivos. As normas de direitos fundamentais, quando atribuem direitos subjetivos a um legitimado estão atribuindo direitos subjetivos e estabelecendo um direito fundamental, sem prejuízo da sua eficácia objetiva, que é comum a todas as normas de direitos fundamentais.

A principal característica que socorre aos direitos subjetivos é a possibilidade de se fazerem efetivos nos tribunais.⁸ Há direito fundamental quando houver justiciabilidade, quando for possível a um titular a quem o direito esteja atribuído por uma norma de direito fundamental guerrear em juízo em defesa de sua posição jurídica.

O direito subjetivo joga a função de uma posição jurídica que pode se caracterizar como o poder da vontade de determinar algo ou um interesse digno de proteção.⁹ Estabelecer-se como posição jurídica representa a possibilidade de sê-la, a posição, exigível judicialmente.

Isto não implica em dizer que na ausência de subjetividade há perda de qualquer possibilidade de busca de satisfação judicial contra a agressão do bem jurídico protegido pela norma. Tal implica, isto sim, no estabelecimento de uma diferença ontológica entre a eficácia jurídica de um direito subjetivo e a eficácia de uma norma de direito carente de subjetividade. As normas de direito fundamental de eficácia meramente objetiva possuem eficácia, mas a sua eficácia é uma eficácia diferida.

A dimensão objetiva não é incompatível com a dimensão subjetiva. Quando está presente a dimensão

⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 42.

⁹ O debate acerca da característica e da natureza do direito subjetivo não é novo. As teorias da vontade e do interesse se contrapõem quer em Alemanha quer no pensamento anglo-saxão. Sobre o assunto interessante o que dizem autores como Rudolf Vom Jhering, Bernhard Windsheid, Jeremias Bentham, John Austin, Joerg Jellinek. Interessante ver, também o posicionamento de Robert Alexy. No direito Português, veja-se MONCADA, Cabral. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra, Almedina, 1995, p. 58 e ss; ANDRADE, Manuel. *Teoria geral da relação jurídica*, 6. reimp. Coimbra, Almedina, 2003, p. 7 e ss. v. 1; PINTO, Paulo Mota. *Direito civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 2000; CARVALHO, Orlando. *Relação jurídica e direito subjetivo*, Lisboa: Coimbra Editora, 1981; MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 82 e ss; CORDEIRO, João Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 105 e ss. v. 1.

subjetiva, está claro que a dimensão objetiva também se faz atuante. Neste sentido, clara é a exemplificação de Jorge Reis Novais¹⁰.

Direito subjetivo é sempre reflexo de uma posição jurídica o que implica em dizer que todo direito subjetivo revela uma posição jurídica e, dito deste modo, todo ele possui subjetividade. Isto representa conceber direito subjetivo em sentido amplo, “[...] como posição jurídica subjetiva activa ou de vantagem”.¹¹ Ou, em termos similares, admitir que “[...] a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”.¹²

Obviamente, admitir que todo direito é subjetivo não é afirmação válida se cotejada com a clássica dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo, que permite compreender por direito objetivo como expressão da norma jurídica haja ou não subjetividade em razão da atributividade de posição jurídica a legitimados.

No sentido de que todo direito é subjetivo as normas que não atribuem direito a ninguém por serem carentes de subjetividade são normas que possuem eficácia meramente objetiva. Todo direito subjetivo é um modelo de três níveis: Primeiramente deve-se observar as razões para que uma determinada norma esteja atribuindo direito subjetivo a quem quer que seja; em um segundo momento, reconhecer tal direito como uma posição jurídica; e por fim, perceber a propriedade natural de todo direito subjetivo que é sua exigibilidade.¹³

¹⁰NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 68-69: Assim, se A tem em face ao Estado um direito a algo, então o Estado tem, como contrapartida relacional, a obrigação jurídica de prestar este algo (seja fazendo, não fazendo ou sujeitando-se), isto é, o Estado tem, para com A, um dever. Ora, se abstrairmos da posição de A, e, mais rigorosamente, se abstrairmos da perspectiva relacional, resta ainda um dever do Estado, ou seja, objectivamente, o seu dever de fazer, não fazer ou de se sujeitar.

¹¹ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 11.

¹²ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119.

¹³BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 46.

Ao observar-se a aparente dicotomia entre eficácia meramente objetiva e eficácia subjetiva das normas de direitos fundamentais - que geram deveres fundamentais e direitos subjetivos fundamentais respectivamente – percebe-se que a subjetividade remonta a um aspecto individualista, que põe em evidência a dimensão personalista do direito que sempre foi sua principal característica.

A subjetividade permite, em primeiro plano, a proteção de interesses próprios dos titulares, ainda que este interesse seja, a um só tempo, comunitário.¹⁴

Convém observar, entretanto, que o fato de se tratar de direito fundamental – e conseqüentemente, de direito subjetivo fundamental não implica necessariamente na constatação de que se trata de um direito de cariz individual. A individualidade não é atributo da subjetividade, que pode se dar de forma coletiva e até mesmo difusa.

É possível que haja o resgate de uma subjetividade não em moldes da individualidade moderna, mas em nome de uma compreensão coletiva e difusa dos direitos que caracteriza a hipótese de resistência jurídica a compreensões totalizantes pós-modernas.

Isto implica em dizer que o direito subjetivo pode ser instrumento de afirmação de uma técnica de direitos que realiza a transindividualidade, compreendendo o universo a ser protegido pelo direito subjetivo não apenas como o universo individual da concepção clássica.

Por esta razão não é possível concordar com Vieira de Andrade quando vê na individualidade uma

¹⁴ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 119: Quanto ao segundo aspecto (diríamos: funcional), não haverá dúvidas de que a atribuição subjetiva de direitos fundamentais pressupõe a existência e visa em primeira linha satisfazer interesses próprios dos titulares, reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais – é esse o critério que identifica toda a matéria, ainda que esses valores possam ser simultaneamente valores comunitários. Quanto ao primeiro aspecto (estrutural), vemos que o reconhecimento ou a atribuição de um direito subjetivo fundamental aparece hoje ligado à proteção intencional e efectiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

das características da subjetividade.¹⁵ A referência a homens individualmente considerados é uma possibilidade do direito, mas a sua compreensão coletiva ou difusa é uma realidade e uma necessidade no mundo contemporâneo.

Os direitos fundamentais coletivos – que existem na maioria das Constituições, inclusive a portuguesa – são, para o autor, apenas uma forma de exercício de direitos que, em si, são individuais. A pensar desta maneira seria impensável a categoria de direitos difusos, que se revelariam como interesse e não como direitos propriamente ditos.

Esta não parece ser a melhor interpretação, especialmente por que os direitos fundamentais são expressões de conquistas e construções histórico-dogmáticas, e nos tempos atuais não há que se falar exclusivamente na individualidade dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Os entes coletivos podem, sim, serem titulares de direitos fundamentais, além de instrumentos de seu exercício, assim como é possível a difusão e dispersão destes direitos que vão ser densificados apenas no momento da sua realização. É o caso dos direitos fundamentais de natureza difusa.

Isto implica, necessariamente, em dizer que os direitos fundamentais, que são posições jurídicas, são posições jurídicas subjetivas, podendo ser individuais, coletivas ou difusas.

Quando se está tratando da norma do artigo 225 da Constituição Federal que enuncia a norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado percebe-se claramente a existência de dupla eficácia – objetiva e subjetiva.

Como dá conta Canotilho, a dimensão objetiva das normas fundamentais de direito ambiental é responsável por uma dada diretriz de preservação de bens ambientais constitucionalmente protegidos, tornando-se relevante na interpretação de outros dispositivos que podem direcionar a interpretação da norma a partir da sua eficácia objetiva.

Desta maneira, fácil entender que a eficácia objetiva da norma funciona como guia hermenêutico

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122.

de caráter geral, obrigando os aplicadores a observarem a proteção do meio ambiente quando da aplicação de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Desta maneira, a eficácia objetiva da norma de direito fundamental ao ambiente joga a mesma função dogmática do princípio constitucional da preservação do ambiente.¹⁶

A solução no caso brasileiro não é distinta da portuguesa. Com efeito, o constituinte inovou no trato da matéria ao deixar claro a expressão de deveres constitucionais ambientais impostos quer a coletividade, quer ao poder público. Ao fazê-lo estabilizou a categoria dogmática dos direitos fundamentais ambientais que tinha tratamento incerto por parte da norma constitucional anterior. Claro e cristalino ficou a existência de uma plêiade de determinações constitucionais impostas a todos e que tinha como objeto o ambiente considerado constitucionalmente como um 'bem de uso comum do povo'

Resta saber se tais normas de direito fundamental ao ambiente que impõe deveres ambientais traz consigo obrigações relativas a direitos. Resta saber se a eficácia da norma que é naturalmente objetiva comporta o *plus* da subjetividade, estabelecendo legitimados difusos para o direito que ela lhes atribui.

A resposta deve ser afirmativa, na medida em que o artigo 225 da Constituição Federal não impõe apenas deveres, mas também direitos, garantindo a justiciabilidade àqueles legitimados que difusamente estão indicados na norma expressa pela disposição de direito fundamental.

Os Deveres Fundamentais

Dois são os tipos de deveres que surgem do texto constitucional: deveres constitucionais autônomos

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 181: [...] a dimensão objectiva das normas-tarefa e normas-fim constitucionais relativas ao ambiente apontam para a constitucionalização de bens (ou valores) jurídico-constitucionais decisivamente relevantes na interpretação – concretização de outras regras e princípios constitucionais, na concretização de preceitos constitucionais por normas de direito ordinário, nos juízos de ponderação indispensáveis à solução de conflitos.

e deveres fundamentais correlatos a uma norma de direito fundamental.¹⁷

Existem deveres que não são correlatos às normas de direitos fundamentais, que são os deveres constitucionais autônomos. São deveres constitucionais — abstratos ou concretos — e que não se vinculam à existência de uma norma de direitos fundamentais.

Outros deveres são decorrentes de normas de direitos fundamentais e podem estar conectados a direitos fundamentais caso as normas atribuam direitos subjetivos. Podem existir autonomamente, caso a norma possua apenas eficácia objetiva.

Estas quatro hipóteses de deveres constitucionais estão dispersas em todo texto da Constituição de 1988. É possível verificar deveres autônomos e abstratos, deveres autônomos e concretos, deveres fundamentais e deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais.

As disposições de direitos fundamentais possuem uma dimensão jurídico-objetiva e desta dimensão decorre a existência de deveres fundamentais.¹⁸

A dimensão objetiva, ou a eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais acarreta na existência de deveres fundamentais que já foram vistos como um outro lado dos direitos fundamentais, mas em verdade, são categorias que não possuem, necessariamente, um correspondente nos direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais são categorias autônomas diferenciadas dos direitos, pois não comportam subjetividade e existem na quadratura dogmática sem a correspondente assunção de uma posição jurídica equivalente.¹⁹

Isto implica na constatação de que, mesmo quando não for identificada uma prestação oponível ao

Estado, será o caso de um dever de fazer ou não fazer algo.²⁰

Obviamente, quando a norma de direito fundamental for uma norma de eficácia objetiva e eficácia subjetiva haverá uma relação entre deveres e direitos fundamentais, mas mesmo esta relação não se irá caracterizar por uma correspondência. Neste aspecto, o correspondente ao direito será uma obrigação e não um dever. Os deveres fundamentais são autônomos e independem da existência de um direito fundamental.²¹ No dizer de Canotilho, “[...] os deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos”.²²

A Constituição possui como técnica normativa tanto a criação de direitos quanto de deveres, e tais, a depender da contextura das normas que os vetoriza no ordenamento jurídico podem ser direitos e deveres de natureza fundamental.

Isto implica na existência de deveres e direitos que podem ser diretamente aplicáveis ou não. No que diz respeito aos deveres constitucionais fundamentais, existem aqueles que são diretamente exigíveis — e que tem a mesma função dos direitos e garantias fundamentais auto-aplicáveis — e aqueles que carecem de uma mediação legislativa, a definir o âmbito da exigência.

Embora a Constituição não defina quais obrigações devem ser imediatamente exigíveis - por serem auto-aplicáveis - e quais não comportam esta característica, percebe-se que em matéria de deveres fundamentais a auto-aplicabilidade se torna de mais difícil execução, na medida em que — para cumprimento de um dever — se faz mister procedimentos e estruturas organizatórias que não são necessárias para gozo de um direito.

Neste lanço, em algumas situações e para cumprimento de alguns deveres, a mediação legislativa

¹⁷ Robert Alexy levou a efeito outra hipótese de classificação de normas de direitos fundamentais que insculpem deveres fundamentais. Para o professor, as normas são vinculantes ou não vinculantes, constitutiva ou não de posições *prima facie*, e estatuinte de um direito ou de um dever. Das combinações possíveis surgem oito tipos de normas de direitos fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 484.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 529.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120: Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532.

torna-se fundamental “[...] para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres”.²³

Não se quer com isso dizer que os deveres fundamentais constitucionais estão no mundo jurídico em simetria com as normas constitucionais programáticas, mas apenas afirmar que nem todas as determinações que se lançam na Constituição estão aptas a gerar deveres auto-aplicáveis. Há uma necessária mediação legislativa para boa parte das normas.

Dentre as normas de direitos fundamentais encontram-se as que possuem eficácia objetiva e, portanto, geram deveres fundamentais, estão aquelas que geram direitos subjetivos, atribuídos a legitimados, tendo por sujeito passivo o próprio Estado.

Tais normas geram uma categoria de deveres para o Estado que são os deveres estatais de proteção, que implicam no dever que o Estado possui de não permitir que particulares agredam os direitos fundamentais dos indivíduos.

A teoria dos deveres estatais de proteção implica no dever fundamental que o Estado tem de impedir agressões privadas aos direitos fundamentais, tornando-se ele um devedor do exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos.²⁴

Só a existência de um direito fundamental acarreta no dever fundamental do Estado de proteger este direito de agressões de terceiros, o que implica em uma postura estatal de garantidor do exercício do direito por parte dos respectivos titulares.

Observe-se que este dever estatal de proteção decorre do monopólio que o Estado moderno possui do uso da força. O papel do Estado a partir da modernidade intrinca-se com sua função de garantir a

observância de suas normas, razão pela qual não há de ser tolerada a inobservância de um direito fundamental. Vedada a autodefesa surge para o Estado o dever de, por intermédio de suas mesmas forças, exercer a proteção e a tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos que podem ser eventualmente agredidos por outros particulares.²⁵ Neste sentido, “[...] o dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela, e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação”.²⁶

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

²³NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 88.

²⁴NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

²³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

²⁴NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86: Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais.