



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONCEITO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ingo Wolfgang Sarlet

INTRODUÇÃO

Ninguém desconhece a diversidade terminológica existente também em matéria de direitos humanos e fundamentais, categorias que já foram (e ainda seguem) sendo manejadas – e muitas vezes como se se tratasse da mesma figura – com outros rótulos, como se verifica, em caráter ilustrativo, com os termos “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes.

Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado,¹ o que apenas reforça a necessidade de se chegar a um denominador comum e também, de certo modo, a um acordo semântico.

Assim como se verifica com outros textos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF) se caracteriza por uma diversidade semântica, valendo-se de termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. Em caráter ilustrativo, referem-se as expressões a) Direitos Humanos (art. 4º, II), b) Direitos e Garantias Fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º), c) direitos e deveres individuais e coletivos (epígrafe do respectivo capítulo), d) liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).

Um primeiro desafio, portanto, é o de verificar se tais termos referem-se a conteúdos diversos ou não, portanto, se são em si apenas nomes distintos para a mesma “coisa”, ou mesmo se assim o é apenas em relação a parte das expressões relacionadas.

¹ Cf., dentre outros, a advertência de FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. p. 42-3. Nesse sentido também PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 21 e ss., que – centrando-se no conteúdo e significado do termo “direito humanos” – alerta para a cada vez maior falta de precisão na utilização desta terminologia, apontando as diferenças entre o seu conteúdo e significado em relação aos outros termos empregados.

O enfrentamento da questão pode, numa primeira mirada, soar como mero exercício retórico, sem maior sentido e muito menos com alguma repercussão prática, mas não é isso – ousamos antecipar – o que se passa.

Para avançar quanto ao ponto, necessário, antes de mais nada, levar a sério o próprio texto constitucional, ainda que este possa revelar alguma incongruência, carecendo, portanto, de um enfrentamento sistemático.

Nesse passo, chama a atenção que, ao enunciar que o Título II da CF é o título dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, o Constituinte de 1988 indicou claramente de que aqui se trata do gênero, abarcando, nos diversos capítulos, as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).

Com isso, é claro, o problema não está resolvido de todo, pois a opção terminológica adotada, pela primeira vez no direito constitucional brasileiro na vigente CF, poderá não ser referível a todos os direitos e garantias, podendo, por outro lado, seguir sendo substituída, com o mesmo alcance, pelas expressões acima referidas (direitos humanos, liberdades públicas, etc.).

Mais uma vez também aqui não é o que se passa. Já aqui assume relevo o fato de que o uso da expressão “direitos fundamentais”, pelo menos de modo mais disseminado, é relativamente recente,² tendo o nosso Constituinte se inspirado principalmente na Lei Fundamental da Alemanha (na Constituição de Weimar, 1919, o termo já era utilizado) e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo.³

² Cf. ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*, p. 183, lembrando que o termo teria sido utilizado pela primeira vez na Constituição alemã aprovada em 20.12.1848, em Frankfurt, mas que não chegou a vigorar, tendo novamente sido utilizado pela Constituição de Weimar, 1929.

³ Na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” como epígrafe da Seção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos. Entre nós, aderindo à utilização da expressão direitos fundamentais e endossando também a argumentação ora desenvolvida, v. entre outros, especialmente o ensaio de DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. Caderno de comunicações. Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, p. 13.

Mas é claro também que um argumento ligado apenas ao direito positivo, designadamente ao texto constitucional, poderia até bastar para justificar uma opção no sentido de utilizar a expressão no caso dos direitos consagrados na CF, aderindo também, no mais, a uma classificação dos diversos tipos de direitos apenas a partir do rótulo atribuído do ponto de vista textual (direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, etc.). Isso, contudo, não é suficiente quando se trata de definir (em termos conceituais e não meramente terminológicos) o que são direitos fundamentais.

O que se busca aqui demonstrar é, precisamente, que na evolução constitucional posterior a Segunda Grande Guerra Mundial, a expressão Direitos Fundamentais, não apenas passou a ser incorporada gradualmente a um número significativo de constituições e ser mesmo privilegiada na doutrina (pelo menos na tradição constitucional europeia e latino-americana), como também passou a ser referida a uma determinada noção (o conceito) de direitos e garantias.

Chama a atenção, nessa quadra, que cada vez mais a doutrina constitucional, ressaltadas algumas exceções, tem rechaçado a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito,⁴ além de revelarem – aqui reside o aspecto principal - com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.⁵

Nesse contexto, há que ter em mente que não pretendemos adentrar o exame do significado específico ou mesmo das diferenças entre os diversos termos referidos,⁶ já que a nossa busca se restringe a nos situarmos no que concerne a um termo e conceito

⁴ Atente-se aqui para alguns exemplos de Constituições do segundo pós-guerra que passaram a utilizar a expressão genérica “direitos fundamentais”, tais como a Lei Fundamental da Alemanha (1949) e a Constituição portuguesa (1976), ambas já referidas, bem como as Constituições da Espanha (1978), da Turquia (1982) e da Holanda (1983).

⁵ Neste sentido, v. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 157 e ss.

⁶ Para quem objetiva lançar um olhar mais criterioso sobre esta problemática, sugerimos a leitura do primeiro capítulo da obra de PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 21 e ss.

genérico e, acima de tudo, constitucionalmente adequado, capaz de abarcar as diferentes espécies de direitos.

Como, todavia, o que nos move é explorar o sentido e alcance do conceito de Direitos e Garantias Fundamentais, anunciando desde logo a busca por um conceito constitucionalmente adequado, não há como, em caráter preliminar (até mesmo para auxiliar na adequada compreensão do conceito de direitos fundamentais), tecer algumas considerações em torno da distinção entre as expressões (e conceitos) de “direitos fundamentais” e de “direitos humanos”, a ainda que o aprofundamento do conceito de direitos fundamentais vá ser objeto de atenção na sequência (item 2, *infra*).

SUMÁRIO

Introdução	2
1. Direitos humanos e direitos (e garantias) fundamentais: distinções e aproximações	5
2. O conceito de direitos (e garantias) fundamentais na CF	15
Referências	24

1. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS (E GARANTIAS) FUNDAMENTAIS: DISTINÇÕES E APROXIMAÇÕES

A falta de clareza quanto à distinção (possível e mesmo necessária, como iremos buscar demonstrar) entre as noções de direitos humanos e direitos fundamentais, tem diversas causas e apresenta distintas manifestações.

De um lado, percebe-se que a expressão direitos humanos segue sendo a mais difundida, especialmente na esfera não jurídica, como sendo a terminologia privilegiada pelo leigo, nos meios de comunicação, mas também por alguns ramos do conhecimento centrais para a própria compreensão do que sejam direitos humanos e mesmo, em certo sentido, os direitos e garantias fundamentais, como é o caso da filosofia, da sociologia, da ciência política, da história, da antropologia, da economia, entre outros. Isso se deve tanto a uma tradição vinculada originariamente à noção de direitos inatos e inalienáveis

do ser humano (direitos humanos como direitos do Homem), quanto pela influência gerada pela adoção, no ambiente internacional, da expressão direitos humanos (v.g., na Declaração da ONU, 1948, e principais documentos que a sucederam).

O termo direitos fundamentais, como já anunciado, além de ser menos difundido, por mais restrito ao meio jurídico, acabou por guardar relação íntima com o direito constitucional positivo e a gradual incorporação de catálogos de direitos e garantias ao longo da evolução constitucional desde o final do Século XVIII, mesmo assim sendo de fato incorporada à gramática constitucional de modo mais abrangente apenas na sequência da II Grande Guerra.

A utilização de ambas as expressões (direitos fundamentais e direitos humanos), poderia, é claro, não ser problemática, caso de cuidasse apenas de rótulos diferentes atribuídos ao mesmo conteúdo, o que tornaria as considerações ora tecidas completamente inócuas ou no mínimo manifestação de um mero exercício intelectual sem maior sentido teórico e muito menos prático.

Mas o problema, como se sabe e como veremos, não é este, pois ainda que se desconsiderasse o aspecto terminológico, as diferenças evidentes entre a noção (conceito) de direitos humanos e de direitos fundamentais, a despeito de importantes (e mesmo dominantes, a depender do caso e da perspectiva adotada) não desaparecem simplesmente pelo fato de se utilizar o mesmo rótulo. Aliás, melhor seria se a despeito do rótulo ser o mesmo, as diferenças fossem devidamente consideradas.

De outra parte, há, de fato, quem considere que direitos humanos e direitos fundamentais se confundem, tratando-se substancialmente da mesma figura, independentemente da terminologia adotada. Mas também aqui – e é isso que também pretendemos sustentar e reforçar – tal posição não condiz com a realidade, ainda que, em tese, a depender do ponto de vista teórico (em termos de discursos de justificação e fundamentação filosófica e política).

Além disso, toda e qualquer distinção e/ou classificação deve ser avaliada, quanto à sua correção, em termos de sua coerência e aderência com o critério utilizado, ademais da própria legitimidade do critério em si.

Nesse sentido, para ilustrar, se o critério para eventual distinção (e uso ou não de uma mesma terminologia) fosse apenas o fato do titular dos direitos assegurados pelas ordens jurídicas nacionais e supranacionais ser, em regra e por definição, a pessoa (o ser)

humano, ainda que tal titularidade seja estendida às pessoas jurídicas e entes coletivos em geral, de fato – e com base nesse critério – todos os direitos humanos (e/ou fundamentais) seriam iguais.

De qualquer modo, cumpre destacar, antes de prosseguirmos, que, se é certo que não pretendemos hipertrofiar a relevância do ponto, também não podemos passar ao largo do mesmo, seja pelo fato de estarmos diante de um aspecto a respeito do qual existe uma ampla discussão na doutrina, seja pelas consequências de ordem prática (especialmente no que diz com a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos) que podem ser extraídas da questão.

Assim, imperioso sublinhar que o nosso foco é justificar, de um ponto de vista jurídico-positivo (que pode, ou não, ter pontos de contato com determinadas concepções filosóficas), a diferença, que já assumimos como existente, entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Com efeito, pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado,⁷ ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda em geral (e de modo apropriado, assim o pensamos) relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁸

A consideração de que o termo “direitos humanos” possa ser equiparado ao de “direitos naturais”⁹ não nos parece correta, já pelo fato de que a própria positivação em

⁷ Assim, por exemplo, CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, p. 528, e PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, p. 141. Entre nós, esta distinção foi adotada, entre outros, por FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, pp. 59-60.

⁸ Neste sentido, dentre outros, a lição de MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, pp. 51-2, citando-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros tantos documentos.

⁹ Esta a posição de KRIELE, Martin. *Zur Geschichte der Grund-und Menschenrechte. Öffentliches Recht*

normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de uma justificação não necessariamente jurídico-positiva dos direitos) – da ideia de um direito natural.¹⁰

Todavia, também é certo que não devemos esquecer (e nem desconsiderar!) que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento progressivo, pelo direito positivo – internacional e nacional - de uma série de direitos compreendidos como direitos naturais e inalienáveis do ser humano, direitos que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e mesmo supra-estatal.¹¹

Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos, considerados como tais aqueles dos quais são titulares todos os seres humanos em virtude de sua igual e inata condição humana. Mas, trata-se, no caso, de direitos não dependentes, para a sua existência e validade, de um reconhecimento pelo direito positivo dos Estados ou mesmo da Comunidade Internacional.

Pelo fato de não se privilegiar aqui uma reconstrução filosófica das diversas – pelo menos as mais influentes – concepções não estritamente jurídicas – teorizações sobre o conceito de direitos humanos, vamos nos prender à perspectiva jurídico-positiva, ou seja, o que são e em que medida os direitos humanos se diferenciam (mas também aproximam) dos direitos fundamentais do ponto de vista de sua previsão e proteção no plano do direito positivo.

und Politik – Festschrift für Hans Ulrich Scupin, p. 188.

¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, principalmente no ensaio “Presente e Futuro dos Direitos do Homem” (p. 26 e ss.). O abandono da condição de direitos naturais pode ser também exemplificado com base na doutrina francesa, onde já se reconhece que as liberdades públicas não se confundem com a noção de direitos naturais do homem, tratando-se de posições jurídicas reconhecidas pelo direito constitucional positivo (v. neste sentido, COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*, p. 12 e ss.).

¹¹ A este respeito, v. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 42 e ss. Entre nós, explorando esta perspectiva, v. entre outros, MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. *Revista de informação legislativa*, n° 154, p. 73 e ss., destacando a perspectiva suprapositiva e a sua relevância para a aplicação judicial. Mais recentemente, NEUNER, Jörg. Los derechos humanos sociales. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 9, p. 239, também sufragou esta linha de entendimento, ao advogar a distinção entre os direitos fundamentais, fundados no pacto constituinte e limitadores do poder das maiorias parlamentares, e os direitos humanos, compreendidos como direitos supra-estatais, com validade universal e vinculativos inclusive das maiorias constituintes.

Mas antes disso é preciso sublinhar, até mesmo para espancar qualquer mal-entendido, que a perspectiva (e critério) aqui adotada não afasta (e nem é em si incompatível, ao menos em parte) uma concepção de direitos humanos (ou da pessoa humana, se preferirmos) não atrelada ao direito positivo, apenas que aqui tal aspecto não será objeto de aprofundamento.

Apenas para não deixarmos completamente sem atenção tal ponto, há que relembrar que a ideia de direitos inerentes à condição humana foi que levou, na sequência, à sua recepção e institucionalização no plano do direito positivo, de modo a tornar tais direitos juridicamente vinculantes, mediante sua inserção em catálogos constitucionais e na legislação, como ocorreu, precocemente, já na Inglaterra do Século XVII.

Além disso, nada obsta que a noção de direitos humanos (e mesmo o catálogo de direitos agregado a uma determinada concepção) coincida – como de fato assim o sucede – em boa parte com o elenco de direitos (humanos e/ou fundamentais) consagrado nos documentos de direito internacional e direito interno dos Estados. Mas também do ponto de vista da fundamentação e justificação de um conceito não estritamente jurídico de direitos humanos existe uma diversidade significativa de teorizações, mais ou menos abrangentes, seja na esteira de uma concepção de matriz jusnaturalista, seja – onde preferimos nos situar – no sentido (também peculiar a diversas teorias da justiça e dos direitos humanos) de direitos morais, ou seja, exigências morais (moral claims) universalizáveis.

Apenas para ilustra a questão (e demonstrar que mesmo no reino da Filosofia são expressivos os advogados de uma distinção como aqui posta), calha referir o magistério de Otfried Höffe, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e em direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.¹²

¹² Cf. HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*, pp. 166-69, explorando, ainda, a diferença entre o plano pré-

Igualmente – muito embora por razões diversas –, apontando para uma possível distinção entre direitos fundamentais e o que designa de direitos morais (reconhecendo, contudo, que os direitos fundamentais possuem um conteúdo e fundamentação de cunho moral), vale referir a lembrança de Habermas, no sentido de que os direitos fundamentais, que se manifestam como direitos positivos de matriz constitucional, não podem ser compreendidos como mera expressão de direitos morais, assim como a autonomia política não pode ser vista como reprodução da autonomia moral.¹³

Assim, voltando-nos agora para a apresentação e defesa da distinção (sempre parcial) entre direitos humanos e direitos fundamentais pelo prisma jurídico positivo (que pode – em maior ou menor medida - coincidir com determinada concepção filosófica), aderimos à posição de Pérez Luño, no sentido de que o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais.¹⁴ Os direitos fundamentais – segue Pérez Luño – possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.¹⁵

Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de Pedro Cruz Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições,¹⁶

estatal (dos direitos humanos) e o estatal (dos direitos fundamentais).

¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, p. 138 (“Deshalb dürfen wir Grundrechte, die in der positiven Gestalt von Verfassungsnormen auftreten, nicht als blosse Abbildungen moralischer Rechte verstehen, und die politische Autonomie nicht als blosses Abbild der moralischen”). No mesmo sentido, v., entre nós, o belo ensaio de GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 233.

¹⁴ Em sentido próximo, v. CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en Mexico*, p. 8 e ss., destacando que, por se tratar de categoria mais ampla, as fronteiras conceituais dos direitos humanos são mais imprecisas que o termo direitos fundamentais.

¹⁵ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*, pp. 46-7. Em que pese a nossa divergência com relação ao significado atribuído à expressão “direitos humanos”, cumpre referir aqui a posição de M. Kriele quando igualmente advoga o entendimento de que a categoria dos direitos fundamentais é temporal e espacialmente condicionada, visto que se cuida da institucionalização jurídica dos direitos humanos na esfera do direito positivo. No mesmo sentido, v. também VILLAR, Gregorio Cámara. El sistema de los derechos y las libertades fundamentales. *Manual de derecho constitucional*, p. 29 e ss.; assim como DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*, p. 55 e ss.

¹⁶ VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista española de*

resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria ideia de Constituição.¹⁷

Além disso, do ponto de vista jurídico-positivo, também os direitos humanos no sentido daqueles reconhecidos e protegidos pelo direito internacional (positivo) dos direitos humanos (que passou a privilegiar tal terminologia) não equivalem a toda e qualquer concepção filosófica, até mesmo pela gradual ampliação do leque de direitos reconhecidos na esfera internacional, que, em grande parte, extrapola os limites de diversas teorizações justificam uma condição não necessariamente jurídica de direitos humanos.

Na perspectiva jurídico-positiva, tomando por base o critério da fonte de direito positivo internacional ou interno (nacional) – e já a distinção entre as fontes (por mais que em diálogo) é em si mesma uma diferença evidente – verifica-se que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam - por várias possíveis razões - a significados ao menos em parte distintos, com repercussão inescapável na própria realidade da eficácia e efetividade de tais direitos, humanos e/ou fundamentais.

No mínimo, para os que preferem usar de modo generalizado o termo “direitos humanos”, há que referir – pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional.¹⁸

derecho constitucional, nº 25, pp. 41-42.

¹⁷ Assim a lição de STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 43.

¹⁸ Sobre o direito constitucional internacional na esfera dos direitos humanos, consultem-se as recentes obras de PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* e de TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*.

Ainda no âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” por alguns autores.¹⁹ De acordo com Sérgio Rezende de Barros, um dos que refuta a tese da distinção entre direitos humanos e fundamentais, esta designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais.²⁰ Quanto a este aspecto, contudo, não nos parece existir um conflito tão acentuado entre a posição por nós sustentada e as corretas e bem fundadas ponderações do ilustre jurista paulista, já que não deixamos de reconhecer a conexão íntima entre os direitos humanos e os fundamentais, pelo fato de que as diferenças apontadas radicam em alguns critérios específicos, como é o caso, especialmente, do plano de positivação e de suas respectivas peculiaridades e consequências.

Com isso, o que pretendemos sublinhar é que o termo “direitos humanos fundamentais” pode até ter o mérito de destacar o fato de que em certo sentido os direitos humanos são sempre também direitos fundamentais, pois dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais assim considerados por um determinado nível de consenso (político e moral) na esfera da comunidade internacional de Estados. Mas isso não afasta e nem ofusca a correção da distinção que aqui defendemos. Reitere-se que independentemente da terminologia adotada, o que importa é se a partir de determinados critérios há, ou não, determinadas diferenças e, em sendo o caso, quais são e qual o seu respectivo sentido e alcance.

Para ilustrar o ponto, basta atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições entre si, e isso pelo fato de que, por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar até mesmo além, como é o caso da CF.²¹

¹⁹ Entre nós, o primeiro autor a utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais”, ao menos de acordo com o nosso conhecimento, foi FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. Também MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos e fundamentais*, utiliza-se desta terminologia.

²⁰ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, especialmente p. 29 e ss.

²¹ Neste sentido, a lição de STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 35.

Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos humanos do ponto de vista não jurídico-positivo (ainda que também reconhecidos no mais das vezes nesse plano), com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais (em nível constitucional), ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados no direito constitucional e no direito internacional tenha surgido da positivação dos direitos reconhecidos pela doutrina do direito natural, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.²²

Cumprir lembrar, ainda, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta a o caráter cogente.²³ Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente (mesmo onde exista uma instância supranacional operante), na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, salientando-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle, matéria que, no entanto, extrapola os limites desta investigação.

Os direitos humanos internacionalmente consagrados, além disso, operam como uma espécie de piso (mínimo) moral e jurídico, sendo, do ponto de vista de sua titularidade, direitos de todos, portanto, de aspiração universal, tendo por sujeito qualquer

²² Explorando as Convergências e dissonâncias entre ambas as esferas, v. especialmente, NEUMANN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. *Stanford law review*, vol. 55, pp. 1863-1900.

²³ Neste sentido, ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de direito administrativo*, vol. 217, pp. 55-66, referindo que – a despeito de sua crescente relevância – não se deve superestimar o significado da proteção internacional, já que sem a concretização (institucionalização) dos direitos do homem (fundamentais) em Estados particulares o ideal da Declaração da ONU não será alcançado.

ser humano, independentemente de seu vínculo jurídico (nacionalidade/cidadania) com determinado Estado. Os direitos fundamentais, por sua vez, tendo por fonte uma determinada constituição histórica, são direitos com vigência (e eficácia) limitada ao território nacional e tem por titulares aquele conjunto de pessoas estabelecido pelo próprio poder constituinte, podendo a titularidade ser mais ou menos abrangente, a depender da ordem constitucional e de sua abertura para o direito internacional dos direitos humanos.

Isso não quer de modo algum – e urge repisar – que a defesa da distinção nos termos postos, deixa de reconhecer o fato de que não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis. Muito antes pelo contrário, direitos humanos e direitos fundamentais são categorias em geral concorrentes ou mesmo complementares, em gradual processo de aproximação e harmonização, ainda que – infelizmente – muitas vezes apenas do ponto de vista formal, de sua previsão nos textos internacionais e constitucionais.

Mas, assim como há Estados que ratificam (e incorporam) tratados de direitos humanos, mas de fato pouca relevância concreta lhes asseguram, buscando não raras vezes apenas se justificar e legitimar perante a comunidade internacional, também no plano constitucional os direitos fundamentais encontram níveis diferenciados de eficácia e efetividade. Justamente o projeto do direito internacional dos direitos humanos se revela em geral virtuoso (mesmo que existam algumas críticas pertinentes, que aqui não serão enfrentadas) pelo fato de buscar servir de parâmetro de controle dos próprios Estados (pois mesmo um Estado Democrático de Direito por vezes viola os direitos humanos e/ou fundamentais) e com isso, de modo complementar e subsidiário, concorrer para a efetividade ao menos dos parâmetros mínimos estabelecidos pelo direito internacional, dentro das fronteiras de todos os Estados que espontaneamente se comprometeram a respeitá-los e promovê-los.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, para além de um acordo semântico em torno de determinada terminologia, que busca respeitar também a opção (e tradição) tomada pela comunidade internacional organizada e estruturada em torno de um conjunto de organizações e um complexo de regras e princípios jurídicos em matéria de direitos atribuídos às pessoas humanas, bem como a opção terminológica e conceitual de boa parte das ordens constitucionais, são, portanto, figuras distintas por diversas razões, mas ao mesmo tempo e em muitos casos objeto de significativa mas sempre parcial convergência

material e formal, porquanto reportadas a esferas distintas (embora entrelaçadas) de positividade.

Como se não bastasse, há que ter presente que a distinção aqui adotada coincide com a própria decisão do Constituinte de 1988, que, além de pela primeira vez utilizar o termo direitos e garantias fundamentais para os direitos consagrados na CF (de modo expresso ou implícito, como a seguir veremos), refere-se à noção de direitos humanos precisamente no contexto de sua positividade em tratados de direito internacional público ou mesmo inerentes aos princípios gerais do direito internacional, e isso em várias passagens da CF (art. 4º, II, 5º, § 3º, e 109, ao tratar do incidente de deslocamento da competência para a justiça federal por motivo de grave violação dos direitos humanos).

O fato de que a própria CF se abre e acolhe, como fazendo parte do seu catálogo, os direitos dos tratados internacionais dos quais o Brasil for parte, apenas dá conta da aproximação e parcial convergência material, não significando que as diferenças apontadas (e mesmo outras) deixem de existir, a começar pelo fato de que diversos direitos contemplados no próprio Título II da CF não constam de nenhum tratado internacional e nem mesmo se enquadram em qualquer teoria consistente do ponto de vista filosófico sobre direitos humanos no sentido de direitos inerentes à condição (ou dignidade humana) ou de direitos/pretenções morais universalizáveis. Mas isso se tornará ainda mais claro quando, no próximo item, explorarmos o conceito de direitos fundamentais. Ademais disso, se é verdade que, num certo e defensável sentido, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados e é sob tal perspectiva (não excludente de outras dimensões) que deverão ser aqui prioritariamente analisados, sempre priorizando a perspectiva do direito constitucional positivo brasileiro.

2. O CONCEITO DE DIREITOS (E GARANTIAS) FUNDAMENTAIS NA CF

Se até o momento tivemos ocasião de optar do ponto de vista terminológico e, numa primeira aproximação, definir direitos fundamentais como sendo direitos (posições jurídicas) asseguradas na esfera do direito constitucional positivo, de modo a distinguir tais direitos dos direitos humanos consagrados na ordem internacional, com isso ainda não está dada a resposta completa sobre o que são de fato direitos fundamentais.

Com efeito, embora a previsão de direitos em textos constitucionais não seja um fenômeno recente, pelo contrário, integra a própria concepção de constituição material como tal já desde o final do Século XVIII, seja nas primeiras teorizações sobre o tema, seja mediante previsão expressa no famoso artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (uma sociedade que não assegura a separação dos poderes e os direitos individuais não tem uma constituição!) os direitos fundamentais que conhecemos atualmente correspondem a uma evolução mais recente, ainda que o termo, a despeito do uso isolado, também já tenha (como afirmado acima) sido referido no Século XIX.

Com efeito, há como afirmar que ao longo da trajetória do constitucionalismo houve uma evolução que culminou com a construção e difusão de um determinado conceito (concepção) de direitos fundamentais, que, a despeito de já ter sido majoritariamente incorporada à gramática constitucional contemporânea, não é exatamente igual em todas as ordens jurídicas. Dito de outro modo, embora a existência de elementos mínimos em comum, há que distinguir entre um conceito genérico (de certo modo universalizável) de direitos fundamentais e um conceito constitucionalmente adequado, no sentido daquela concepção efetivamente adotada por determinada ordem constitucional.

Assim, para a compreensão do conceito de direitos fundamentais adotado pela CF, que aderiu à tradição que acabou em grande parte se consolidando no direito constitucional ocidental, é preciso retomar o fato de que direitos fundamentais são em primeira linha direitos constitucionalmente reconhecidos e ao menos em tese como tais assegurados, compartilhando, portanto, da supremacia hierárquica comum às normas constitucionais em geral.

Com isso se coloca a indagação se tal condição, de direitos constitucionais, é em si suficiente para qualificar determinado direito com fundamental, ou não. Se esta for a resposta, isso significaria que a expressão direitos fundamentais seria indicativa apenas (e não que tal aspecto não seja relevante) da relevância do bem jurídico protegido, da essencialidade dos valores subjacentes para uma determinada sociedade, mas do ponto de vista da força jurídica (normatividade) não haveria diferença maior entre os direitos fundamentais e as outras normas de uma constituição.

Aliás, pelo contrário, sendo os direitos em geral formulados de modo amplo e com baixos níveis de determinação quanto ao objeto (com a estrutura de princípios) e de

acordo com o entendimento dominante especialmente no constitucionalismo europeu anterior a II Grande Guerra, as normas de direitos fundamentais costumavam ser tratadas como normas meramente programáticas, inaptas a serem diretamente aplicadas pelos Juízes e Tribunais, ainda mais quando inexistente um sistema efetivo e não meramente político de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Também no cenário americano a partir do Século XIX, a despeito da assunção, pela Suprema Corte Norte-Americana (desde o caso *Marbury versus Madison*, de 1803), da competência para, em última instância e com efeito vinculante de precedente, declarar a inconstitucionalidade dos atos do poder público, modelo incorporado ainda no Século XIX por alguns Países (Argentina e Brasil são os exemplos mais relevantes), ainda assim o conceito atual de direitos fundamentais (independentemente da terminologia adotada) sofreu ajustes e não mais é o mesmo, o que no Brasil se verifica de modo particularmente evidente.

A guinada rumo ao atual conceito de direitos fundamentais, adotado também pela CF, tem – é possível afirmar – data e lugar de nascimento. Embora o constitucionalismo democrático e do Estado material de Direito tenha sido tardiamente acolhido na Alemanha (à exceção da frustrada tentativa da Constituição de Frankfurt, 1849) e da paradigmática e democrática Constituição de Weimar (1919), mas que teve uma vigência relativamente curta e marcada por instabilidade econômica, social e política, não há dúvida de que a Lei Fundamental de Bonn de 1949, acompanhada da doutrina e da jurisprudência constitucional na evolução subsequente, inaugurou uma nova era.

Com efeito, ainda que o primeiro grande ingrediente e mesmo pressuposto da noção de direitos fundamentais na condição de direitos constitucionalmente assegurados não seja mérito dos alemães, assim como não o são algumas categorias (e garantias) como é o caso do controle judicial de constitucionalidade para assegurar a supremacia da constituição. Os redatores da Lei Fundamental – e que, nesse ponto, atuaram com ampla liberdade – compreenderam que seria absolutamente necessário corrigir as diversas fragilidades que inquinavam a Constituição de Weimar, dentre elas a ausência de força normativa diretamente vinculante, bem como de um sistema de garantias materiais e processuais que tivesse condições de assegurar a força superior dos direitos fundamentais. Em síntese, o que se buscava – e foi alcançado com sucesso – é construir um modelo (e

conceito) em que os direitos fundamentais não fossem apenas direitos constitucionalmente reconhecidos, mas sim, algo mais.

Para tanto, ficou consignado na Lei Fundamental (art. 1º, III) – pela primeira vez na história constitucional – que os direitos fundamentais vinculam diretamente os poderes legislativo, executivo e judiciário, na condição de normas imediatamente aplicáveis, refutando-se com isso qualquer alegação de mera programaticidade das normas de direitos fundamentais. Mas os “pais” da Lei Fundamental – e nisso inspirados tanto pelo modelo norte-americano, quanto pela concepção kelseniana (e adotada já nos anos 1930 na Áustria) – criaram também um Tribunal Constitucional Federal com ampla competência para um controle jurisdicional de constitucionalidade, abarcando de modo especial o controle de atos do poder público que sejam ofensivos a direitos fundamentais. Ademais disso, como garantias adicionais, a LF previu textualmente, no contexto da proteção dos direitos fundamentais, a exigência de que em se tratando de lei restritiva de direito fundamental tal lei tenha o caráter de lei geral e não de efeitos individuais e que indique qual o direito fundamental afetado (art. 19, I), a proteção do núcleo essencial (art. 19, II), a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas (art. 19, III) e o direito à proteção judiciária (art. 19, IV). Por fim, ainda em termos de direito constitucional positivo, foi criada a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) como ação constitucional própria (exclusiva) para a proteção dos direitos fundamentais contra atos do poder público mediante acesso direto ao Tribunal Constitucional (ainda que esgotadas as vias ordinárias) tendo como legitimado pessoas naturais e jurídicas que tenham tido os seus direitos fundamentais violados.

Ora, o que se percebe é que a concepção de direitos fundamentais passou a reunir tanto a sua condição de direitos constitucionalmente reconhecidos, quanto um conjunto de garantias (materiais e/ou processuais) que lhes asseguram um regime jurídico próprio e qualificado, no sentido de diferenciado e mais reforçado do que o regime comum às demais normas constitucionais. Tal concepção, como já anunciado, passou a ser gradualmente acolhida em outros Estados constitucionais, mas também passou a integrar o modelo praticado pelos Tribunais supranacionais, com destaque para o direito europeu, como é o caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (que zela pela aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) e o Tribunal de Justiça da União Europeia,

competente para a guarda e afirmação das liberdades fundamentais da União Europeia, e, mais recentemente, da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

É por tal razão que a condição de direitos fundamentais, resulta de uma reunião entre dois elementos, um de natureza material, o outro de matiz formal, sendo aqui de acolher a lição de Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, de acordo com o qual tal concepção de direitos “aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.²⁴ No seu viés formal, a condição dos direitos fundamentais encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e diz respeito ao conjunto de garantias (formais, porquanto expressa ou mesmo implicitamente sediadas na Constituição) que precisamente asseguram aos direitos (fundamentais) um regime jurídico diferenciado e qualificado na ordem jurídico-constitucional.

Isso significa que o elo comum – e que qualifica os direitos fundamentais como tais – da fundamentalidade em sentido formal não implica um modelo uniforme, pois a natureza, conteúdo e alcance das garantias constitucionais e que qualificam o regime jurídico dos direitos é em geral variável, ainda que em parte também aqui já tenha se estabelecido um padrão relativamente universal.

No caso da CF, que adotou exatamente tal concepção de direitos fundamentais, a fundamentalidade em sentido formal resulta dos seguintes aspectos, aqui já devidamente adaptados ao direito constitucional pátrio:²⁵ a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal;²⁶ b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF),²⁷

²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, p. 509.

²⁵ Entre nós, v., por último, aderindo a esta concepção, MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*, p. 17.

²⁶ Neste sentido, destacando o carácter supralegal dos direitos fundamentais e bem lembrando que embora apenas existam direitos fundamentais constitucionais nem todos os direitos constitucionais são fundamentais, v. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, nº 4, p. 107.

²⁷ O fato de os direitos fundamentais constituírem “cláusulas pétreas” revela que a fundamentalidade formal, neste contexto, assume uma dimensão simultaneamente material. Com efeito, o aspecto formal diz com a proteção do texto constitucional (onde se encontram positivadas os direitos) contra uma supressão pelo poder reformador. A proteção, contudo, é outorgada em virtude da fundamentalidade material dos bens e valores protegidos.

cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos péticos,²⁸ muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que não será aqui objeto de análise; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que – de acordo com o entendimento dominante - vinculam de forma imediata entidades públicas e mesmo privadas (art. 5º, § 1º, da CF).²⁹

Diferentemente da Lei Fundamental (e mesmo de Constituições como a Portuguesa e Espanhola) a CF não previu expressamente uma garantia do núcleo essencial, tampouco (aqui como no caso alemão e espanhol) uma ação constitucional (na Espanha o chamado recurso de amparo) exclusiva para a defesa dos direitos fundamentais perante os respectivos Tribunais Constitucionais. Aliás, para o caso alemão e espanhol é possível afirmar que direitos fundamentais são aqueles em relação aos quais cabe a reclamação constitucional ou o recurso de amparo. Por outro lado, ao contrário da Lei Fundamental, na CF os direitos e garantias fundamentais são em geral limites materiais à reforma constitucional.

Cumprir agregar o papel mais ou menos proativo da Jurisdição na eventual mitigação ou mesmo esvaziamento do regime jurídico qualificado dos direitos fundamentais, ou mesmo da sua ampliação e reforço, situação que em si é mais frequente e que se verificou particularmente no caso da Alemanha e do Brasil. Isso inclui o reconhecimento de garantias implícitas, deduzidas do sistema constitucional, como, por exemplo, o fato de que toda e qualquer restrição a direitos, mesmo veiculada por lei, há de atender as exigências da proporcionalidade (embora aqui a ponderação associada possa mesmo resultar em fragilização do direito), impondo, portanto, um requisito adicional à reserva legal. No caso da Alemanha, onde os direitos fundamentais não foram incluídos no elenco das “cláusulas pétreas”, o Tribunal Constitucional Federal, afirmou a tese de que o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais é pétreo, já que a dignidade humana (assim como os princípios do Estado Democrático, do Estado Federal, do Estado de Direito e do Estado Social) constitui limites material expresso à reforma constitucional. No Brasil também não existe ação constitucional típica, genérica e

²⁸ Cf. MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*, p. 87 e ss.

²⁹ Sobre o tema, v. por todos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*.

exclusiva para a defesa de direitos fundamentais, mas sim, um conjunto de ações constitucionais individuais e coletivas, de controle concreto e difuso ou concentrado e abstrato.

Com isso já se percebe que o que o conceito adotado do ponto de vista teórico e incorporado a grande parte das constituições em vigor, tem como comum a atribuição, pelo constituinte, de um regime jurídico qualificado a determinadas posições jurídicas consideradas relevantes para tal fim pelo Constituinte. Mas, a despeito desse piso comum, o conceito de direitos fundamentais é sempre em maior ou menor medida peculiar a cada ordem constitucional. Tanto é assim, que há mesmo sistemas constitucionais contemplando direitos fundamentais distintos quanto à sua fundamentalidade, mas que ainda assim são todos fundamentais porquanto detentores, em alguma medida, de um regime jurídico qualificado. É o caso, para ilustrar, de Portugal, onde o regime dos direitos, liberdades e garantias é mais robusto que o dos direitos econômicos, sociais e culturais (que, por exemplo, não constituem normas imediatamente aplicáveis), ou mesmo da Espanha, onde todos os direitos fundamentais vinculam diretamente os atores estatais, tem o seu núcleo essencial protegido, desafiam recurso de amparo (além de outros aspectos), mas em alguns casos podem ser regulamentados (e mesmo restringidos) por lei ordinária, em outros somente por leis reforçadas.

Já o que costuma ser designado de fundamentalidade em sentido material, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Além disso, é muitas vezes por intermédio do direito constitucional positivo (no caso do Brasil, do art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material implica a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto (com destaque para os direitos constantes dos tratados de direitos humanos não incorporados ao texto da CF), e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ademais de direitos implícitos, no sentido de deduzidos de outras normas de direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais.³⁰

³⁰ Aqui, seguiu-se a lição de CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, p. 509, baseada em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, pp. 473-5. Cabe ressaltar aqui a referência do próprio Alexy no sentido de que o fato de as decisões sobre o conteúdo das normas de direitos fundamentais incluírem

No que diz com, ainda, com o sentido da nota distintiva da fundamentalidade de determinados direitos (em relação a outros, que não foram expressa ou mesmo implicitamente albergados pela Constituição), é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte histórico de cada Estado, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e de um regime jurídico-constitucional qualificado assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais e correspondentes posições jurídicas associadas a tais valores.³¹

É por esta razão que, na esteira do que já foi frisado, o direito à saúde (assim como os demais direitos sociais do art. 6º) é um direito fundamental na CF, mas não o é (a despeito de ninguém questionar a fundamentalidade da saúde para a vida e dignidade da pessoa) na Constituição Espanhola de 1978, pois naquela ordem constitucional não lhe é assegurado o regime jurídico equivalente aos direitos fundamentais, ainda que haja importantes desenvolvimentos no que diz com o reconhecimento de eficácia e aplicabilidade aos assim designados princípios diretivos da ordem social. Pela mesma razão, apenas para ilustrar com mais um exemplo, há Constituições, como novamente é o caso da CF, que asseguram aos direitos dos trabalhadores a condição de direitos fundamentais, sabendo-se que outras ordens constitucionais não seguem esta mesma orientação, assegurando, e mesmo com variações importantes, proteção estritamente legal a tais direitos. Isto não significa dizer, como já adiantado, que seja possível reduzir a noção de direitos fundamentais a um conceito meramente formal, como sendo apenas os

também decisões sobre a estrutura normativa fundamental do Estado e da sociedade decorre do objeto da regulamentação. Assim, verifica-se que questões ligadas à liberdade e igualdade não são questões ligadas apenas a setores parciais do Direito, mas, sim, que se refletem em todo o sistema jurídico, surgindo em todas as suas ramificações, de tal sorte que o problema de sua solução no âmbito de cada setor isoladamente considerado não se apresenta como questão específica, mas, sim, como questão de natureza fundamental (*Theorie der Grundrechte*, p. 475).

³¹ Cf. também o magistério de BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, pp. 30-33, cuidando do que designa de fundamentalidade “interna” (jurídica) dos direitos fundamentais, destacando, ainda, que, na perspectiva estritamente jurídico-positiva, os direitos fundamentais possuem esta qualidade independentemente de quem é seu titular e de qual a estrutura na qual estão articulados os direitos, o que, de resto, não implica que os direitos fundamentais tenham uma determinada estrutura jurídica.

direitos expressamente consagrados e protegidos como tais, justamente em virtude da abertura material do catálogo de direitos igualmente consagrada pela CF.

Importa considerar, ainda, que uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável, à medida que propositalmente aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz do direito constitucional positivo. Assim sendo, poderíamos propor a seguinte definição, que, embora assumidamente inspirada no conceito de Robert Alexy, mas que não deixa de considerar – como há de ser – as peculiaridades do constitucional positivo brasileiro.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram, por seu conteúdo e importância, integradas – de modo expreso ou implícito, bem como por força da abertura material do catálogo constitucional (art. 5º, § 2º, CF) – à Constituição formal e/ou material, além de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime jurídico qualificado e reforçado.³²

É por tais razões – em particular pela aqui assim chamada fundamentalidade formal – que os direitos fundamentais também tem sido qualificados como sendo verdadeiros trunfos contra a maioria, expressão aparentemente cunhada por Ronald Dworkin e substancialmente coincidente com a proposta de Robert Alexy (posições subtraídas à plena disposição dos atores estatais) e também assumida, mais recentemente e de modo mais abrangente, por Jorge Novais, já que controversa – e bastante distinta no direito comparado – a extensão de tal qualidade a determinados direitos, como se dá no caso de direitos sociais. Mas isso, bem como o detalhamento das nuances dos esteios formal (do conteúdo e alcance do regime jurídico) e material (abertura a direitos decorrentes do regime e princípios e a articulação com os tratados internacionais de direitos humanos) dos direitos fundamentais não mais integram o objeto do presente texto.

³² Para ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 407, os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário (“*Grundrechte des Grundgesetzes sind Positionen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus, so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann*”).

Por derradeiro, é preciso esclarecer que do ponto de vista de sua condição de direitos fundamentais no sentido ora sustentado, não existe diferença entre direitos e garantias, pois embora o termo garantias assuma uma feição de caráter mais instrumental e assecuratório dos direitos, como é o caso, de modo especial, das garantias processuais materiais (devido processo legal, contraditório) e das assim chamadas ações constitucionais, em verdade se trata de direitos-garantia, pois ao fim e ao cabo de direitos fundamentais. Apenas para ilustrar, existe um direito subjetivo e fundamental a, preenchidos os pressupostos, impetrar um mandado de segurança ou injunção (que, por sua vez, são consagrados por normas imediatamente aplicáveis e integram as “cláusulas pétreas” da CF), assim como existe um direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, e assim por diante. Mas também isso, até mesmo por já ser de amplo conhecimento, não poderá aqui ser aprofundado.³³

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de direito administrativo*, vol. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set.1999.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Francisco J. Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodríguez; Miguel Ángel Presno Linera; Benito Aláez Corral; Ignacio Fernández Sarasola. Madrid: Tecnos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en Mexico*. 2. ed. México

³³ Para maior desenvolvimento, v. o nosso SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, em particular o capítulo sobre a multifuncionalidade e classificação dos direitos fundamentais.

DF: Editorial Porruá, 2006.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Caderno de comunicações. Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, n° 2, ano 5, jan. 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. J. Ballesteros (org.). Madrid: Tecnos, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. por Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. Volume IV.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos e fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

NEUMANN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. *Stanford law review*, v. 55., mai./2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 20. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. Volume III/1.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. J. Isensee-P. Kirchhof (org.), Heidelberg: C. F. Müller, 1992. Volume V.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. Volume I.

VILLAR, Gregorio Cámara. El sistema de los derechos y las libertades fundamentales. *Manual de derecho constitucional*. Francisco Balaguer Callejón (coord.). Madrid: Tecnos, 2005. Volume II.