

LEONARDO MARTINS

DIREITOS FUNDAMENTAIS
CONCEITO PERMANENTE – NOVAS FUNÇÕES



Direitos Fundamentais
Conceito permanente – novas funções
Leonardo Martins

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

1227621

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

22-98575

Martins, Leonardo

Direitos fundamentais : conceito permanente : novas funções / Leonardo Martins.
-- Rio de Janeiro, RJ : Marcial Pons, 2022.

ISBN 978-65-996611-4-3

1. Direitos fundamentais I. Título.

CDU – 342.7

© Leonardo Martins
© MARCIAL PONS BRASIL LTDA.
www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

PANORAMA

PREFÁCIO.....	23
INTRODUÇÃO	33
I. Do problema: objeto, justificativa e objetivos.....	34
II. Premissas teóricas e metodológicas	35
III. Estrutura e caminho da pesquisa.....	46

PARTE I:

DIREITOS FUNDAMENTAIS – UM CONCEITO RESILIENTE

§ 1. Gênese das garantias constitucionais e primeira consolidação conceitual	51
§ 2. Contestações e desafios	73
§ 3. Síntese.....	107

PARTE II:

IMPACTO E REAL PRODUTIVIDADE DAS “NOVAS FUNÇÕES” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

§ 4. Funções, dimensões, “mutações”? Uma tentativa de sistematização	115
§ 5. Deveres de abstenção dos destinatários das normas definidoras de direitos fundamentais	131
§ 6. Deveres de ação do Estado e o problema não resolvido da consequência jurídica	141
§ 7. “Novas funções” <i>lato sensu</i> : eficácia “de irradiação”, “horizontal”, deveres estatais de tutela, organização e procedimento.....	165

§ 8. Deveres fundamentais dos titulares de direitos fundamentais?...	185
§ 9. Primeira etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: imprescindível determinação dos polos da relação jurídica jusfundamental.....	197
§ 10. Segunda etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: alcance e limites das normas definidoras de direitos fundamentais.....	213
§ 11. Terceira etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: fixação concreta dos parâmetros em face dos fenômenos das concorrências e colisões de direitos fundamentais e critérios do exame de constitucionalidade material	235

PARTE III: APLICAÇÕES

§ 12. Reconhecimento do instituto da união entre pessoas do mesmo sexo	279
--	-----

CONCLUSÃO:

Normas Garantidoras de Direitos Fundamentais entre Erosão Jurídica e Sobrecarga Conceitual	375
BIBLIOGRAFIA	387

SUMÁRIO

PANORAMA DO CONTEÚDO	9
PREFÁCIO	23
SIGLAS E ABREVIACÕES	29
INTRODUÇÃO	33
I. Do problema: objeto, justificativa e objetivos	34
II. Premissas teóricas e metodológicas	35
1. Peculiaridades da interpretação dos direitos fundamentais.....	35
2. Hipóteses de trabalho	35
3. Método jurídico-científico constitucional aplicado	36
III. Estrutura e caminho da pesquisa	46

PARTE I:

DIREITOS FUNDAMENTAIS – UM CONCEITO RESILIENTE

§ 1. Gênese das garantias constitucionais e primeira consolidação conceitual	51
I. Antecedentes (historiografia das ideias e reivindicações políticas) versus gênese	51

1. “O nascimento dos direitos fundamentais a partir do espírito do Estado Constitucional”	52
2. Contribuições da <i>Grundgesetz</i> e de seu guardião. Ou: como explicar a história exitosa de um estatuto de Estado pensado para ser provisório?	54
2.1. Decisões <i>Elfes</i> e <i>Lüth</i> : subjetivando o direito objetivo e objetivando o direito subjetivo	57
2.2. Sólida construção dogmática a partir da década de 1960: delineando os contornos conceituais permanentes	63
II. Características originais sustentáveis/“permanentes” do conceito e relevância de sua afirmação	65
III. Características secundárias/não essenciais e abertas a ulterior desenvolvimento do conceito	69
§ 2. Contestações e desafios	73
I. Contestações: esmagado pela abundância?	73
1. Conceito dos direitos fundamentais como princípios	75
2. Conceitos axiológicos: direitos fundamentais como valores e instituições	80
3. Conceitos funcionalistas: direitos fundamentais como instrumento do processo democrático	83
4. Conceito da clássica teoria social-democrática: direito fundamental como garantia da liberdade real	86
5. Conceito da igualdade e do direito das minorias sociais (<i>Dimoullis</i>).....	90
6. Conceitos “neoconstitucionalistas”: direitos fundamentais como símbolo ou retórica	94
II. Aporias e desafios do conceito	95
1. Aporia da não ponderação	96
2. Aporia da insensibilidade axiológica – especialmente: direitos das gerações futuras	98
3. Aporias do déficit democrático e social-democrático?	99

4. Aporia do direito subjetivo das minorias sociais: estática versus dinâmica e micro versus macroperspectiva das relações de poder – Início de um debate com <i>Dimitri Dimoulis</i>	100
4.1. Distinção entre os parâmetros normativos de igualdade, liberdade e objetivos estatais	101
4.2. Distinção entre suporte fático e efeito da norma-parâmetro da igualdade e entre razões de limitações e exceções	103
4.3. Predominância da função negativa da igualdade geral e igualdades específicas e determinação dos deveres de ação estatal.....	105
§ 3. Síntese.....	107

PARTE II:

IMPACTO E REAL PRODUTIVIDADE DAS “NOVAS FUNÇÕES” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

§ 4. Funções, dimensões, “mutações”? Uma tentativa de sistematização	115
I. Funções e dimensões dos direitos fundamentais: semelhanças, diferenças e implicações recíprocas.....	116
II. Multifuncionalismo versus funcionalismo analítico: fundamentos, produtividades e improdutividades	117
1. A tese do multifuncionalismo	117
2. Funcionalismo analítico	117
2.1. Teoria dos <i>status</i> de <i>Jellinek</i> (mais uma vez) revisitada.	118
2.2. Estado da arte da crítica aos três <i>status</i> de <i>Jellinek</i>	120
2.3. Fundamentos e construção dogmática	122
III. “Novas” funções: ensejos, fundamentos, reconhecimento, implicações.....	123
1. Parâmetros constitucionais jusfundamentais: fechamento e/ou abertura sistêmicos	124
2. Lacunas de proteção jusfundamental?	124
3. Limites à jurisdição constitucional e à ciência jurídico-constitucional na derivação de novas funções dos direitos fundamentais	126

IV. Dogmática das (novas) funções dos direitos fundamentais	129
§ 5. Deveres de abstenção dos destinatários das normas definidoras de direitos fundamentais	131
I. Deveres de abstenção dos titulares da função legislativa	132
1. Legislador formal	132
2. Legislador material.....	134
II. Deveres de abstenção dos titulares da função governamental e executivo-administrativa	135
1. Deveres governamentais	136
2. Deveres da Administração Pública Direta e Indireta	138
2.1. Administração Pública Direta	138
2.2. Administração Pública Indireta	138
2.3. Pessoas jurídicas de direito privado no exercício de funções públicas e pessoas jurídicas de direito público no exercício de direitos privados	139
III. Deveres de abstenção dos titulares da função jurisdicional	140
§ 6. Deveres de ação do Estado e o problema não resolvido da consequência jurídica	141
I. Categorias de deveres de ação	142
1. Direitos fundamentais prestacionais clássicos e/ou sociais, direitos de participação e sua relação com o direito fundamental geral de igualdade	142
2. Garantias institucionais jusprivadas	147
3. Garantias constitucionais processuais	149
4. Direitos de proteção	153
II. Consequência jurídica da inação e de supostas insuficiências de ação estatal.....	154
III. Excurso: peculiaridades dos direitos de <i>status activus</i>	163
§ 7. “Novas funções” <i>lato sensu</i> : eficácia “de irradiação”, “horizontal”, deveres estatais de tutela, organização e procedimento.....	165
I. Dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais: fundamentação e papel jurídico-dogmático.....	166

II. Efeitos derivados da função jurídico-objetiva em espécie	168
1. Bidimensionalidade dos direitos fundamentais: dimensão jurídico-objetiva como definição de competência negativa	169
2. Efeito de irradiação	169
2.1. Direitos fundamentais como ordenamento axiológico objetivo: o que resta?	170
2.2. Efeito de irradiação e efeito perante terceiro ou horizontal	170
2.2.1. Efeito de irradiação em sua relação com o vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais	171
2.2.2. Fundamentos constitucionais do modo indireto ou mediato (via interpretação de aplicação judicial de normas) dos direitos fundamentais	173
2.2.3. A luta (inglória) pela eficácia horizontal direta: síntese das aporias lógico-formais e de fundamento	174
2.2.4. Efeito de irradiação, efeito horizontal e direitos prestacionais/sociais	176
3. Deveres estatais de tutela	177
3.1. Fundamento normativo-constitucional	177
3.2. Do Poder Legislativo como primeiro e principal destinatário e fundamento concreto	179
3.3. Indevidas fusões com o efeito de irradiação e suas consequências	181
4. Garantias de organização e procedimento	182
4.1. Fundamentos constitucionais	182
4.2. Ressubjetivação das garantias de organização e procedimento?	182
4.3. Papel do legislador configurador	183
III. “Novas funções” <i>lato sensu</i> dos direitos fundamentais decorrentes de sua dimensão jurídico-objetiva: um conceito profícuo-instrumental ou descartável?	183
§ 8. Deveres fundamentais dos titulares de direitos fundamentais?...	185
I. Deveres fundamentais: um conceito de gênese suspeita	185

II. Deveres fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito.....	187
1. Em sentido amplo: deveres de titularidade estatal e de titulares de direito fundamentais.....	188
2. Em sentido estrito: deveres fundamentais de titulares de direitos fundamentais	189
2.1. Classificações quanto ao caráter expresso ou implícito e autônomo ou não autônomo	190
2.2. Fundamentos, alcance e limites dos deveres fundamentais em sentido estrito.....	191
III. Excurso: o estranho interesse da pesquisa jurídica nacional por uma teoria e dogmática dos deveres fundamentais em sentido estrito.....	194
§ 9. Primeira etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: imprescindível determinação dos polos da relação jurídica jusfundamental.....	197
I. Definição dos polos da relação jurídico-processual jusfundamental a partir da dogmática da intervenção estatal	197
1. Conceito tradicional e contemporâneo de intervenção estatal .	198
2. Intervenções indiretas e meramente fáticas	201
3. Intervenções “negativas” ou afetações por omissão potencialmente lesiva	204
4. Atuações relevantes de particulares	206
II. Do polo passivo	207
1. Distinções em razão do poder ou órgão interventor	207
2. Escalonamento da análise: da função legislativa à jurisdicional	208
III. Do polo ativo: papel da titularidade	209
§ 10. Segunda etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: alcance e limites das normas definidoras de direitos fundamentais.....	213
I. Hipótese normativa ou suporte fático da norma definidora de direito fundamental (<i>Grundrechtstatbestand</i>)	214
1. Distinção entre área de regulamentação e de proteção de um direito fundamental.....	214

2. Área de proteção	217
2.1. Conceito “permanente”	217
2.2. Espécies	219
2.2.1. Base comportamental	219
2.2.2. Base fático-situacional	219
2.2.3. Marca normativa	220
2.2.4. Marcas mistas	220
2.3. Área de proteção material ou objetiva	221
2.3.1. Núcleo conceitual	221
2.3.2. Alcance	221
2.3.2.1. Exercício positivo	222
2.3.2.2. Exercício negativo e desistência do exercício do direito fundamental	222
3. Intervenção estatal em sentido amplo	228
II. Limites constitucionais aos direitos fundamentais	228
1. Ontologia e fundamentos	228
2. Espécies de limites constitucionais	229
2.1. Reservas legais	230
2.2. Direito constitucional colidente	231
2.3. Outros limites?	232
§ 11. Terceira etapa do redimensionamento jurídico-dogmático das “novas funções”: fixação concreta dos parâmetros em face dos fenômenos das concorrências e colisões de direitos fundamentais e critérios do exame de constitucionalidade material	235
I. Preliminar: hipótese em vez de tese de violação	236
II. Escolha do parâmetro jusfundamental aplicável	239
1. Concorrência e colisão: delimitação e papéis dogmáticos	239
2. Espécies de concorrência e possibilidade de solução <i>a priori</i>	240
3. Novas tendências: “fortalecimento da área de proteção”, apli- cações combinadas etc	241

III. Constitucionalidade material da intervenção estatal na área de proteção ou do tratamento desigual.....	244
1. Com base em parâmetros decorrentes de direitos fundamentais de liberdade negativa	244
1.1. Verificação do sistema de limites e limites dos limites ..	245
1.2. Interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade	255
2. Com base em parâmetros decorrentes de direitos fundamentais de igualdade	258
2.1. Igualdade como direito de <i>status negativus</i> e como direito de participação	259
2.2. Limites aos direitos fundamentais de igualdade derivados exclusivamente de direito constitucional colidente	261
2.3. Peculiaridades da interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade a tratamentos desiguais em sentido amplo	262
IV. Constitucionalidade material de omissões no cumprimento de deveres de ação estatal?	265
1. Revisitação da dogmática das margens discricionárias legislativas	265
2. Configuração legislativa violadora de institutos, instituições ou garantias processuais-constitucionais?	267
3. Configuração legislativa violadora de deveres estatais de proteção?	270
4. Configuração legislativa violadora de direitos prestacionais gerais e sociais individuais e/ou coletivos?	272
5. Omissão legislativa total e princípio da legalidade: substituição <i>ad hoc</i> de competências?	274

PARTE III:
APLICAÇÕES

§ 12. Reconhecimento do instituto da união entre pessoas do mesmo sexo	279
--	-----

I. Decisão do STF na ADI 4.277/2011 revisitada e suas resenhas ..	279
1. Matéria fática e jurídica conhecida pelo STF e síntese de seu julgamento	279
2. Resenhas técnico-jurídicas, políticas, repercussão e primeiras consequências	286
II. Contornos jurídico-dogmáticos e teóricos da situação jurídica	292
1. O problema inicial da fixação do parâmetro constitucional pelo STF: uma tarefa mal compreendida e por isso não executada	292
2. Em busca do parâmetro constitucional para o exame de constitucionalidade da suposta omissão inconstitucional	298
2.1. Garantias institucionais: casamento, união estável e família (art. 226 da CF)	299
2.1.1. Garantia do instituto do casamento (art. 226, §§1 e 2º da CF)	300
2.1.1.1. Delimitação da garantia institucional em face da função de direito de resistência	300
2.1.1.2. Delimitação da garantia institucional em relação à dimensão jurídico-objetiva da decisão axiológica do constituinte	306
2.1.1.3. Elementos e características estruturais do instituto do casamento	307
2.1.2. Garantia do instituto da união estável	313
2.1.2.1. Antecedentes históricos, gênese e desenvolvimento do instituto da união estável	314
2.1.2.2. Delimitação em face do casamento e sua relativização	319
2.1.2.3. Elementos estruturais essenciais da união estável	321
2.1.3. Garantia do instituto de família	323
2.1.3.1. Do conceito constitucional de família e sua mutabilidade	323
2.1.3.2. Das várias espécies de família	327
2.1.3.3. Especificidades do direito de adoção	331

2.2. Dignidade humana (art. 1º, III da CF).....	335
2.3. Liberdade, seus sucedâneos e direitos fundamentais de personalidade (art. 5º, <i>caput</i> c.c. art. 5º, X CF)	339
2.3.1. Liberdade geral de ação no âmbito da sexualidade ..	341
2.3.2. Livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da autodeterminação e formação de identidade sexual ..	343
2.3.3. Consequências já verificadas para a reconstrução da decisão do STF e questões em aberto	346
2.4. Igualdade (art. 5º, <i>caput</i> da CF)	348
2.4.1. Mandamento ou princípio geral da igualdade, suas exceções e seus limites constitucionais.....	348
2.4.2. Tratamento desigual e sua justificação constitucional por intermédio do cumprimento do ônus argumentativo junto à imposição do limite decorrente do art. 3º, IV da CF	351
2.5. Igualdade, vedação de discriminação negativa e discriminação positiva (art. 5º, <i>caput</i> c.c. art. 3º, IV da CF)	357
2.5.1. Preliminar: do vínculo direto dos órgãos estatais ao art. 5º, <i>caput</i> c.c. art. 3º, IV da CF e “indireto” dos particulares	358
2.5.2. Igualdade (de chances e condições competitivas) como limite da igualdade geral: da interpretação e aplicação do art. 3º, IV da CF como limite constitucional do art. 5º, <i>caput</i> da CF	359
2.5.3. Das vedações absolutas de discriminação negativa do art. 3º, IV da CF	361
2.5.3.1. Natureza exemplificativa do elenco de vedações	362
2.5.3.2. Discriminação por “orientação sexual”	363
2.5.3.3. Discriminação por gênero	367
2.5.3.3.1. Absoluta irrelevância do art. 5º, I da CF (igualdade entre homem e mulher) para a presente tarefa da busca de parâmetro jus-fundamental.....	368

2.5.3.3.2. Relevância para a transexualidade	369
2.5.3.3.3. Relevância para a intersexualidade	370
2.6. Dimensões jurídico-objetivas dos direitos fundamentais: deveres estatais de tutela, segurança jurídica e congêneres	372

CONCLUSÃO:

Normas Garantidoras de Direitos Fundamentais entre Erosão Jurídica e Sobrecarga Conceitual	375
---	-----

BIBLIOGRAFIA	387
--------------------	-----