

A ABERTURA CONSTITUCIONAL A NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Lilian Márcia Balmant Emerique**
*Alice Maria de Menezes Gomes***
*Catharine Fonseca de Sá****

RESUMO: Este artigo discutirá os Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura constitucional. Devido a sua amplitude não se busca esgotar o assunto. Os pontos que serão abordados buscam fornecer subsídios para uma compreensão sobre a caracterização dos direitos fundamentais não tipificados no catálogo constitucional, porém inseridos no regime de direitos fundamentais.

ABSTRACT: This paper discusses the Fundamental Rights and the constitutional open clause. Due to its wideness it is not sought herein to finish the subject. The topics faced seek to provide a framework for the understanding on the characterization of such fundamental rights not classified under the Constitution, but included under the fundamental rights regime.

SUMÁRIO: 1. Noção de direitos fundamentais. 2. A cláusula de abertura nas Constituições. 3. Direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. 4. Regime jurídico dos direitos

* Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP e professora do mestrado da UNIFLU.

** Bacharel em Direito pela UNIFLU. Bolsista de iniciação científica FENORTE/TECNORTE (2003-2004) durante a graduação produzindo pesquisa relacionada ao tema do artigo sob a orientação da prof^a Lilian Márcia Balmant Emerique.

*** Bacharel em Direito pela UNIFLU. Bolsista de iniciação científica FENORTE/TECNORTE (2003-2004) durante a graduação produzindo pesquisa relacionada ao tema do artigo sob a orientação da prof^a Lilian Márcia Balmant Emerique.

fundamentais. 5. O significado e alcance do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 e os critérios para aferição da fundamentalidade material de um direito na doutrina e jurisprudência. 6. Algumas questões controvertidas relacionadas a cláusula de abertura constitucional a novos direitos fundamentais. 7. Conclusão.

1. Noção de direitos fundamentais

A proposta de discussão do presente trabalho – Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura (art.5º, §2º da Constituição de 1988), mostra-se ampla, com diversas possibilidades de tratamento, o que demonstra a sua complexidade e importância. Desse modo, não é pretensão do estudo que se segue esgotar a análise em torno dos direitos fundamentais e da cláusula de abertura.

Os pontos que serão abordados buscam fornecer subsídios para uma compreensão sobre a caracterização dos direitos fundamentais não tipificados no catálogo constitucional (Título II da Constituição – Dos direitos e garantias fundamentais), porém inseridos no regime de direitos fundamentais.

A abordagem do tema tem como ponto de partida a questão relacionada à definição dos direitos fundamentais. O que se convencionou chamar de direitos fundamentais pode ser considerado por múltiplas perspectivas. O desenvolvimento histórico e o emprego de várias expressões criadas ao longo do tempo para designá-lo usadas como se fossem sinônimas, gera incerteza quanto a sua definição, existindo a necessidade de procurar delimitar o seu sentido para evitar inconvenientes.

Algumas expressões geralmente utilizadas para designar os direitos fundamentais são: *direitos naturais*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos humanos fundamentais*, *direitos fundamentais do homem*, *liberdades públicas*, dentre outras. Não há na doutrina um consenso em saber qual dessas terminologias seria a mais adequada para se referir aos direitos fundamentais. A Constituição atual utiliza diversas terminologias para fazer alusão a estes direitos, tais como: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Parte da doutrina tem criticado o uso de expressões como *direitos naturais*, *direitos individuais*, *liberdades públicas* dentre outras por entender que a expressão mais adequada seria direito fundamental.¹

Para melhor compreender a abrangência da conceituação dos direitos fundamentais faz-se necessário diferenciá-los de outras categorias de direitos. Assim procede Perez Luño, por exemplo, ao afirmar que os **direitos humanos** são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.^{2, 3}

Segundo Perez Luño a conceituação de direitos fundamentais possui contornos menos amplos e mais precisos e estreitos, pois seriam aqueles direitos

¹ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 178. Segundo o autor a terminologia adequada seria *direito fundamental do homem* porque estaria se referindo a "princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico". Ainda explica que ao nível de direito positivo os direitos fundamentais representariam as instituições e prerrogativas que se concretizam em garantias de um convívio digna e igual para todas as pessoas. A qualificação *fundamentais* representaria situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realizaria. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 58. Optam pelo termo direito fundamental devido a sua abrangência. Tal expressão serviria para indicar uma forma de defesa do cidadão perante o Estado, assim como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. Além da imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002. p. 163. emprega a designação **direitos humanos fundamentais**, realçando que os mesmos se relacionam com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, possuindo um reconhecimento universal, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja no direito interno ou mesmo nos tratados internacionais,

³ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 46-47.

garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maioria dos casos previstos na Constituição e que podem gozar de um sistema jurídico diferenciado. São direitos e liberdades jurídicas delimitados espacial e temporariamente no direito positivo.⁴

As presentes considerações visam dissipar confusões terminológicas no que concerne ao significado do que são direitos fundamentais. Para fins deste estudo será utilizada tal expressão pelo fato da terminologia estar em acordo com o direito positivo pátrio, representando de forma abrangente as modalidades ou espécies de direitos fundamentais contidas no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, como já exposto acima, uma parcela significativa da doutrina compreende que a expressão *direitos fundamentais* seria a mais adequada, desaprovando o uso de outras expressões comumente utilizadas como sinônimos dessa terminologia, em razão da insuficiência das mesmas em descrever a atual conjuntura dos direitos fundamentais tanto em nível interno como externo.

Pelas definições trazidas ao presente trabalho, de modo geral, a doutrina nacional e estrangeira⁵ estabelece os direitos fundamentais como direitos jurídico-positivamente vigentes em uma ordem constitucional.

Tal entendimento, contudo, deve ser objeto de uma análise ampliativa, sob pena de não retratar corretamente o sentido e o alcance conferido pela Constituição a esses direitos. Apesar de haver um entendimento que os direitos fundamentais são aqueles positivados em uma ordem

⁴ Id., ibid. GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 39, ano 10 abr.-jun. 2002, p. 115-123.

⁵ Neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 347. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 4, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 7.

constitucional, a Constituição não exclui outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, é o que se verifica na norma contida no art. 5º §2º da Constituição.

Portanto, o entendimento de direitos fundamentais como direitos positivados constitucionalmente deve ser encarado de maneira ampla, a fim de não excluir do seu rol, direitos que deveriam compor a categoria de fundamentais em face do seu conteúdo e relevância, possibilidade prevista na Constituição através da cláusula de abertura (art. 5º, §2º).

2. A cláusula de abertura nas Constituições

2.1. A referência nas constituições brasileiras

O propósito de tratar da cláusula de abertura nas Constituições brasileiras consiste em fazer um levantamento sucinto para que se possa construir uma base histórica da formação da referida cláusula, destacando alguns pontos mais relevantes.

A cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais figura nas Constituições brasileiras de longa data, apresentando-se nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1891 que em seu artigo 78 previa que "a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna". Este artigo é o que se pode avaliar como o embrião da cláusula de abertura dos direitos fundamentais no direito pátrio, mas era uma consideração dos direitos civis da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 como garantias mínimas.

A Constituição de 1934 já previa os direitos fundamentais e adotava a cláusula de abertura em seu

artigo 114. Tal Constituição trazia em seu artigo 113 um rol de direitos fundamentais e em seu artigo 114 trazia a cláusula de abertura ampliando o rol dos direitos fundamentais dizendo que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros resultantes do regime e dos princípios que ela adota.”

A Constituição de 1937 possuía tal cláusula exposta de forma diferente porque ao mesmo tempo em que ampliava o rol dos direitos fundamentais ela limitava essa ampliação estabelecendo critérios para que ela ocorresse. Dizia o artigo 123 desta Constituição: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

As Constituições de 1946 e de 1967 possuíam cláusulas de abertura iguais a determinar que “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. A Constituição de 1946 trazia essa cláusula em seu artigo 144 e a Constituição de 1967 em seu artigo 150, § 35 antes da emenda número 1 de 1969, depois dessa emenda a cláusula passou a contar no artigo 153, §36 da Constituição.

Entretanto apenas a Constituição de 1988 traz em sua cláusula de abertura os direitos decorrentes de tratados internacionais, nenhuma outra Constituição brasileira previu a abertura a direitos decorrentes de normas de Direito Internacional. Essa é uma particularidade do artigo 5^o, §2^o da Constituição de 1988 que diz que “Os direitos e garantias expressos nesta

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

2.2. A referência nas Constituições estrangeiras

A cláusula de abertura ou da não tipicidade dos Direitos Fundamentais não está presente apenas no nosso ordenamento jurídico. Ela também figura em algumas constituições estrangeiras.

A primeira cláusula de abertura está no 9º aditamento à Constituição dos Estados Unidos, cujo modelo constitucional mais se aproximou de uma Constituição liberal.

A cláusula de abertura também consta na Constituição peruana em seu artigo 4º; na Constituição da Guiné-Bissau em seu artigo 28; na Constituição portuguesa em seu artigo 16º, 1º; na Constituição venezuelana em seu artigo 50; na Constituição colombiana em seu artigo 94 entre outras.⁶

⁶ Constituição peruana: “La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deriva de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (art 4º); Constituição da Guiné- Bissau: “Os direitos, liberdades, garantias e deveres consagrados nesta Constituição não excluem quaisquer outros que sejam previstos nas demais leis da República” (art 28); Constituição Portuguesa: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional” (art 16, 1); Constituição venezuelana: “ A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros que, por serem inerentes a pessoa humana, não estejam nela incluídos expressamente.” (art 50); Constituição Colombiana: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (art 94); 9º Aditamento 'a Constituição dos Estados Unidos da América: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

3. Direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material

Existe uma classificação dos direitos fundamentais que especifica: direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Esse destaque tem por objetivo apresentar uma noção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada e auxiliar na interpretação do art.5^o, §2^o da Constituição de 1988, que dispõe sobre a abertura do catálogo a direitos não positivados expressamente no seu texto.

Segundo Jorge Miranda os direitos fundamentais em sentido formal seriam aquelas posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto consagradas na Constituição.⁷ Esta primeira categoria está ligada ao direito constitucional positivo e ocupa lugar de destaque na ordem jurídica. São normas constitucionais submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional.

Tais limites formais englobam o art. 60 da Constituição de 1988, que estabelece um procedimento agravado de reforma desses direitos para que seja mais difícil a sua alteração. Os direitos formais estão sujeitos ainda aos limites materiais de reforma que seriam as cláusulas pétreas, instrumentos de maior proteção no que concerne a possibilidade de mudança do seu conteúdo pelo poder reformador.

Como tais normas contam com a supremacia no ordenamento jurídico e devido a sua importância para o indivíduo e a coletividade, recebem do poder constituinte um tratamento diferenciado. Por isso possuem aplicabilidade imediata que constitui parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, além de formarem um núcleo de proteção em situações de exceção.

⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 9.

Já o direito materialmente fundamental vem a ser aquele que é parte integrante da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e que podem estar ou não na Constituição sob a designação de direitos fundamentais.

A dimensão material possibilita a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais), ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas integrantes da constituição formal. Permite também a aplicação do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos, apenas materialmente constitucionais.⁸

De acordo com Jorge Miranda todos os direitos fundamentais em sentido formal também o são em sentido material, contudo existem direitos em sentido material para além dos direitos em sentido formal. Portanto, os dois sentidos podem não coincidir.⁹

O autor levanta questionamentos tais como, que os direitos fundamentais não poderiam ser entendidos apenas na concepção de direito fundamental em sentido material, pois se correria o risco de entender os direitos fundamentais como a mera expressão escrita numa Constituição de um determinado regime político, o que tornaria natural admitir a não consagração ou a consagração insatisfatória, ou mesmo a violação sistemática de certos direitos porque seriam considerados de menor relevância para um regime político.

Nesta visão não faria sentido acrescentar a um direito a designação de fundamental, pois estes direitos só seriam fundamentais quando dispostos como tais por um determinado regime jurídico. Não iria predominar uma visão imutável dos valores da pessoa humana que se manteriam

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 499.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 9.

indelévels as mudanças históricas operadas no homem e na sociedade.¹⁰

O conceito de direitos fundamentais materiais não se reduziria apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, mas seriam os direitos oriundos da idéia de Constituição e Direito dominante, do sentimento jurídico coletivo, o que dificilmente tornariam totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto.¹¹

Outra análise crítica e pertinente feita por Jorge Miranda seria no sentido de qualificar como direitos fundamentais apenas os direitos em sentido formal, pois seria o mesmo que abandonar a historicidade destes e como conseqüência negaria a possibilidade de consagração de outros direitos, que ao longo do tempo, adquiririam relevância tal para a sociedade ao ponto de serem considerados sob o caráter de sua fundamentalidade.

A relevância de tais considerações se deve ao fato de poder verificar se os direitos extra-constitucionais considerados fundamentais poderiam comportar o mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição.

4. Regime jurídico dos direitos fundamentais

A Constituição de 1988, no que se refere aos direitos fundamentais, trouxe algumas inovações, principalmente ao que se refere à proteção desses direitos, buscando evitar que os mesmos fossem vulneráveis às investidas dos poderes constituídos.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. a importância de qualificar direitos como

¹⁰ *Id. Ibid.* p. 9-10.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 10-11.

fundamentais consiste justamente no fato dos mesmos possuírem um regime jurídico de proteção especial outorgado pela Constituição.¹²

O primeiro aspecto a ser ressaltado e que é citado por grande parte da doutrina é o comando do art. 5º, §1º da Constituição de 1988 que estabelece o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.¹³ Este dispositivo representa um *status* distinto e reforçado para os direitos fundamentais, evitando que os mesmos fiquem letra morta por falta de regulamentação.

José Afonso da Silva faz uma ressalva pertinente, a regra da aplicabilidade imediata não resolve todas as questões porque a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. No entanto, são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.¹⁴

Outra inovação que também confere uma proteção especial aos direitos fundamentais é a inclusão dos

¹² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64.

¹³ Tal comando é citado por: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 447. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 64. SILVA, José Afonso da Silva. *Op. cit.*, p. 180. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 99-100. Este autor faz uma crítica a tal regra, pois segundo ele o constituinte não se apercebeu que as normas só têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição do mandamento da norma não possui lacuna no seu dispositivo. Pois assim não sendo ela será não-executável.

Dessa forma, ou a norma definidora de direito fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou ela não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é uma impossibilidade. Traz como exemplo a norma instituidora do mandado de injunção, segundo ele falta-lhe o mandamento, a conclusão.

¹⁴ SILVA, José Afonso da Silva. *Op. cit.*, p. 180.

mesmos entre as “cláusulas pétreas” – art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988. Estas consistem em verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional dos direitos fundamentais.

De acordo com Alexandre de Moraes os direitos fundamentais constituiriam um núcleo intangível da Constituição, no sentido de preservação da própria identidade da carta magna, impedindo a sua destruição ou enfraquecimento.¹⁵

Tal proteção garante a segurança jurídica, impondo-se a qualquer dos atos estatais, sem exclusão das emendas constitucionais, permitindo que tais direitos fiquem imunes à ação revisora da instituição parlamentar.

5. O significado e alcance do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 e os critérios para aferição da fundamentalidade material de um direito na doutrina e jurisprudência

Em Portugal a previsão de abertura a novos direitos fundamentais encontra-se prevista no art. 16, nº 1 da Constituição Portuguesa de 1976 e os doutrinadores portugueses apresentam várias nomenclaturas para identificar estes direitos: José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira,¹⁶ falam de direitos fundamentais em *sentido material* ou *sem expresse assento constitucional formal*, *sem assento constitucional* ou *registro constitucional*, de direitos fundamentais *extraconstitucionais* e de direitos fundamentais *não formalmente constitucionais*; José Carlos Vieira de Andrade¹⁷ fala em *direitos*

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 364.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 59.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 78-79.

extraconstitucionais; Jorge Miranda refere-se a direitos fundamentais *em sentido material e não em sentido formal*; Jorge Barcelar Gouveia refere-se a *direitos fundamentais atípicos*.¹⁸ Algumas dessas nomenclaturas são criticadas entre estes autores.

No Brasil, a doutrina apresenta determinadas classificações dos direitos fundamentais a partir da cláusula de abertura. José Afonso da Silva classifica os direitos fundamentais em expressos, implícitos e decorrentes.¹⁹ Para o referido autor os direitos fundamentais expressos seriam aqueles explicitamente enunciados no Título II da Constituição de 1988. Os direitos fundamentais explícitos seriam aqueles subentendidos dos direitos expressos (por exemplo, certos desdobramentos do direito à vida). E, por fim, os direitos fundamentais decorrentes seriam, aqueles direitos que, como o próprio nome já diz, decorrem do regime

¹⁸ GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 40. Afirma: "Os direitos fundamentais atípicos constituem-se, por contraposição aos direitos fundamentais típicos, num dos termos de uma nova classificação de direitos fundamentais, representando uma das suas espécies enquanto considerados em conjunto. Eles designam os direitos fundamentais que são admitidos no ordenamento jurídico-constitucional de um modo não tipológico, isto é, quando se não recorre à especificação dos seus objetos e conteúdos. O critério que alicerça esta nova classificação reside na abstracção ou na pormenorização da respectiva positivação constitucional. A constitucionalização dos direitos fundamentais faz-se normalmente, como se observa em várias experiências constitucionais, através da sua tipificação. Mas casos há em que isso não acontece e então surgem tipos de direitos fundamentais igualmente relevantes sem ser através da sua especificação."

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 193. Em sua obra José Afonso da Silva traz essa classificação apenas para os direitos individuais. Entende-se, porém, que essa classificação estende-se para todos os direitos fundamentais (Título II da Constituição de 1988) inclusive para os direitos sociais que também são considerados direitos fundamentais, assim, possuem o mesmo nível de obrigatoriedade. A Organização das Nações Unidas considera os direitos individuais e os direitos sociais como indivisíveis e como tendo o mesmo nível de obrigatoriedade (MELLO, Celso A., "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25). E no Brasil já existe entendimento no Supremo Tribunal Federal de que os direitos sociais são também direitos fundamentais.

e dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.²⁰

Flávia Piovesan²¹ critica a classificação acima citada por considerá-la inadequada. Em sua opinião os direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil não devem ser equiparados aos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, como estipula a classificação apresentada por José Afonso da Silva. Essa equiparação não deve prosperar porque segundo a classificação feita por este autor os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição de 1988 não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado e, além disso, são direitos de difícil caracterização *a priori*. O mesmo não se pode dizer dos direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais porque estes estão positivados, expressos e claramente enunciados, mesmo que no âmbito do direito internacional, por isso, não podem ser considerados direitos de difícil caracterização *a priori*.

Assim, esta autora propõe uma nova classificação, também em três grupos, para esses direitos: a) direitos expressos na Constituição de 1988; b) direitos expressos em tratados internacionais (de proteção aos direitos humanos) de que o Brasil seja parte (os direitos enunciados nestes tratados têm hierarquia de norma constitucional); e, c) direitos implícitos (que são os direitos subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição de 1988).

²⁰ Acompanham esta posição FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 88. E também CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição*.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.78-80.

Os direitos implícitos formariam um universo de direitos vago, impreciso, elástico e subjetivo, enquanto que os direitos expressos na Constituição de 1988 e os direitos expressos em tratados internacionais formariam um universo de direitos claro e preciso.

A classificação apresentada por Flávia Piovesan é criticada por Celso A. Mello, embora este autor considere esta posição um grande avanço.²² Sua opinião é de que a norma internacional deve prevalecer sobre a norma constitucional, mesmo nos casos em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada, ou seja, a norma que deve ser aplicada é a norma mais favorável ao ser humano, seja ela interna ou internacional,²³ posição esta que já é consagrada na jurisprudência e no tratado internacional europeu.

Outro autor que discorda da classificação apresentada por José Afonso da Silva é Ingo Wolfgang Sarlet.²⁴ Segundo ele a Constituição brasileira quando se refere aos direitos “decorrentes do regime e dos princípios” consagra a existência de direitos fundamentais não escritos que podem ser deduzidos através de ato interpretativo com base nos direitos constantes do catálogo bem como no regime e nos princípios fundamentais adotados pela nossa Carta Maior.

Ingo Wolfgang Sarlet critica a classificação feita por José Afonso da Silva quando este trata a categoria dos

²² MELLO, Celso A. *O § 2º do art. 5º da Constituição federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

²³ MELLO, Celso A. *Op. cit.*, p. 25. O mesmo autor critica a posição da cláusula de abertura no texto constitucional porque sua posição dá a entender que só se aplica ao artigo 5º, isto é, aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que são os direitos civis e políticos, e não abrangeria os “Direitos Sociais” que figuram no Capítulo II do Título II da Constituição de 1988, que não tem dispositivo igual ou semelhante.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

direitos implícitos como apenas uma das possibilidades de desenvolvimento baseadas na cláusula prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988. Para ele o citado preceito abrange, além de direitos fundamentais escritos fora do catálogo (com ou sem assento na Constituição de 1988), os direitos não escritos ou os direitos implícitos (decorrentes), como são chamados na terminologia usual, devendo considerar estes direitos em seu sentido amplo (direitos subentendidos nas normas de direitos e garantias – implícitos – e os decorrentes do regime e dos princípios).

O referido autor sugere a classificação dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: a) os direitos fundamentais escritos (expressamente positivados) e os direitos não-escritos (genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito constitucional).

Os direitos fundamentais escritos são direitos com status constitucional material e formal, bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que foram expressamente positivados. O grupo dos direitos fundamentais não-escritos é composto por duas categorias: a) direitos fundamentais implícitos (presentes no Título II da Constituição de 1988) no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção proposta por José Afonso da Silva); b) direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios (mais abrangentes que os direitos fundamentais implícitos).²⁵

Os direitos implícitos estão subentendidos (mas não de modo claro) dos direitos fundamentais expressos (positivados) no artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988. Esta categoria de direitos pode corresponder – além da possibilidade de dedução de novos direitos fundamentais

²⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. *Op.cit.* p. 100.

com base nos direitos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso da hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se não de uma criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado. Já os direitos decorrentes do regime e dos princípios não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, considerados estes na acepção de posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição de 1988.²⁶

Os direitos decorrentes possibilitam a dedução de novos direitos fundamentais (no sentido de não expressa ou implicitamente previstos), com base no regime e nos princípios da Constituição de 1988.²⁷

Por este motivo, na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, a expressão “direitos não-escritos” (ou não expressos) é mais apropriada, pois abrange os direitos implícitos e decorrentes.²⁸

5.1. O princípio da dignidade da pessoa humana utilizado como critério para aferição da fundamentalidade material de um direito

O *princípio da dignidade da pessoa humana*, como se sabe, é um princípio constitucional fundamental previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988 e é tratado pela doutrina como um critério para aferição da fundamentalidade material de um direito. Esta idéia decorre da norma contida no artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988 quando esta fala em outros direitos

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

decorrentes do *regime* e dos *princípios* constitucionalmente adotados.²⁹

Na doutrina estrangeira, José Carlos Vieira de Andrade identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana que, segundo sustenta é concretizado pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais.³⁰

Tal posição foi introduzida na doutrina pátria, no sentido de que sendo o princípio da dignidade da pessoa humana expressamente previsto pelo artigo 1º, III da Constituição de 1988, constitui valor unificador de todos os direitos fundamentais (que são uma concretização deste princípio) e também possui função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, o que revela sua ligação com o preceito do artigo 5º, §2º da Constituição.³¹

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição importante, servindo como diretriz material para que se identifiquem direitos implícitos, especialmente, os que não se encontram no Título II da Constituição de 1988. Todavia, não deve ser utilizado isoladamente, devem ser empregados outros referenciais (critérios) para que se possa identificar estes direitos.³²

Assim, no entender de Ingo Wolfgang Sarlet, sempre que uma posição jurídica estiver relacionada e embasada na dignidade da pessoa humana deverá ser considerada uma norma de direito fundamental.³³

²⁹ *Id.*, p. 107. No mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 98.

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 293.

³¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 48 ss.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 101.

³³ *Ibid.*

A dignidade é elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.³⁴ Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se simultaneamente como *limite* (ao poder estatal) no sentido de algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido nem alienado, pois, deixando de existir não haverá mais limite a ser respeitado; e como *tarefa* dos poderes estatais, impondo aos mesmos que guiem suas ações para preservar a dignidade e criem condições que possibilitem o seu pleno exercício, representando uma garantia positiva e não apenas negativa.³⁵

Existem divergências doutrinárias a respeito do *status* jurídico normativo conferido a dignidade da pessoa humana pelo ordenamento constitucional. Há quem sustente que não se trata de princípio fundamental, por considerar essa categoria mais limitada do que os princípios constitucionais gerais, já que estes dizem respeito a toda ordem jurídica. Outros, no entanto, entendem que a dignidade humana é princípio fundamental da Constituição, não se incluindo no rol dos direitos fundamentais autênticos e típicos – este será o entendimento adotado por este trabalho. Segundo este posicionamento, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana podem e devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos (posições jurídico-fundamentais não-escritas, inclusive de natureza subjetiva), o que não significa que se admite a existência de um direito fundamental à dignidade, pois esta não pode ser retirada do ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela decorre. Por esta razão,

³⁴ *Ibid.*

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 117.

quando se fala em direito à dignidade da pessoa humana deve-se entender o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo a promoção e desenvolvimento da dignidade.³⁶

Dessa forma, não se pode deixar de mencionar o caráter instrumental, integrador e hermenêutico do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.³⁷

José Carlos Vieira de Andrade sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, porém advertindo que o grau de vinculação dos direitos a este princípio é diferenciado, existindo direitos que constituiriam explicitações em primeiro grau da dignidade e outros que seriam decorrentes.³⁸

Contudo, a afirmação de que todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 109-111, 121. O autor entende que a dignidade da pessoa humana atua como *limite* e *tarefa* dos poderes estatais: "É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da comunidade)." *A eficácia...* *Op. cit.*, p. 117. No mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 102

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 80

³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 273 ss.

e igual no princípio da dignidade da pessoa humana é controvertida. Do contrário, seria possível afirmar que tudo que consta no texto constitucional poderia ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana, dado ao fato do seu elevado grau de indeterminação, e como conseqüência, qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia, em face do suposto conteúdo de dignidade humana, ser alçada à condição de direito fundamental.³⁹

O que se pretende demonstrar é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para identificação de direitos implícitos e, de modo geral, sediados em outras partes da Constituição.

Trata-se de um *critério basilar*, contudo, *não exclusivo* para construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, podendo ser utilizados outros referenciais como o direito à vida e à saúde. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir em espécie, que estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do apurado exame de cada caso.⁴⁰

Dessa forma, para que um direito positivado no texto constitucional fora do Título II possa ser considerado direito

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁰ *Ibid.*

fundamental por seu conteúdo e importância, deve corresponder à dignidade da pessoa humana e/ou aos demais princípios fundamentais (que também são referenciais hermenêuticos não só para os direitos fundamentais, mas para todas as normas constitucionais). Assim, todos os princípios fundamentais (previstos no artigo 1º da Constituição de 1988) também são considerados como referencial para a aferição da fundamentalidade material de um direito.

Contudo, o critério da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado com certa cautela, pois se trata de ampliar o rol de direitos fundamentais consagrados no Título II da Constituição, devendo sempre ser considerado o risco de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais caso sofra uma banalização.

5.2. Outros parâmetros identificadores de fundamentalidade material de um direito referidos pela doutrina

Aqui, se pretende trazer a baila critérios de fundamentalidade utilizados pela doutrina em geral. Os doutrinadores brasileiros pouco referem-se ao assunto, por este motivo os critérios aqui analisados estão baseados nas obras de dois autores portugueses: José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Miranda.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴¹ apresenta cinco parâmetros caracterizadores de um direito fundamental.

a) *Critério da fundamentalidade material*: refere-se ao conteúdo do direito a ser caracterizado como fundamental. Tal idéia tem como corolário: (1) a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados (direitos materialmente, mas

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

não formalmente fundamentais); (2) a aplicação a esses direitos só materialmente fundamentais de alguns aspectos do regime jurídico inerente a fundamentalidade formal; (3) a abertura de novos direitos fundamentais.

Os sentidos (1) e (3) referem-se a *cláusula de abertura* ou *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais.⁴² Para ele essas normas “juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas positivadoras de direitos fundamentais possibilitarão a concretização e o desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.”⁴³

b) Critério do radical subjetivo: os direitos, liberdades e garantias seriam direitos com referencia pessoal ao homem individual, isto é, direitos inerentes ao ser humano.⁴⁴

Embora trate deste critério em sua obra José Joaquim Gomes Canotilho não o considera constitucionalmente adequado para caracterizar um direito como fundamental. Seu argumento é de que a própria Constituição inclui entre os direitos, liberdades e garantias, os direitos de pessoas coletivas, designadamente direitos de organizações políticas e sociais.

c) Critério da natureza “defensiva” e “negativa”: tem como base à idéia de que os direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade que tem como destinatário o Estado e, como objeto, a obrigação de abstenção do mesmo relativamente a esfera jurídico-subjetiva. Por outras palavras, o Estado tem o direito

⁴² *Id.*, *Ibid.* p. 349. O autor prefere chamar a cláusula aberta de “norma de *fattispecie* aberta”.

⁴³ *Id.*, *Ibid.*, p. 349.

⁴⁴ “Direitos, liberdades e garantias” é a terminologia utilizada pela Constituição Portuguesa para especificar certa categoria de direitos fundamentais. A Constituição brasileira não faz essa distinção, assim, os direitos, liberdades e garantias da Constituição portuguesa equivalem aos direitos fundamentais da Constituição brasileira.

objetivo em relação aos direitos fundamentais, mas ele não possui o direito subjetivo.

Também esse critério não é avaliado como constitucionalmente adequado por José Joaquim Gomes Canotilho por três motivos: (1) a Constituição qualifica expressamente como direitos, liberdades e garantias os direitos positivos a ações ou prestações do Estado; (2) os destinatários destes direitos não são apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas; (3) mesmo que a dimensão garantística aponte para a inexistência de agressão político-estatal, isso não significa que eles não se configurem, igualmente como direitos a exigir o cumprimento do dever de proteção a cargo do Estado, ou seja, mesmo que a agressão político-estatal seja quase inexistente, não significa que ela não se configure e que o Estado não deva proteger esses direitos.

d) Critério da determinação ou determinabilidade constitucional do conteúdo: os direitos, liberdades e garantias são aqueles que possuem conteúdo essencialmente determinado (ou determinável) ao nível constitucional. Tais direitos possuíam aplicabilidade direta, não necessitando de legislação ordinária para se tornarem líquidos e certos.

Assim mesmo aqueles direitos que não possuam legislação que os regulamente terão aplicabilidade, pois possuem densidade normativa suficiente para serem aplicados diretamente, sem necessidade de regulamentação por legislação ordinária.

No que concerne aos direitos, liberdades e garantias que necessitam de atos legislativos para tornarem-se concretos esse parâmetro encontra dificuldades. Todavia, há um ponto concreto: as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade direta, logo os direitos por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei (o que não significa que a medição legislativa seja desnecessária ou irrelevante).

e) *critério da aproximação tendencial dos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias*: existe uma dificuldade muito grande de se definir um critério material seguro para se dizer quais são (ou o que são) os direitos, liberdades e garantias. Por isso, torna-se mais prudente usar traços mais importantes dos direitos, liberdades e garantias para distingui-los dos outros direitos.

Além das dimensões constitucionais que formam o seu regime jurídico, tornam-se necessárias algumas observações: (1) geralmente, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias recortam ao nível constitucional uma pretensão jurídica individual (direito subjetivo) a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos, o que explica porque a doutrina menciona tanto a aplicabilidade direta destas normas e a idéia de determinabilidade constitucional (e não apenas legal) do conteúdo das mesmas; (2) a determinabilidade constitucional e aplicabilidade direta nos levam a conclusão de que por causa do radical subjetivo os direitos, liberdades e garantias valem, de forma tendencial, como direitos de exeqüibilidade autônoma (*self executing*), ou seja, estas normas independem da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos.

Essas três características (aplicabilidade direta, determinabilidade constitucional do conteúdo e exeqüibilidade autônoma) mostram que os direitos, liberdades e garantias possuem estrutura e função próprias. Esses direitos teriam uma função de defesa impondo-se como "direitos negativos", que quer dizer que os direitos, liberdades e garantias são os direitos dos particulares e do homem, não podendo ser os direitos do Estado ou entidades públicas. Essa função de defesa como elemento caracterizador dos direitos, liberdades e garantias significa o direito que o particular tem de exigir do Estado que resguarde esse seu direito.

Outra observação que se faz necessária é a inexistência de uma conexão necessária entre uma pretensão jurídica autônoma e a sua justiciabilidade. Essa pretensão jurídica nada mais é do que a possibilidade do titular ativo do direito de recorrer aos tribunais para obter juridicamente a satisfação das mesmas, quando violadas, contra os respectivos destinatários passivos.

Mesmo sendo a justiciabilidade um elemento importante da radicação subjetiva de um direito, não seria correto caracterizar um direito como direito, liberdade e garantia a partir de sua indissociabilidade com a justiciabilidade.

Desses cinco critérios trazidos por José Joaquim Gomes Canotilho dois se mostram adequados à realidade brasileira, quais sejam: *determinação ou determinabilidade constitucional do conteúdo* e o *critério da aproximação tendencial dos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias*.

A cláusula de abertura presente na constituição brasileira não admite a abertura do catálogo a direitos previstos em lei, pois serve apenas para direitos constitucionais. Isso fica claro quando o §2º do artigo 5º da Constituição diz que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*" (grifo nosso). Assim, conclui-se que a abertura serve apenas para os direitos decorrentes da Constituição ou de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Os direitos fundamentais possuem características próprias e um regime jurídico próprio. Esse regime jurídico dá a base ao critério da aproximação tendencial dos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias. Dessa forma, para que um direito seja caracterizado como fundamental serão usados como critério as características mais importantes dos direitos fundamentais, vale dizer,

aquelas que distinguem os direitos fundamentais dos demais direitos.

O critério da fundamentalidade material não se mostra o critério adequado à realidade brasileira, pois os direitos constantes do catálogo de direitos fundamentais do Título II da Constituição de 1988 possuem conteúdo diversificado, o que dificulta a caracterização de um determinado conteúdo como substância de um direito fundamental. Quanto ao radical subjetivo, este não se mostra adequado, porque a Constituição de 1988 traz em seu catálogo de direitos fundamentais direitos que tem como destinatário a coletividade, como, por exemplo, o princípio da legalidade,⁴⁵ que é uma obrigação do Estado e não um direito inerente a pessoa. Logo, o rol apresentado no Título II da Constituição de 1988 não trata apenas dos direitos inerentes ao ser humano, trata também de obrigações do Estado. Já o critério da natureza "defensiva" e "negativa" não encontra fundamento na ordem jurídica brasileira porque o rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 não traz apenas direitos dos quais o Estado deve abster-se. O Estado pode sim ser destinatário de um direito fundamental e exercê-lo, vale dizer que grande parte desses direitos o Estado *deve* exercê-los e não se abster de seu exercício como prevê este critério, pois existem direitos fundamentais que demandam prestações estatais positivas.

Na obra de Jorge Miranda identificam-se dois elementos caracterizadores de um direito como fundamental: *a interpretação e a integração em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a dignidade da pessoa humana.*⁴⁶

⁴⁵ Artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição de 1988: " não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 159 ss.

a) *Critério da interpretação e integração em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*: existe na Constituição portuguesa a possibilidade expressa dos direitos fundamentais serem interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O mesmo não ocorre no Brasil.⁴⁷

O artigo 16, n^o 2 da Constituição portuguesa determina que os direitos fundamentais sejam interpretados em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁴⁸ Dessa forma, a Declaração projeta-se sobre as normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro da Declaração ou que dele mais se aproxime.

Essa interpretação da Constituição portuguesa conforme a Declaração torna-se mais fácil, pois a Declaração foi uma de suas fontes, como se pode perceber ao confrontar o teor de uma e de outra. Alguns artigos da Declaração chegam a esclarecer normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localizações ou de formulações, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto constitucional português.⁴⁹

Em caso de conflito entre a norma constitucional e os princípios constantes da Declaração a interpretação

⁴⁷ A possibilidade está prevista no artigo 16 da Constituição Portuguesa que trata do "Âmbito e sentido dos Direitos Fundamentais".

⁴⁸ "Artigo 16 (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1 - Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2 - Os *preceitos constitucionais e legais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*" (Grifo nosso)

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 158-159. Exemplos: o artigo 1^o da Declaração quando liga a dignidade da pessoa à razão e consciência de que todos os homens são dotados; o artigo 2^o na sua primeira parte quando esclarece que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo e não a título taxativo; o artigo 2^o em sua segunda parte ao parecer impor um tratamento por igual aos estrangeiros, entre outros.

conforme a Declaração fará as suas normas prevalecerem sobre a norma constitucional?

Deve-se distinguir se a norma constitucional é originária ou proveniente de revisão constitucional e consoante o princípio da Declaração Universal seja de *jus cogens* ou não.

No primeiro caso nunca haverá inconstitucionalidade. Não é inconstitucionalidade a contradição com o *jus cogens* por definição supra constitucional e se o princípio não for de *jus cogens* o que acontecerá será a retratação do alcance da Declaração – a norma constitucional subtrai ao domínio da Declaração determinada matéria ou zona de matéria entre todas que nela recaem.

Na segunda hipótese o fenómeno reconduz-se a inconstitucionalidade, porque o poder de revisão constitucional é um poder constituído, subordinado aos princípios fundamentais da Constituição. Ora, o artigo 16, nº 2 da Declaração Universal incorpora alguns desses princípios, verdadeiros limites materiais de revisão.⁵⁰

Para Jorge Miranda a integração de preceitos constitucionais e legais pela Declaração Universal significa que se pode e deve completar os direitos ou, porventura, os limites aos direitos constantes da Constituição com quaisquer direitos ou faculdades ou com limites aos direitos que se encontrem na Declaração.

Na opinião do autor em estudo esse significado parece mais plausível porque ele se coaduna melhor com a idéia de “âmbito” de direitos que inspira o artigo 16 e também porque o artigo 16, nº 2 coloca a interpretação da constituição no quadro da declaração, então o sistema de tutela de direitos fundamentais abarca-a necessariamente

⁵⁰ Mesmo para as alíneas *d* e *e* do artigo 288

“Artigo 288 (Limites materiais da revisão)

d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;”

e as lacunas da Constituição têm de ser recortadas nesse âmbito, finalmente, porque a referência ou não a “inviolabilidade da pessoa humana” não só não tem relação com esse problema como a sua falta é compensada largamente pela recepção dos princípios gerais da Declaração.

b) Critério da dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema constitucional: A Constituição da República Portuguesa de 1976 é a primeira Lei Maior portuguesa que declara expressamente a dignidade da pessoa humana como a base de todo o ordenamento jurídico e da República, o que significa dizer que a adoção da dignidade da pessoa humana pela constituição faz da pessoa fundamento e fim do Estado.

A dignidade da pessoa humana é considerada um critério que pode servir para caracterização de um direito como fundamental porque confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática aos direitos fundamentais.⁵¹ Em outras palavras, é possível dizer que de modo direto e evidente os direitos fundamentais têm sua fonte ética na dignidade da pessoa humana.

A concepção de *pessoa* na Constituição portuguesa está explicitada no artigo 1º da Declaração Universal: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. *Dotados de razão e consciência* devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. (grifo nosso)

Desse artigo pode-se concluir que a igualdade entre as pessoas está no fato de que cada ser humano é dotado de razão e consciência. São a razão e a consciência que justificam o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, é pela razão e consciência que os

⁵¹ Na Constituição portuguesa a dignidade da pessoa humana é tratada no artigo 1º que determina: “Portugal é uma República soberana, *baseada na dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”(grifo nosso).

direitos fundamentais (ou os que deles decorrem) não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos.

Desse raciocínio Jorge Miranda extrai algumas diretrizes:⁵²

1- A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual concreta, vale dizer que a dignidade é da pessoa concreta, em sua vida real cotidiana. É o ser humano tal como existe que é considerado irreduzível, insubstituível e irrepetível pela ordem jurídica. São os direitos fundamentais do ser humano que a Constituição enuncia e protege;

2-A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento porque a vida humana é inviolável, por isso a dignidade é considerada desde o momento da concepção;

3- A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher. Em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade;

4-As pessoas vivem em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por toda pessoa da igual dignidade das demais. Cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em sua relação com as demais. A dignidade da pessoa pressupõe a de todos os outros;

⁵² MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 183-184.

5- Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da comunidade em que ela vive, vale dizer que cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais;

6- A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos. A dignidade da pessoa humana refere-se tanto a portugueses quanto a estrangeiros. Se os direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal, logo devem valer para todas as pessoas seja qual for a sua cidadania;

7- A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e as outras pessoas, ou seja, a dignidade e a autonomia individual são inseparáveis.

Os dois critérios para caracterização de um direito como fundamental apresentados por Jorge Miranda podem também ser aplicados no Brasil. O parâmetro da dignidade da pessoa humana é válido, porque os direitos fundamentais, como já visto, garantem a dignidade do homem. E, se a cláusula de abertura visa ampliar o catálogo de direitos fundamentais, torna-se possível a utilização do critério da Declaração Universal dos Direitos do Homem para que os direitos nela explicitados sejam incorporados ao catálogo de direitos fundamentais e até mesmo conduzir a interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de acordo com a

Declaração Universal, muito embora não esteja expressa essa possibilidade em um comando constitucional.

5.3. Critérios de fundamentalidade adotados pela doutrina e jurisprudência brasileira

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet direitos fundamentais em sentido material são aqueles que por seu *conteúdo* e *importância* podem ser equiparados aos direitos fundamentais constantes do catálogo constitucional. Esta definição decorre do *princípio da equivalência*, princípio constitucional implícito que pode ser extraído diretamente do artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988. Tal princípio corresponde à regra contida no artigo 17 da Constituição portuguesa que trata dos “direitos análogos” aos quais se aplica o regime jurídico específico e mais rigoroso dos direitos fundamentais.⁵³

Para que seja considerado verdadeiro direito fundamental deve equivaler aos direitos expressos em *conteúdo* e *dignidade*, aplicando-se a toda e qualquer posição jurídica, esteja ela abalizada na noção de direitos fundamentais não escritos (implícitos e decorrentes) ou dispersa ao longo da Constituição de 1988 (fora do catálogo constante no Título II) ou mesmo em algum tratado do qual o Brasil seja signatário. Entretanto, essa equivalência não impede a existência de conflito e/ou concorrência inerente ao sistema de direitos fundamentais, haja vista tratar-se de situação distinta.

Os direitos fundamentais não escritos (implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios) possuem aspectos distintivos. No que tange aos direitos implícitos não há que se falar em equiparação, visto que estes englobam posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais do catálogo. São

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 104-107

direitos reconhecidos (ainda que não expressamente) pela própria norma constitucional, trata-se de extrair do texto o que nele já está contido. Também não cabe falar da sua decorrência do regime e dos princípios constitucionais na medida em que esta se refere apenas aos direitos decorrentes.

Faz-se necessário ressaltar também a existência destes direitos, ainda que abrangidos pelo artigo 5^º, § 2^º da Constituição de 1988, dele não depende. Ingo Wolfgang Sarlet entende que a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema existindo ou não norma permissiva expressa neste sentido.

Analisada a situação dos direitos implícitos, cumpre agora focar o exame dos direitos fundamentais fora do catálogo a partir de agora considerados os direitos escritos e os decorrentes (não-escritos). Neste caso tem-se que observar o *princípio da equivalência* mencionado acima. Só poderão ser considerados direitos fundamentais fora do catálogo aqueles que por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol do Título II da Constituição de 1988.

Na opinião do referido autor os critérios do *conteúdo* e da *importância* estão agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Dessa forma é possível concluir que o direito fundamental fora do catálogo será aquele estimado como realmente relevante (considerando-se o critério da importância) para a comunidade historicamente avaliada (valores consensualmente reconhecidos no meio social).

No que tange ao critério do conteúdo deve-se ter cautela, pois trata-se de assunto de enorme subjetividade. É necessário saber identificar o que caracteriza a matéria de direitos fundamentais no direito constitucional positivo vigente. Deve-se analisar os pontos comuns ao conteúdo de todos os direitos fundamentais enunciados no catálogo do Título II da Constituição de 1988, não se podendo analisar um ou outro dispositivo isolado.

Após o estudo doutrinário dos critérios para aferição da fundamentalidade material dos direitos, mostra-se necessário a análise da posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema em questão.

Assim como a doutrina, a jurisprudência nacional não registra decisões diretamente relacionadas ao tema estudado, mas já apresenta posicionamentos no sentido de entender alguns direitos não constantes no catálogo, como fundamentais.

Como exemplo pode-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7/DF, em que foi relator o Ministro Sidney Sanches. Esta ação, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, teve como objetivo impugnar a cobrança do Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira instituído pela Emenda Constitucional n° 3 e pela Lei Complementar n° 77/93.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi:

(...) Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F.

Artigos 5°, §2°, 60, §4°, incisos I e IV, 150, incisos III, “b” e VI, “a”, “b”, “c” e “d” da Constituição Federal

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, do Constituinte derivado, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a” da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n° 3, de 17.03.1993, que, no art 2° autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em

vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º deste dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, "b" da Constituição); (...)

3. Em conseqüência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C. F. (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L. C. nº 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993" (grifos nossos). ADI 939/DF – Distrito Federal, Rei. Mm. SIDNEY SANCHES.⁵⁴

A decisão ora apresentada reconhece expressamente como direito fundamental o princípio da anterioridade tributária reconhecendo o artigo 150, III, "a"

⁵⁴ BRASIL. Acórdão em ADI nº 939/DF, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 15/12/1993, publicado Diário de Justiça - DJ - em 18/03/94. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

da Constituição de 1988, considerando-o como direito e garantia individual do contribuinte, logo, integrante do rol do artigo 5º da Constituição. Além disso, conseqüentemente, também considerou o direito a imunidade tributária das entidades mencionadas no artigo 150, VI, "a", "b", "c" e "d", como direito fundamental.

Dessa forma, nota-se dois aspectos relevantes nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade: (1) o reconhecimento de um direito fundamental constante no texto constitucional, fora do rol do Título II da Constituição; (2) o reconhecimento de um direito fundamental constante no texto constitucional, fora do rol do Título II da Constituição, de entidades públicas (que são pessoas jurídicas), não direito do homem (ser humano) apenas, quando menciona a violação ao direito a imunidade tributária previsto no inciso VI do artigo 150 da Constituição de 1988.

Inicialmente o Ministro Sidney Sanches, em seu voto, não considerou o inciso VI do artigo 150 da Constituição de 1988 (que prevê as imunidades tributárias) como direito fundamental. Entretanto, retificou seu voto, neste sentido, passando a considerá-las também como direito fundamental.

(...) a dificuldade que tive, para considerar inconstitucional a referência ao inciso VI, de modo a abranger também as alíneas "b", "c" e "d" (e não apenas a alínea "a"), foi por não ver em tais alíneas ("b", "c" e "d") garantias do contribuinte, mas sim, imunidades tributárias, que não estariam protegidas pelas cláusulas pétreas do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Vejo, porém, que a maioria não tem dificuldades em considerar tais imunidades, como garantias.

E desde que se encare tais imunidades como garantias de quem não deve ser

contribuinte, a cláusula pétrea há de ser observada também quanto a elas.

O próprio Ministro reconhece a norma constante do artigo 150 da Constituição de 1988 como cláusula pétrea ao considerar que houve violação ao inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal quando afirma que:

(...)Entre esses direitos e garantia individuais, estão pela extensão contida no § 2º do artigo 5º e pela especificação feita no artigo 150, III, "b", a garantia ao contribuinte de que a União não criará nem cobrará tributos 'no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.⁵⁵

A questão principal para efeitos deste estudo diz respeito a violação ou não do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição. Seria o princípio da anterioridade uma garantia individual?

A resposta é positiva no entender do Ministro Sidney Sanches acompanhado pelo STF. Para ele, a norma contida no artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988 é uma garantia individual do contribuinte. Por isso em seu voto na ADI 939-7/DF votou pela inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 3/93 e conseqüentemente da Lei Complementar nº 77/93.

O direito ao meio ambiente, igualmente foi considerado um direito fundamental de terceira dimensão, no caso foi determinada a desapropriação-sanção prevista no art. 184 da Constituição em imóvel rural situado no

⁵⁵ BRASIL. Acórdão em ADI nº 939/DF, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 15/12/1993, publicado Diário de Justiça - DJ - em 18/03/94. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Pantanal Mato-grossense, para fins de reforma agrária. A medida foi adotada pelo Poder Público devido à inadequada utilização dos recursos naturais disponíveis pelo proprietário e pela não-preservação do Meio Ambiente (art. 186, II). O Supremo Tribunal alude ao direito à integridade do meio ambiente como típico direito de terceira geração, em sede de Mandado de Segurança nº 22164/SP.⁵⁶

Um último exemplo de direito fundamental fora do catálogo é o direito à saúde, reconhecido em demandas relacionadas à obtenção de medicamentos para pacientes com HIV/AIDS pelo Supremo Tribunal Federal em sede de vários recursos, tais como os recursos extraordinários nº 267612 e nº 271286, sendo relator em ambos os casos o Min. Celso de Mello, referindo-se ao direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, e, portanto, indisponível.⁵⁷

⁵⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (dir.). *Arquivos de direitos humanos*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 245. Traz o mandado de segurança julgado pelo Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Celso Melo, 30 out. 1995.

⁵⁷ Passa-se a transcrever alguns trechos: "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente (...). O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto relevante e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade." <http://gemini.stf.gov.br/>. Acesso em: 1 mar. 2004.

Assim, percebe-se que poderão ser considerados direitos fundamentais em sentido material ou passíveis de configurarem nesta categoria, alguns comandos normativos (como as acima referidas) dispersos pela Constituição, análogos as previsões do catálogo em conteúdo e importância. Cabe observar que estes também possuem a capacidade de caracterização como posições subjetivas e permanentes do indivíduo (isolada ou coletivamente) e guardam conexão com a proteção à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade.

Os critérios sucintamente esboçados objetivam, num primeiro momento demonstrar a complexidade da matéria e como é árdua a identificação dos elementos integrantes do conceito material de direitos fundamentais subjacentes a nossa ordem constitucional.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet estes critérios cumprem função instrumental e auxiliar, como referenciais demarcadores do caminho a percorrer pelo intérprete numa atividade inevitavelmente caracterizada por alta dose de subjetividade. "Se puderem de alguma forma facilitar o trabalho no caso concreto, certamente já terão justificado sua existência."⁵⁸

6. Algumas questões controvertidas relacionadas a cláusula de abertura constitucional a novos direitos fundamentais

O entendimento doutrinário e jurisprudencial subjacente às questões envolvendo a cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais parte do pressuposto comum de que o direito fundamental albergado pela cláusula foi originado por uma fonte jurídica de natureza formal e conforme a Constituição, além disso,

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 122.

a compreensão segue no sentido de que a abertura diz respeito a *novos* direitos, sem atentar para a projeção da cláusula sobre antigos direitos fundamentais anteriores a criação da Constituição em vigor.

Com efeito, a idéia tradicionalmente esboçada encontra um nível de indagação que merece atenção: existiriam direitos fundamentais decorrentes de práticas reiteradas com natureza obrigatória, ou seja, direitos fundamentais consuetudinários? Também haveria direitos fundamentais cuja fonte consiste num ato jurídico formal em desconformidade com princípios ou normas constitucionais, mas pacificamente aceitos e aplicados na vigência da atual Constituição, isto é, direitos fundamentais contra constituição?

As duas questões se colocam perante o fato da não previsão expressa na Constituição das situações suscitadas e introduzem a relevância do fator tempo na formulação dos direitos fundamentais. Basicamente consiste em saber se perante direitos fundamentais de matriz histórica que colidem com direitos ou princípios constitucionais se serão estes últimos que se retrairão para respeitar a operatividade dos antigos direitos recepcionados pela cláusula de abertura ou se, pelo contrário, valerá a regra de que a cláusula de abertura aplica-se apenas para inclusão de novos direitos fundamentais no catálogo. Enfim, tudo consiste em saber se a cláusula de abertura comporta uma ampliação pretérita das fontes do sistema constitucional, determinando que em matéria de direitos fundamentais aqueles que assumem uma natureza histórica completem o quadro dos direitos formalmente previstos na Constituição.

Segundo Paulo Otero caberia falar na ampliação pretérita da cláusula de abertura dos direitos fundamentais no que tange aos direitos consuetudinários com vistas aos argumentos de que a Constituição não determinou um papel exclusivo na criação de direitos fundamentais apenas

a incumbência do Estado em matéria de bem-estar e uma interpretação restritiva que conduza à exclusão do costume como fonte de direitos fundamentais é histórica e metodologicamente claudicante, porque a elasticidade sempre acompanhou o entendimento sobre a não tipicidade dos direitos fundamentais e não é lógico aceitar o costume internacional como fonte de direito e não aceitar o costume interno com a mesma qualidade.⁵⁹

Paulo Otero ainda sustenta que a partir da cláusula de abertura é possível a admissão de direitos fundamentais *contra constitutionem* desde que estes estejam materialmente conformes com a Declaração Universal (art. 16, n^o 2 da Constituição Portuguesa de 1976 – “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”).⁶⁰

Deste modo, Paulo Otero entende que os direitos do passado e os direitos do presente em conflito têm sempre garantido uma área de operatividade efetiva e qualquer solução contrária que sacrificasse o passado ao presente ou vice-versa, conduziria à eliminação de qualquer um dos direitos em colisão, inutilizando a recepção processada pela cláusula de abertura, dos direitos *contra constitutionem* ou suprimindo a relevância dos direitos conformes com a Constituição. Assim, reforça que o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais compreende uma projeção pretérita e uma dimensão futura, sendo os direitos fundamentais consuetudinários e os direitos fundamentais *contra constitutionem* duas categorias de direitos fundamentais de matriz histórica.⁶¹

⁵⁹ OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: *Ab Vno ad omnes*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 1074.

⁶⁰ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 1083.

⁶¹ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 1088-1089.

Em que pese os argumentos e posição defendida pelo autor mencionado, não se pode aduzir dos termos contidos na cláusula de abertura esboçada na Constituição de 1988 a possibilidade de inclusão de direitos fundamentais consuetudinários porque o costume não se qualifica como fonte de direito constitucional no nosso ordenamento jurídico, inviabilizando a inclusão de novos direitos fundamentais a partir dos mesmos.

Também não encontra respaldo a tese de inclusão de novos direitos fundamentais com base no art. 5º, § 2º da Constituição de 1988, porque, diferentemente da Constituição Portuguesa de 1976, a constituição brasileira em vigor não comporta nenhuma regra de interpretação e integração dos direitos fundamentais conforme a declaração de Direitos do Homem, além do que o entendimento predominante na doutrina sustenta que ocorre a revogação ou a derrogação das normas incompatíveis com a nova Constituição que entrou em vigor, logo não haveria condições de manutenção de direitos fundamentais *contra constitutionem*.

A mesma linha de raciocínio crítico é suscitada por Jorge Miranda e acrescenta ainda que no mesmo ordenamento jurídico não devam subsistir duas idéias de Direito diversas e conflitantes passando por cima, inclusive da hierarquia característica do sistema. Contudo, em relação aos direitos fundamentais de origem consuetudinária o autor acompanha a idéia de Paulo Otero, pois admite a existência de costumes constitucionais e por conseqüência, admite direitos fundamentais consuetudinários, mas cujo alicerce não se assenta na cláusula de abertura, mas da própria condição de configurarem costumes constitucionais.⁶²

⁶² MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 567-568.

O fato é que por natureza não podem ser considerados direitos fundamentais todos os direitos, individuais ou coletivos, negativos ou positivos, materiais ou procedimentais, provenientes de fontes internas ou internacionais. Somente alguns desses direitos o podem ser e serão aqueles que pelo seu conteúdo e importância e em consonância com o regime e princípios constitucionais e com os tratados ratificados pelo país contam com a fundamentalidade material.

7. Conclusão

O presente trabalho buscou estabelecer critérios que possibilitem caracterizar um direito não expresso no catálogo constitucional (Título II da Constituição) como fundamental.

Procedeu-se a análise dos direitos fundamentais e da cláusula de abertura sob um aspecto geral. Em seguida, buscou-se a identificação de critérios para aferição da fundamentalidade material de um direito, buscando respostas na doutrina. Neste ponto foi possível verificar a quase omissão da doutrina pátria, pois esta, com algumas exceções, quando aborda o assunto o faz de forma superficial.

Dentre os critérios suscitados o que se mostrou unânime foi o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Toda doutrina pesquisada adota, mesmo que indiretamente, a dignidade da pessoa humana como um parâmetro para aferição da fundamentalidade material de um direito.

Os direitos fundamentais são essenciais a existência de um Estado Democrático de Direito. Uma Constituição que não possua um rol de direitos fundamentais não é considerada uma Constituição democrática.

Nota-se também certo receio na utilização da cláusula de abertura, decorrente, inclusive, da dificuldade em conceituar os direitos fundamentais.

Em toda doutrina pesquisada o objetivo da cláusula de abertura não é caracterizar todo e qualquer direito como fundamental, o que geraria uma banalização destes direitos. Pelo contrário, a razão de existir da cláusula de abertura reside na possibilidade de admitir novos direitos fundamentais de acordo com o momento histórico vivido por cada sociedade, valorando os direitos avaliados como importante por aquela sociedade naquele determinado momento histórico.

Na ordem constitucional brasileira observou-se uma especial dificuldade em definir quais critérios podem ser utilizados para caracterizar um direito como fundamental devido a diversidade de conteúdo dos direitos arrolados no Título II da Constituição de 1988. Por este motivo buscou-se na doutrina estrangeira (com especial atenção a doutrina portuguesa, tendo em vista a semelhança entre os dois sistemas constitucionais no tratamento dos direitos fundamentais) critérios que poderiam ser utilizados pelo direito brasileiro para caracterizar um direito como fundamental e, desta forma, submetê-lo ao regime jurídico especial destinado a estes direitos.

Quanto à doutrina e jurisprudência brasileiras, não existe um posicionamento "oficial" quanto à cláusula de abertura. A jurisprudência mostra-se ainda muito tímida no que tange a sua aplicação e a doutrina, como mencionado, mostra-se pouco interessada quanto ao assunto.

Referências:

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 39, ano 10, abr.-jun. 2002.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (dir.). *Arquivos de direitos humanos*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: *Ab Vno ad omnes*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.