

LEONARDO MARTINS

DIREITOS FUNDAMENTAIS
CONCEITO PERMANENTE – NOVAS FUNÇÕES

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

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>Dimoulis</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 pres-tacionais/sociais	176
3. Deveres estatais de tutela	177
3.1. Fundamento normativo-constitucional	177
3.2. Do Poder Legislativo como primeiro e principal destina-tário e fundamento concreto	179
3.3. Indevidas fusões com o efeito de irradiação e suas con-sequências	181
4. Garantias de organização e procedimento	182
4.1. Fundamentos constitucionais	182
4.2. Ressubjetivação das garantias de organização e procedi-mento?	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-instru-mental 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 jusfundamental.....	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

PREFÁCIO

Diante da tarefa auto outorgada de escrever uma “tese inédita” sobre direitos fundamentais, disciplina da qual me ocupo com pretensões jurídico-científicas há duas décadas e meia, como pré-requisito para a promoção vertical final a professor titular, no quadro da carreira de professor universitário federal, deparei-me com questões quase existenciais. Sempre fui cético em relação às possibilidades hermenêuticas oferecidas pelas várias teorias sobre os direitos fundamentais. Sempre desconfiei de sua produtividade, tendo em vista o cumprimento do papel de nossa disciplina científica, que se confunde com o controle da juridicidade em geral, em especial com o controle da constitucionalidade de atos normativos e executivos estatais. Sempre percebi que em grande parte a concepção leiga a respeito dos direitos fundamentais como “conquistas da humanidade” ou, de modo mais sóbrio, de nosso sistema político nacional, na esteira de um desenvolvimento político internacional que para alguns remonta a período anterior ao constitucionalismo do século XVIII, não está muito distante de muitas exposições acadêmicas nacionais com as quais nos deparamos diuturnamente. Muitos projetos acadêmicos no âmbito da interpretação e aplicação de tais normas constitucionais caracterizadas sabidamente por sua supremacia parecem-me exercícios retóricos inúteis, quando contrapostos ao seu escopo que deveria ser representar um instrumento para uma compreensão teórica ou correta estruturação jurídico-dogmática com vistas a facilitar, ou melhor, a tornar previsível a atuação dos intérpretes de tais normas.

De minha parte, solitariamente ou na companhia de meu colega e amigo, Professor *Dimitri Dimoulis*, mediante nossa “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, venho tentando dar minha contribuição, no âmbito da *dogmática dos direitos fundamentais* e no melhor espírito de uma ciência social aplicada,

à concretização dos direitos fundamentais garantidos no sistema constitucional brasileiro. A dogmática não é uma disciplina estanque. Porém, o desafio de compor uma “tese inédita”, conquanto tratar-se também de típica simbologia envolvida em tais requisitos formais, ensejou em mim uma incontornável reflexão. Que tese inédita a respeito dos direitos fundamentais tutelados no direito constitucional positivo brasileiro eu poderia produzir? Dúvida reforçada diante do caos e caráter difuso ou simbólico da discussão nacional, de um lado, e do caráter exaustivamente sofisticado da teoria e dogmática germânicas dos direitos fundamentais, às quais tenho me referido nas minhas contribuições desde a conclusão do doutorado na *Humboldt-Universität* no ano de 2001, de outro.

O ineditismo, que decorre em última instância de um mínimo de ethos e honestidade acadêmicos, não é difícil de se conseguir em uma contribuição. Mas e o caráter de “tese”? Sem embargo das distinções burocrático-formais havidas, sobretudo, entre “dissertações” de mestrado e “teses” de doutorado, livre-docência e titularidade, resolvi espancar minha preocupação com o que seria um peso material implícito no vocábulo “tese”. Como tenho afirmado em várias bancas, reputo supérfluas as distinções formais em face de sua substância. Materialmente, trata-se de realizar uma contribuição independente e autônoma, autoral, ao debate acadêmico-científico em determinado campo do saber. De resto, a suposta “defesa de uma tese” pode muito rapidamente derrapar para algo anticientífico *per se*: a sistematização mais ou menos inteligente de argumentos em prol da fundamentação de determinada perspectiva sobre o objeto da pesquisa, algo estranho ao adequado levantamento de hipóteses de pesquisa e seus subsequentes imprescindíveis testes.

Nesse ponto, ao conceber os eixos da presente “tese”, socorri-me na lembrança de lições de autoria do Professor *Bernhard Schlink*. Segundo ele, o pesquisador precisa chegar, primeiro, a uma espécie de “autocertificação”, à precisa conscientização sobre o escopo e o estado da arte do problema (*Vergewisserung*), antes de partir para qualquer “ousadia” de acrescentar algo significativo ao estágio atual da pesquisa. Isso significa que a realização de um bom e sistemático “inventário” (*Bestandsaufnahme*) de tal estágio já poderia representar uma boa e necessária produção acadêmico-científica, uma contribuição, uma ferramenta de trabalho a ser utilizada por outros pesquisadores que virão. Cientistas vivem dessa dialética entre o trabalho solitário ou em grupo e a evolução comunitária. A liberdade científica, ao contrário da artística (não obstante o papel da crítica artística), baseia-se em *standards* reconhecidos, não na mera inspiração do pesquisador, ainda que inspiração também seja muito relevante, justamente nesse momento dos questionamentos iniciais, identificação de um problema e seus contornos e levantamento de hipóteses de solução.

Nesse sentido, “conceito” e “funções” dos direitos fundamentais representam dois pilares do presente inventário do estágio da pesquisa jurídico-científica.

Os adjetivos que aparecem no subtítulo do trabalho são explicados e seus usos justificados na introdução. Espero ter chegado a um diagnóstico minimamente preciso da situação da pesquisa sobre os direitos fundamentais a partir do enfoque de algumas poucas, mas centrais, figuras da dogmática jusfundamental, a fim de ensinar uma singela reflexão sobre *como deveria ser a configuração de uma política de pesquisa e ensino dos direitos fundamentais*.

Em face de limitações temporais institucional e autonomamente impostas, trata-se apenas da sistematização de uma proposição de pesquisa de longo prazo. Por essa razão, por exemplo, optei, na terceira parte, por apenas um campo de aplicação das sistematizações a respeito do conceito e funções feitas nas duas primeiras partes. O derradeiro capítulo entende-se, em certa medida todo o trabalho, como um programa de pesquisa que será oportunamente prosseguido por mim.

* * *

No momento da conclusão dessa primeira fase de minha “tese acadêmica inédita”, como condição para a promoção final de minha carreira universitária federal no ensino, pesquisa e extensão da ciência jurídico-constitucional, destino meus mais sinceros agradecimentos apenas às pessoas que, de algum modo, fomentaram esses primeiros resultados a serem aperfeiçoados nos próximos anos.

Agradeço aos meus a seguir mencionados colegas de carreira que já alcançaram seu zênite profissional e que gentilmente se dispuseram a ler, em tão curto interregno, os resultados de meus esforços, apesar de todas as dificuldades do muito difícil ano de 2021. Nesse sentido, em ordem alfabética de prenome, pois as duas colegas e os dois colegas são iguais em importância para o trabalho e para mim, meu especial agradecimento à Professora Doutora *Ana Lúcia Sabadell* (UFRJ), ao Professor Doutor *Fabiano André de Souza Mendonça* (UFRN), ao Professor Doutor *Ingo Wolfgang Sarlet* (PUC-RS) e à Professora Doutora *Ynes da Silva Felix* (UFMS).

Correndo o risco de enfadar precocemente o leitor (deixemos isso para o corpo principal do trabalho!), eu poderia estender-me muito na tarefa de detalhar as razões dos meus agradecimentos a elas e a eles. Restrinjo-me a poucos esclarecimentos pela ordem cronológica em que sugiram em minha trajetória acadêmica e pessoal:

A Professora *Sabadell*, já antes do término do meu doutorado na *Humboldt-Universität zu Berlin*, recebeu-me no ano 2000, na IES em que trabalhava com toda confiança em – e imprescindível estímulo a – um novato, abrindo-me portas.

De lá para cá, nunca se esquivou de atender minhas proposições de diálogo e pedidos de apoio. É para mim um exemplo de profissional e pessoa.

Igualmente, o Professor *Ingo Sarlet*, já muito reconhecido no início dos anos 2000, há quase duas décadas, portanto, vem muito generosamente me apoiando pessoalmente e o meu desenvolvimento acadêmico-científico. Sempre levou muito a sério minhas inquietudes acadêmicas, não obstante algumas saudáveis e profícuas divergências teóricas.

A Professora *Ynes Felix* foi minha colega e amiga no Programa de Graduação em Direito da UFMS durante três anos e meio (2005 a 2008). Trata-se de uma colega com uma trajetória muito bem-sucedida que sempre me inspirou.

O Professor *Fabiano Mendonça*, meu colega de disciplina jurídico-constitucional no Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFRN, recebeu-me, em 2008, e desde então sempre me fez sentir confortável e “da casa”. Foi parceiro em vários projetos institucionais, ele também tem sido uma grande fonte de inspiração para mim nesses anos todos.

Ainda no âmbito dessa categoria de fundamentos para agradecimentos especiais, estendo-os ao Professor Doutor *João Maurício Adeodato* (UFPE/FDV) e ao meu colega de casa, Professor Doutor *Yanko Marcius de Alencar Xavier*, por terem aceitado, gentil e generosamente diante de suas muito concorridas agendas e tarefas certamente muito mais edificantes, a – todavia, ao processo de promoção imprescindível – função de membros suplentes da “Comissão Especial de Avaliação de Tese Acadêmica Inédita”.

Outros pesquisadores colegas de profissão da mais nova geração e da minha geração colaboraram de modos diversos que vão desde sua disponibilidade ao diálogo, à providência de materiais e fontes usadas na pesquisa, até uma criteriosa leitura do trabalho. Nesse sentido, agradeço à MSc *Carmen Vasconcelos* (UFRN); ao MSc *Felipe G. Ferreira* e ao Professor Doutor *Lucas Catib de Laurentiis* de nossa IES parceira da PUC de Campinas/SP, especialmente pelos intensos diálogos; ao doutorando *Rafael Giorgio Dalla Barba* (*Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, cátedra do Prof. Dr. *Ralf Poscher*, e assistente científico no *Max-Planck-Institut de Freiburg*), igualmente pelos diálogos e envio de materiais coletados nas bibliotecas daquela universidade e do MPI, à Professora Doutora *Renata Camilo de Oliveira* (USJT-SP), amiga e interlocutora para questões acadêmico-científicas do mais elevado nível desde meados dos anos 2000; ao mais jovem doutor em Direito, Dr. *Pedro Oliveira Alves* (UFRN/UFPE), aos jovens colegas da UFRN, Professores Doutores *Fabrcio Germano Alves* e *Thiago Oliveira Moreira*. Da minha geração, meu muito obrigado ao Prof. Doutor *Vladimir da Rocha França*, à Professora Doutora *Mariana de Siqueira*, à Professora Doutora *Beatriz Presgrave* e, novamente, ao Professor Doutor *Yanko Marcius de Alencar Xavier*.

Ao nosso incansável secretário departamental e acadêmico de direito, *Lucas Ferreira*, minha mais convicta gratidão pelo tão generoso apoio na preparação dos documentos necessários à defesa, além da sempre muito competente consultoria em assuntos da legislação administrativo-universitária em geral. Nessa mesma categoria de competentes e generosos colaboradores, estendo meus agradecimentos ao assistente em administração da *Comissão Permanente de Progressão Docente – CPPD*, *Luiz Monteiro*, que vem me instruindo durante vários anos e por várias progressões funcionais com grande paciência e atenção aos detalhes, e aos colegas e demais membros do corpo administrativo da tão nobre Comissão.

Meu obrigado aos monitores de ensino nas minhas disciplinas de graduação em direito da UFRN: *Daniel Lucas M. Bezerra*, *Natanael Isaac*, *Hermínia B.B. Costa Silva*, *Lucas Augusto M. Bezerra*, *Luíza Jalil Anchieta* e *Matheus C. Faria* pelo apoio técnico-informático nas aulas virtuais que pouparam valioso tempo dedicado à pesquisa.

Finalmente, claro que não em menor grau de importância, sou profundamente grato ao colega de carreira e de projetos acadêmicos e editoriais, meu querido amigo, o Professor Doutor *Dimitri Dimoulis*, por todos esses anos de parceria e pelo grande modelo de retidão em todos os âmbitos da vida que ele sempre foi para mim, e à minha esposa, *Magnae Latitia B. R. Oliveira*, a quem dedico, assim como procedi com todos os demais, os resultados editoriais de meus esforços acadêmicos, pois sem seu incomensurável e incondicional apoio e amor, com absoluta certeza, eu não teria chegado aqui.

São Paulo, 30 de janeiro de 2022.

O autor.

INTRODUÇÃO

O que são direitos fundamentais? Quais são suas funções tradicionais? Quais suas funções atuais? Uma resposta fundamentada a essas três singelas questões contribui significativamente para a criação dos pressupostos teóricos e jurídico-dogmáticos do mais central desiderato político-constitucional de todos: garantir força normativa à Constituição. Sem embargo da relevância das normas constitucionais de organização do Estado e, no caso brasileiro com certa proeminência, também das normas de organização da sociedade,¹ a devida concretização dos direitos fundamentais marcados por teores pouco determinados e, assim, dotados de baixa densidade normativa, continua sendo o grande desafio a ser enfrentado. A relevância dessa concretização baseia-se não por último na imprescindibilidade da reflexão sobre a jurisdição constitucional e respectivo sistema de controle de constitucionalidade de normas e de limitação do órgão estatal que detém a prerrogativa de único ou intérprete final dos direitos fundamentais. Nesse âmbito, fórmulas vagas como *self restraint* e as muitas teorias sobre a legitimidade do poder controlador da constitucionalidade não ajudam.

Tarefa da presente introdução é, primeiro, delimitar o objeto, inclusive negativamente, apresentar a justificativa e os objetivos do trabalho (I). Na sequência, serão apresentadas as premissas teóricas e metodológicas com ênfase na construção das hipóteses do trabalho (II). Ao final, discutem-se os aspectos estruturais da apresentação dos resultados de todo o processo e da conclusão da pesquisa (III).

1. A partir do título VI da Constituição Federal brasileira (a seguir, apenas “CFB” ou “CF”), fiel à tradição analítico-programática do constitucionalismo pátrio, o constituinte positivou um conjunto de normas mais pertinentes a uma Constituição da sociedade brasileira do que a uma Constituição do Estado brasileiro.

I. Do problema: objeto, justificativa e objetivos

Cabe aqui aprofundar as singelas, mas centrais perguntas introdutórias. Para tanto devem ser apresentados os contornos do objeto de estudo, a fim de precisar seus alcances positivo e negativo. Dar contornos e estabelecer delimitações negativas do problema significa responder a três questões essenciais: o que, por que e para que pesquisar.

Objeto do trabalho é o desenvolvimento e o estado da arte do conceito de direitos fundamentais e das suas funções. Por isso, não interessam os problemas de efetividade social dos direitos fundamentais quando tais problemas escaparem às possibilidades, ao escopo da ciência jurídico-constitucional e ao objeto consolidado da teoria e, especialmente, da dogmática dos direitos fundamentais.

Afirmá-lo de modo assim contundente implica o risco de atrair a peja de “formalista” ou “positivista”. Primeiro, tais alcunhas são partícipes do discurso “jornalístico-científico” quando não de ignóbeis disputas político-ideológicas travestidas de discurso jurídico e não interessam aos propósitos do presente trabalho. Segundo, não é a preocupação aqui aderir a essa ou àquela “escola” teórica. Fato é que dados empíricos, supostamente estranhos à dogmática jurídica, serão trabalhados sempre que necessários ao enfretamento do respectivo problema jurídico-dogmático. Assim é o caso do *correto manejo metodológico* do chamado princípio da proporcionalidade como critério decisório e decisivo para o controle da constitucionalidade material da imposição de limites a direitos fundamentais de liberdade, mas não como portal da ponderação entre princípios, valores, interesses ou bens jurídicos. Ponderações desse tipo fazem apenas tentar ocultar as mais variadas espécies de decisionismos irracionais do ponto de vista da ciência jurídico-constitucional.

Por que estudar o conceito e as funções dos direitos fundamentais, ou seja, estabelecer a justificativa do que foi o projeto de pesquisa que conduziu aos reconhecimentos trazidos a termo no presente trabalho, é praticamente autoevidente. Em que pese à diversidade e à multifacetariedade de estudos teóricos e dogmáticos dentro das próprias ciências jurídicas, há uma demanda de conhecimento científico decorrente da necessidade de se estabelecerem os contornos da disciplina jurídica *stricto sensu* da lida com os direitos fundamentais. Junto a essa tarefa, uma certificação quanto às características essenciais ou não do conceito *jurídico* de direitos fundamentais e suas funções *jurídico-constitucionais* representa um pressuposto teórico e dogmático central.

Finalmente, os objetivos de pesquisa perseguidos, que encontraram respaldo nas duas centrais hipóteses de trabalho apresentadas a seguir (II.2), são principalmente dois. O primeiro objetivo de natureza geral é chegar a uma definição das características essenciais e, por isso, sustentáveis no tempo do conceito de direitos fundamentais. Isso deve contribuir para sua interpretação e aplicação

judiciais mais seguras e como base de pesquisa para futuros trabalhos investigativos. O segundo objetivo é demonstrar, a título heurístico, a juridicidade do conceito aqui delineado e do método hermenêutico na crítica à decisão do STF na ADI 4.277. Por intermédio dela, estendeu-se o instituto da união estável do art. 226, §3º da CF a casais do mesmo sexo, a despeito do teor restritivo e excludente desses titulares presente no referido parâmetro normativo constitucional.

II. Premissas teóricas e metodológicas

1. Peculiaridades da interpretação dos direitos fundamentais

Praticamente todas as abordagens especificamente jurídicas ou jurídico-científicas do objeto do trabalho são iniciadas com o destaque das típicas dificuldades de se interpretar as normas individuais e os direitos fundamentais em seu sistema normativo. Destacam, sobretudo, seu caráter “lapidar”, isto é, bastante exíguo e abstrato, e o tom solene que dificultam a juridicização do recorrente teor de uma norma definidora de direito fundamental.

Uma segunda peculiaridade que se revela com uma majorada dificuldade hermenêutica na comparação com outras normas do sistema jurídico é o *locus* de sua positivação na ordem jurídica. Sem embargo do geral reconhecimento de sua supremacia normativa, a grande proximidade com outros sistemas sociais, notadamente, o econômico e o cultural, mas sobretudo o político, é fator de insegurança quanto à correção dos resultados da interpretação. Não há dúvidas de que os direitos fundamentais foram historicamente e são atualmente objeto das mais engajadas disputas ideológicas.

Por outro lado, também como quase unanimemente defendido pelo menos na relevante literatura jurídica comparada germânica, tais peculiaridades e dificuldades não podem resultar na dispensa do uso de cânones clássicos e contemporâneos da interpretação de normas jurídicas. Essas dificuldades não descaracterizam os direitos fundamentais como normas. Como quaisquer normas jurídicas, são carecedoras de um processo de interpretação ou concretização.

2. Hipóteses de trabalho

Como retro mencionado são duas as hipóteses de trabalho.

2.1. São muitas as impugnações (a serem apresentadas) ao conceito jurídico clássico dos direitos fundamentais. Trata-se de um conceito estrito por ser relativo exclusivamente ao vínculo de todos os órgãos estatais e, destarte, à relação de direito público por excelência estabelecida entre particulares e Estado em sentido amplo. Apesar das muitas impugnações mencionadas e do desenvolvimento de

novas funções e correspondentes categorizações, esse conceito estrito *encerraria* todas as características imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais.

2.2 O reconhecimento jurisdicional constitucional pelo STF da garantia institucional da união estável a casais do mesmo sexo *contra constitutione*, em face do teor restritivo do art. 226, §3º da CF, seria um extrapolamento indefensável de suas competências constitucionais. Avocar os princípios fundamentais da República (art. 1º–4º da CF) ou os direitos fundamentais de liberdade negativa como feito na fundamentação daquela decisão e nos comentários a ela anuentes *representaria* grave e indefensável erro metodológico. Para se estender a proteção do novel instituto da união estável a casais do mesmo sexo, *caberiam*, ao nível infraconstitucional, alternativamente: *ou* uma extensão da proteção institucional a casais do mesmo sexo, que segundo o inequívoco teor do mencionado dispositivo constitucional hoje é restrita a casais heterossexuais, pela via da configuração legislativa *ou* uma fundamentação de específicas proteções no conceito de família do art. 226, *caput* da CF. Uma terceira alternativa *seria* uma jurídico-constitucionalmente plenamente possível aprovação de emenda constitucional para alteração do teor restritivo do art. 226, §3º da CF.

3. Método jurídico-científico constitucional aplicado

É preciso, primeiro, esclarecer em que consiste um método jurídico-científico antes de explicitar o método adotado no presente trabalho.

O conceito de método jurídico e de método jurídico-científico é controverso há pelo menos dois séculos, especialmente nos países que adotaram o sistema de fontes jurídicas da chamada *civil law*. Distinguir apenas entre método dedutivo, mais identificado à *civil law*, e método indutivo, comumente mais identificado à *common law*, é ingênuo. Para se refletir o estado da arte da discussão sobre o método jurídico, seria necessário um trabalho com objeto próprio. Não se trata aqui, porém, da apresentação de uma teoria do método jurídico em geral ou do papel do método nas teorias ou em uma específica teoria jurídica. Com intenção de delimitar também negativamente o próprio conceito de método, restringe-se a discussão a um “pré-entendimento metodológico” em face da típica tarefa do Estado de direito de *aplicação do direito*, cujo ponto de partida constitucionalmente prescrito² é o vínculo do juiz à lei, como um elemento do princípio material do Estado de direito.³

2. Na ordem constitucional alemã, no Art. 20 III c.c. Art. 1 III GG; na ordem constitucional brasileira, no art. 93, IX c.c. art. 1º, *caput* da CF. Em face da prática jurisdicional pátria, criticamente expressaram-se Dimoulis e Martins (2022: 222). No mais, propugnando por uma metodologia voltada à aplicação do direito, especialmente no âmbito do direito público: Hoffmann-Riem (2004: 14 ss.) e Schulte (2011: 18 ss.).

3. Cf. Hassemer (2011: 251 ss.) e Martins (2012: 7–8).

Em outras palavras, a tarefa autoatribuída pelo pesquisador do direito é focada na práxis jurídica. Assim, seu método não pode prescindir da práxis em seu horizonte. Não obstante, isso não significa render-se à prática forense ou político-legislativa no sentido de buscar produzir um nada frutífero “noticiário jurisprudencial” ou “noticiário legislativo”. Ou seja, o pesquisador não pode se restringir a elencar, sem avaliação própria crítico-analítica, decisões judiciais e normas eventualmente configuradoras de importantes elementos da dogmática dos direitos fundamentais. Aliás, a relação cronológica entre dogmática e resultado da política legislativa é a inversa: em princípio é a dogmática que se constrói sobre aquela, embora o legislador possa se valer de reconhecimentos jurídico-dogmáticos para trazer mais consistência e coerência sistêmicas às suas leis.

A tarefa de um trabalho jurídico-científico metodologicamente orientado pela aludida típica tarefa do Estado de direito, que é a aplicação judicial do direito, já impõe ao pesquisador jurídico a *conscientização* a respeito de uma diferença elementar do papel do método jurídico em relação a outras disciplinas científicas. Embora muitas ciências conheçam relativos hiatos na comunicação entre a práxis e as teorias científicas sobre ela elaboradas, tem-se, no caso das ciências jurídicas em geral e da ciência jurídico-constitucional em especial, uma peculiaridade. Como ocorre também aqui,

o cientista do direito pode escolher livremente os seus temas, pode trabalhar neles com todo rigor e constância, pode fazer seu trabalho competir com os de outros cientistas do direito, discuti-lo e corrigi-lo. [...]. Ao contrário disso, o operador do direito recebe os seus temas [de terceiros], não se encontrando em um contexto de discussão aberta, mas em um processo [judicial] regulamentado, suas decisões ele as toma submetido à escassez de tempo, pressão para agir e [agir] com força vinculante. Não procura a concorrência, mas continuidade e coerência com as decisões de outros operadores do direito. Para ele, os resultados da ciência jurídica são uma oferta que ele pode aceitar e rejeitar [...].⁴

Os resultados da pesquisa não teriam mesmo como ser vinculantes das decisões do operador do direito, exceto se um sistema jurídico a eles atribuísse – e o estaria fazendo de modo absolutamente heterodoxo – essa competência normativa que acabaria por retirar dela justamente a liberdade jusfundamental que a caracteriza: a liberdade científica. A oferta de orientação metodologicamente orientada prévia à aplicação do sistema jurídico-normativo poderá, contudo, ser classificada como cientificamente consistente ou não. A conscientização metodológica de um trabalho visa a assegurar os pressupostos dessa consistência.⁵

4. Cf. Schlink (1980: 106).

5. Cf. Schlink (1980: 86 ss.).

Outra peculiaridade da pesquisa jurídica que se desenvolve rente à prática é sua produtividade na criação de sistemas dogmáticos que serão mais detidamente enfrentados a seguir. Por ora, sobre essa relação entre a práxis forense, com grande destaque para a jurisprudência, uma vez que apenas decisões judiciais representam normas concretizadas, não os exercícios argumentativos e participações processuais das chamadas funções essenciais à administração da Justiça, e a dogmática jurídica, cabe ainda anotar com base na análise de *Ralf Poscher* o seguinte:

A construção de um sistema dogmático não é arbitrária. Não é suficiente conceber um sistema coerente de definições conceituais e conexões. O sistema dogmático não somente deve ser fundamentalmente capaz de refletir o nosso pré-entendimento comum no que diz respeito às normas de direitos fundamentais individuais, como também deve estar relacionado com a prática forense e cumprir os requisitos da prática.⁶

Porém, “onde a prática jurisdicional é inconsistente, um sistema dogmático pode fornecer uma solução consistente. [...] Contudo, quanto mais frequentemente e quanto mais longe um sistema dogmático desviar-se de uma prática estabelecida, maior se tornará o ônus da justificação”.⁷

No âmbito da presente pesquisa, esse ônus é muito elevado por duas razões complementares entre si. A primeira diz respeito ao seu objeto principal, o conceito e as (supostas) novas funções dos direitos fundamentais, especialmente no contexto normativo do sistema jusfundamental positivado na CFB. A segunda razão é a verificação de que se está diante, no caso brasileiro, de uma assistemática, incoerente e inconsistente produção jurisprudencial a respeito. Diante do desafio autodeterminado no sentido exposto não cabem, porém, lamúrias, mas novamente ressaltar a justificativa do trabalho diante de uma notória demanda de conhecimento jurídico-científico.

Método pode ser definido como o conjunto das condições *previamente estabelecidas* para o cumprimento da exigência de consistência do conhecimento científico por meio dele obtido. A metodologia jurídica cumpre uma dupla missão. Ela tanto deve ser descritiva e analítica quanto normativa. Desenvolve assim os critérios de correção a partir das condições da possibilidade de conhecimento jurídico.⁸ Tem um notório caráter instrumental, muitas vezes autores se valem da metáfora da via ou caminho a ser trilhado para o alcance das respostas do problema científico enfrentado, razão pela qual um método não pode ser avaliado

6. Poscher (2003: 13).

7. *Ibid.*

8. Cf. Schlink (1980: 87).

como verdadeiro ou falso, mas como frutífero ou infrutífero.⁹ Sem embargo, a construção metodológica dos referidos critérios de correção é absolutamente imprescindível, uma vez que o *consenso* não garante o cumprimento da exigência de consistência. Vale aqui novamente que as condições do cumprimento daquela exigência devem ser definidas e asseguradas *antecipadamente*.¹⁰

Método jurídico-constitucional pode se servir pontualmente de uma teoria do direito constitucional, mas não pode ser guiado por ela. Lastro constitucional do método jurídico é o vínculo do Estado-juiz à lei e à ordem jurídico-constitucional vigente, nessa ordem cronológica, sem prejuízo da competência do controle judicial de normas quanto à sua constitucionalidade.

Além de se reconhecer a imprescindibilidade de método posta em xeque por algumas correntes teóricas, especialmente na discussão germânica da década de 1970,¹¹ impõe-se avaliar concretamente sua produtividade. É o que deve ocorrer especialmente em prol da construção de um sistema dogmático que cumpra a

9. Cf. Podlech (1972: 492).

10. Cf. Schlink (1980: 86).

11. Com diferentes nuances, sobretudo, por Häberle (1975 e 1976), Haverkate (1977) e Kriele (1976). Esses três foram objetos de contudentes e procedentes críticas de Schlink (1980) no inventário da literatura metodológica lá por ele realizado. Enquanto nos casos de Kriele e Haverkate haveria um ceticismo em relação ao método ou até negação da sua importância diante da suscetibilidade política (Kriele) ou ideológica (Haverkate) na aplicação do direito (principalmente), no caso do autor do festejado ensaio publicado no vernáculo “a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, qualquer método estaria “simplesmente ausente”: Schlink (1980: 82, 82–85). Entre as objeções à displicência metodológica de Peter Häberle formuladas e rigorosamente fundamentadas por Schlink (*ibid.*) que lá resenhou os dois artigos retro citados, destaquem-se as seguintes: Häberle entende a Constituição “como um processo aberto e flexível que reflete e traz mudanças” (p. 82). Em relação ao ensaio “tempo e Constituição”, a função da Constituição estaria entre a adaptação e a resistência nas mudanças da realidade. Então, segundo Schlink, a pergunta óbvia não respondida por Häberle seria: “Quando a Constituição representa resistência e quando representa adaptação?” (p. 82). Häberle teria colocado em relação a teoria, a interpretação da Constituição, a dogmática e o método, com especulações tautológicas em torno da dimensão do tempo. “Pós-compreensão do passado”, “pré-compreensão do futuro” colocadas em uma pletora de frases de efeito vagas: “A pós-compreensão orientada para o passado, em uma relação dialética com a pré-compreensão orientada para o futuro, isso torna-se aquilo e aquilo outro, e os vários métodos devem ser desenvolvidos entre os dois.” (p. 83). Por sua vez, no mais conhecido que é o segundo ensaio, tratar-se-ia “precisamente do que resta para Häberle em termos de problema metodológico” (p. 84). Chega a mencionar a relevância que o TCF daria para a autocompreensão do direito fundamental com intenção de embasar sua tese de que os muitos atores de várias áreas do Estado, da sociedade, incluindo a academia, “interpretaram a Constituição porque nela viveriam.” (p. 84). Porém, com o destaque do suposto papel do cidadão na interpretação da Constituição, Häberle não teria querido, segundo Schlink, voltar a atenção para o TCF como intérprete da Constituição, “atrás do qual [em verdade] todos os outros intérpretes da Constituição devem ocupar um lugar secundário” (*ibid.*). Finalmente, o “próprio Häberle não responde à sua pergunta ‘se nesse contexto se pode falar em uma interpretação – embora relativizada – correta’. Mas, ao final do ensaio, a resposta negativa é evidente” (p. 84 s.). Para o aprofundamento dessa crítica e uma pesquisa sobre os possíveis insondáveis motivos do entusiasmo na recepção de Häberle não apenas no Brasil, mas em boa parte da América Latina, v. Martins (2012: 15 ss., 20 ss. e 23–25).

função de estabilização de expectativas e desoneração do ônus argumentativo, na medida em que se prepara a fundamentação de casos semelhantes no futuro.¹²

Do ponto de vista da teoria do conhecimento aplica-se aqui como método a busca da “falsificação” (ou refutação) dos reconhecimentos e resultados obtidos, mais ou menos intuitivamente “descobertos”. Na contraposição entre os contextos da *descoberta* e da *justificação*,¹³ opta-se pela descrição e estruturação do segundo. Como os elementos subjetivos que levaram ao conhecimento (à descoberta científica) são irrelevantes para a justificação científica dos resultados de uma pesquisa que parta de hipóteses a serem testadas, o procedimento do sopesamento ou ponderação entre princípios, interesses, valores ou bens jurídicos não tem como ser disciplinado racionalmente.¹⁴ É certo que mesmo no processo de falsificação é indispensável um mínimo de consenso a respeito dos enunciados básicos junto aos quais os resultados serão provisoriamente confirmados ou definitivamente refutados. Mas a consensualidade não ocupa um papel central, senão especificamente pontual-instrumental.¹⁵ Uma teoria de direitos fundamentais com método que propugne sem ressalvas por consenso já seria falseada diante do enunciado básico de eventual ocorrência de decisões contramajoritárias que decorrem da normatividade dos direitos fundamentais.¹⁶

Para a construção de enunciados básicos e instâncias falsificadoras, o teor das normas; em que pese a toda a contingencialidade semântica cada vez mais enfrentada pela filosofia da linguagem, presente em praticamente todo texto, também nos textos normativos, compreendidos no seu contexto normativo (sistema de normas e princípio da unidade da Constituição);¹⁷ a sua gênese e a discussão das consequências serão bastante centrais. O método epistemológico do “falsificacionismo” (ou refutabilidade)¹⁸ pode ser aplicado tanto para o teste de hipóteses justeóricas quanto para a avaliação da coerência e produtividade de figuras dogmáticas e, portanto, também de decisões judiciais. A metodologia é nesse sentido uma ponte entre as ciências jurídicas e a prática; a dogmática integra sistemicamente essa relação.¹⁹

A rígida separação dos contextos de descoberta e da justificação, amplamente aceita na epistemologia e relevante para a avaliação de teorias do direito, desempenha um papel ainda mais importante na revisão da correção de aplicações

12. Cf. Alexy (1983: 326) e Poscher (2003: 10).

13. Cf. em detalhes Schlink (1980: 87 ss.).

14. Cf. a fundamental contribuição de Podlech (1970).

15. Cf. Schlink (1980: 92-94).

16. Cf. Schlink (1980: 86).

17. Com método lastreado no princípio da unidade da Constituição, cf. De Laurentiis (2017).

18. Cf. fundamentalmente Popper (1934: 47 ss.).

19. Schulte (2011: 18 ss.) chega a tratar os conceitos de metodologia e dogmática jurídica como sinônimos.