

# Notas sobre a jusfundamentalidade

Ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental

RAONI MACEDO BIELSCHOWSKY

**Resumo:** Trata-se de artigo referente à temática da Teoria dos Direitos Fundamentais que tem por objetivo considerar os fundamentos teóricos da jusfundamentalidade. Para tanto, parte inicialmente de uma análise de algumas posições paradigmáticas encontradas na literatura do debate acerca do embasamento teórico para o enquadramento de um direito na categoria dogmática de direito fundamental, para, em seguida, tomar partido por uma posição de um necessário reconhecimento de base material, culturalmente condicionada da jusfundamentalidade dos direitos que albergam bens materialmente fundamentais

**Palavras-chave:** Jusfundamentalidade. Jusfundamentalidade material. Premissa cultural antropológica.

## Introdução

O que define um direito como direito fundamental? Aliás, o que é um direito fundamental? Dizer fundamental um direito efetivamente gera especificidades quanto a sua maior proteção e compromisso com sua efetivação? Ou, em vez disso, o argumento da *jusfundamentalidade* tem-se tornado cada vez mais um argumento retórico esvaziado de sentido?

O presente estudo tem por objetivo apreciar a questão da *jusfundamentalidade*, ou seja, elencar os parâmetros que podem identificar um direito sob a *categoria dogmática*<sup>1</sup> de direito fundamental (*jusfundamen-*

Recebido em 24/4/15  
Aprovado em 20/5/15

<sup>1</sup> Locução utilizada por Canotilho para identificar o grupo dos direitos fundamentais (2003).

*talidade*), levando-se em conta a colocação dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional do Estado Democrático de Direito e o fato de o corpo dos direitos fundamentais não ser composto por uma gama homogênea de direitos e bens por eles protegidos.

Se, por um lado, esse trabalho, em absoluto, não tem a ambição de exaurir toda a problemática acerca desse vasto tema, por outro, projeta trazer uma contribuição a respeito dessa discussão. Principalmente, tendo-se em vista o estágio contemporâneo da história do Estado de Direito, momento em que cada vez mais se pretende atribuir uma *jusfundamentalidade* a muitos direitos – novos e antigos –, o que tem como consequência o esvaziar do próprio significado da condição dos direitos fundamentais (OTERO, 2008, p. 527). Afinal, se todos os direitos são tidos como *fundamentais*, na verdade, nenhum deles não mais poderá realmente ser considerado *fundamental*. A própria definição da *jusfundamentalidade* exige certa seletividade – quiçá, exclusividade – restritiva da amplitude do rol dessa categoria.

Por outro lado, é inegável que o critério de definição da *jusfundamentalidade* de um direito não pode mais estar preso às estruturas liberais e individualistas contemporâneas ao surgimento dessa *categoria dogmática*; nem aos parâmetros da definição de direitos fundamentais do Estado Social; e não pode mais nem mesmo prender-se à dogmática do constitucionalismo do fim do pós-guerra, marco que representou o início do atual estágio do Estado de Direito: o Estado Democrático de Direito. “Isso porque a sociedade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica, apresenta a cada dia novas transformações científicas, tecnológicas e mesmo culturais, que fazem surgir cada vez mais bens e necessidades de âmbitos de proteção diferentes” (ANDRADE, 2009, p. 62).

Nessa esteira, a própria taxonomia interna dos direitos fundamentais já os buscou classificar de formas diversas; por vezes em gerações, por vezes em dimensões, usualmente em três segmentações e, às vezes, até mesmo em mais de três (BONAVIDES, 2007, p. 560)<sup>2</sup>. Para evitar maiores discussões e desdobramentos acerca dessa taxonomia, adoto a classificação tripartite dos direitos fundamentais, por entendê-la mais adequada, compreensiva e representativa dos valores de *Liberdade*,

---

<sup>2</sup>É recorrentemente levantada a questão sobre a adequação do termo geração de Direitos Fundamentais. Isso se dá pelo alegado sentido de sobreposição cronológica da primeira geração de direitos pela segunda e da segunda pela terceira. Não concordamos com essa crítica. Primeiro, por não concordarmos que o termo gerações necessariamente vincule-se à sobreposição e superação de uma geração por outra. Em segundo lugar, porque o próprio entendimento de uma sequência cronológica das gerações de direito pugna pelo fato de, efetivamente, haver uma sequência no reconhecimento da *jusfundamentalidade* desses direitos e da defesa dos bens por eles protegidos. Para a *acumulação* dos Direitos Fundamentais apreendidos historicamente, remetemos a Andrade (2009, p. 67).

*Igualdade e Fraternidade*, harmônica e simbioticamente conviventes e interdependentes (HORTA, 2011).

Portanto, o objetivo primordial deste texto é, partindo de uma observância do quadro teórico geral, reconhecer os fundamentos que caracterizam a *jusfundamentalidade*, revelando, assim, as consequências que esse enquadramento gera quanto à especial proteção e eficácia dos direitos fundamentais. Para tanto, serão expostas algumas respostas encontradas na literatura constitucional que são paradigmáticas de uma visão formalista, por um lado, e de uma visão substancialista (material-axiológica), por outro, para, na sequência, tomar partido por uma posição acerca da necessidade do critério material de identificação da *jusfundamentalidade*.

## 1. De onde vem a jusfundamentalidade?

O que faz de um direito *direito fundamental*? Essa condição é respondida por sua estrutura/estabelecimento formal, ou seja, o fato de o legislador competente assim o definir<sup>3</sup>? Ou

---

<sup>3</sup>Originalmente, o legislador constituinte. Contudo, a bem da verdade, as diversas formas em que se apresenta a cláusula aberta de direitos fundamentais (ou o também dito princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais) permitem que o reconhecimento de tais Direitos seja feito por meio de tratados internacionais, ou mesmo, em alguns arranjos constitucionais, pelo legislador ordinário. Sobre a possibilidade de Direitos Fundamentais não previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento amplamente majoritário é que a cláusula aberta na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) só se aplica à possibilidade da inserção de novos Direitos Fundamentais por tratados internacionais ou emendas constitucionais – art. 5º, § 2º. De outro modo, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa explicitamente reconhece a *não tipicidade* e assim a possibilidade de Direitos Fundamentais não expressamente previstos na Constituição – art. 16º,1, da CRP. E, de modo ainda diferente, podemos levantar a experiência constitucional alemã, em que pela via jurisprudencial vem-se compreendendo a possibilidade de alguns desdobramentos a partir da leitura

esse reconhecimento necessariamente se dará por um motivo material-axiológico, ou seja, seu conteúdo é que define sua *jusfundamentalidade*? Nessa ordem, existe relação necessária entre os direitos fundamentais e qualquer valor objetivo? E, seguindo-se a essa questão: o que significa considerar *jusfundamental* um direito? Quais as implicações do enquadramento de um direito nessa *categoria dogmática*? Fato é que as respostas para essas questões estão intimamente emaranhadas e são, mesmo, indissociáveis.

Várias são as respostas que têm sido dadas acerca da identificação, reconhecimento e enquadramento de um direito sob a especial categorização de direito fundamental. Aqui se apresentarão algumas delas que são paradigmáticas e expressivas de suas posições, antes de tomar-se partido por uma razão de fundamentação específica.

Na tentativa de responder sobre a *jusfundamentalidade*, Ferrajoli (2011, p. 89) propõe quatro sentidos à pergunta: “De que coisa falamos quando falamos de ‘direitos fundamentais’?”

Assim, uma primeira questão sobre a *jusfundamentalidade* é aquela que diz respeito a “quais direitos *devem ser* (ou é justo que sejam) estabelecidos como fundamentais”. Desse modo, para o autor, a resposta a essa indagação representaria o “ponto de vista *axiológico externo* da filosofia política” da *jusfundamentalidade* de um bem, mas não necessariamente a identificação de um direito fundamental válido para a teoria constitucional e, muito menos, para a dogmática jurídica.

---

do direito à personalidade, contido no art. 2º da Lei Fundamental. Em razão de nossa visão acerca do fundamento da *jusfundamentalidade*, logo exposta, consideramos possível um entendimento mais amplo do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, inclusive para o ordenamento brasileiro.

A segunda pergunta possível diria respeito apenas ao argumento de validade do Direito. Por conseguinte, tratar-se-ia de uma configuração essencialmente formal da questão, ou aquilo que o italiano vem a chamar de “ponto de vista *jurídico interno* da ciência jurídica”. Dessa perspectiva, direitos fundamentais seriam todos aqueles *estipulados* como tal, portanto, *a jusfundamentalidade seria fundamentada no argumento jurídico positivo*. De mesmo modo, tal pergunta – e sua respectiva resposta – não seria suficiente para a Teoria do Direito.

A terceira questão apresentada por Ferrajoli (2011) seria num sentido buscar responder à questão *factual externa* da *historiografia* e da *sociologia do direito*. É, portanto, uma resposta que basearia a *jusfundamentalidade* na perspectiva da *efetividade* da categoria. Por esse aspecto, aquilo que determinará um direito como *fundamental* será sua “*origem histórica* ou o *fundamento sociológico* daquelas conquistas da civilização que são os direitos fundamentais”, sua afirmação histórica a partir de lutas e revoluções e o conseqüente reconhecimento nos diversos ordenamentos jurídicos. Contudo, essa perspectiva ainda não seria suficiente para a dogmática jurídica.

E a esse passo Ferrajoli chega à quarta resposta, que, para ele, efetivamente corresponde ao ponto de vista caro e suficiente à Teoria do Direito. Ela seria obtida, justamente, a partir da busca do significado teórico-jurídico dos direitos fundamentais. Ou seja, a *jusfundamentalidade* do ponto de vista da teoria jurídica se daria pela razão de ser e fundamento teórico da própria definição de direitos fundamentais, qual seja: “os direitos fundamentais como todos *aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir*” (FERRAJOLI, 2011, p. 92)<sup>4</sup>. Para Ferrajoli, essa definição seria *estipulativa* ou *convencional*, tais quais outros institutos e definições da Teoria do Direito como “direito subjetivo” ou “ato jurídico”. Assim, essa é também uma definição *estrutural* ou *formal*, pois diz somente ‘o que são’ os direitos fundamentais, mas não ‘quais são’, ou ‘quais deveriam ser’ ou ‘quais e em que medida são de fato [aqueles] garantidos’ enquanto tal<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>Para o autor, essa lhe parece uma concepção ideologicamente neutra, posição com a qual não concordamos. Para nós, esse entendimento pretende-se, sim, universalizante, mas em verdade ele representa a concepção de mundo de uma cultura específica do Ocidente, que corresponde à cultura do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo, que tem como uma de suas características a intersubjetividade de sua *premissa cultural*, a dignidade da pessoa humana e, por conseqüência, sua universalidade.

<sup>5</sup>Nesse sentido, Ferrajoli (2011, p. 92), revelando a estrutura formal de sua definição, afirma que, “como decorrência, seria fundamental, onde positivamente estabelecido, até mesmo um direito fútil, como, por exemplo, o direito de fumar ou o direito de ser saudado nas ruas pelos conhecidos. É exatamente a definição de um conceito teórico que, enquanto tal, não pode nos dizer nada sobre os conteúdos de tais direitos, ou seja, sobre as necessidades e os interesses que são ou deveriam ser reconhecidos e de fato garantidos

Nesse sentido, Ferrajoli indica uma pretensa “neutralidade ideológica” em sua concepção de direitos fundamentais, identificando que ordens jurídicas atreladas a qualquer parâmetro axiológico também podem ser portadoras de direitos fundamentais. Dessa maneira, os direitos fundamentais teriam um caráter transcendental, pretensamente científico. Para tanto, Ferrajoli atribui a titularidade dos direitos fundamentais ao *status* de pessoa de forma *estipulativa*, convencional (FERRAJOLI, 2009)<sup>6</sup>. Uma tentativa de explicação dos direitos fundamentais com base em uma percepção estanque e distanciada, sem tentativa de compreensão holística e interdisciplinar, não se mostra suficientemente capaz de compreender a complexidade do fenômeno jurídico.

Uma perspectiva ainda mais formalista identifica como direito fundamental tudo aquilo que o texto constitucional assim prescreve. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2012, p. 40) chegam a defender, inclusive, que a identificação da *jusfundamentalidade* de um direito fundamental só pode ser feita com base no critério formal, convencional, e nem mesmo haveria que se falar em direito fundamental em sentido material. Nessa perspectiva, a identificação de direitos fundamentais dependeria de uma estipulação do legislador (competente). Logo, não haveria qualquer fundamento *pré-estatal* para a definição de direitos fundamentais, ou seja, não haveria necessidade de fundamento, ou mesmo de compromisso axiológico para a definição de *jusfundamentalidade*. Assim sendo, *jusfundamental* é todo direito que o legislador (competente para tanto) assim diz que é, não havendo, portanto, vinculação a um *status* específico de pessoa, menos ainda a um valor antropológico, ontológico ou cultural. Basta apenas a *imposição* formal de um direito como *fundamental*, admitindo-se, de certa forma, inclusive a paráfrase da máxima kelseniana, ao se dizer que, para essas correntes estritamente formais, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito fundamental”<sup>7</sup>.

Contudo, para elencar o rol de direitos fundamentais, não raro se aponta a existência de direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material (MIRANDA, 2008, p. 9). Nessa linha, Canotilho define – remetendo a Alexy – que “A categoria de ‘fundamentalidade’ aponta

---

como fundamentais, mas pode somente identificar a forma e a estrutura lógica daqueles direitos que convençionalmente chamamos ‘fundamentais’”.

<sup>6</sup> Contudo, é de se destacar que, apesar de todas as considerações no sentido de dar uma aceção meramente formal ao conceito de direitos fundamentais, o próprio Ferrajoli destaca que, na atual formação do Estado Democrático de Direito inculcada nas cartas constitucionais do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais são necessariamente atrelados ao igual valor do ser humano.

<sup>7</sup> Máxima classicamente encontrada em Kelsen: “todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2006, 221).

para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material” (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Jorge Miranda, por exemplo, tratando do conceito formal de direito fundamental, identifica que, *a priori*, deve-se entender “por *direito fundamental* toda posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na *Lei Fundamental*”. Para o professor de Lisboa, a simples inscrição de determinado direito na *categoria dogmática* de direito fundamental pela Constituição formal implica imediata e consequentemente considerá-lo também parte integrante da Constituição material. “Ou seja: todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material”. Entretanto, para além daqueles que têm sua *jusfundamentalidade* formalmente considerada, há também direitos fundamentais em sentido material (MIRANDA, 2008, p. 10). Estes seriam aqueles, *prima facie*, inerentes à própria concepção de pessoa, constituintes da base jurídica da vida humana; portanto, direitos que sejam intimamente ligados ao valor da Dignidade da Pessoa Humana, levando-se em consideração as “filosofias políticas, sociais e económicas e as circunstâncias de cada época e lugar” e, ainda, *apelando* ao Direito Natural, “a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito”. Portanto, apesar de o autor afastar a necessária ligação entre a *jusfundamentalidade* de um direito e sua conexão ao valor da Dignidade da Pessoa Humana, estabelece que todo *bem materialmente jusfundamental* tem de ser assim reconhecido e assegurado. Ou seja, haveria espécimes de direitos fundamentais que não possuiriam qualquer ligação com o valor da Dignidade da Pessoa Humana, mas todos os direitos que são radicados nesse valor são, também, *fundamentais*.

Em sentido não muito distante, atentando na importância do reconhecimento de uma *fundamentalidade formal* e de uma *fundamentalidade material*, Canotilho considera a importância de se reconhecer o conteúdo para a categorização de direito fundamental. Nesse sentido, lembra, por exemplo, o caso da tradição inglesa da *Common-Law Liberties*, ressaltando que é a partir da *fundamentalidade* material que se pode estabelecer a abertura a direitos fundamentais não constitucionalizados; logo, o reconhecer do *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*.

Canotilho levanta, quanto à “fundamentalidade formal” na Constituição da República Portuguesa (CRP), quatro dimensões relevantes. Estabelece que: a) as normas enunciativas de direitos fundamentais devem ser colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica; b) na condição de normas constitucionais, elas estão blindadas por procedimentos agravados de revisão (reforma) constitucional; c) por se tratar não apenas de normas constitucionais, mas também de normas

de direitos fundamentais, elas implicam limites materiais à própria revisão constitucional (emendas, no caso brasileiro); d) e ainda, em se tratando de normas de direitos fundamentais, elas são normas de *vinculatividade* direta aos poderes constituídos, norteando e parametrizando materialmente as escolhas, decisões, ações e controles dos administrativos, jurisdicionais e, até mesmo, legislativos (CANOTILHO, 2003, p. 379). Portanto, é inexorável perceber que a identificação de um direito sob o gravame de uma *jusfundamentalidade*, do ponto de vista formal, o faz diferenciado dos demais direitos. Analisando-se destacadamente a visão sobre a *fundamentalidade formal* do professor de Coimbra, sua resposta aproxima-se daquela que Ferrajoli propõe como a questão efetivamente vinculada à Teoria do Direito. Contudo, de outra parte, parece-me claro que, para que esse gravame formal excepcional possa adequadamente ser reconhecido, tem de haver uma motivação extremamente cara do ponto de vista cultural e constitucional.

Em defesa de uma definição da *jusfundamentalidade* baseada estritamente em um argumento material, Paulo Otero entende que, com uma visão meramente formal e quantitativa acerca dos direitos fundamentais, substituindo-se assim uma dimensão substantiva e qualitativa de tais direitos, necessariamente ocorrerá um esvaziamento do conceito de “Estado de direitos fundamentais”. Segundo o próprio autor, se o legislador (seja constituinte, seja ordinário) fosse o único responsável por entender o que é um direito fundamental, sem, em tese, qualquer comprometimento ou vinculação com um farol axiológico, correr-se-ia o risco de reconhecerem-se direitos fundamentais sem qualquer vinculação com a pedra matriz daquilo que ele chama de “Estado de direitos fundamentais” (ou como prefere em outra oportunidade, “Estado de Direitos

Humanos”), a Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, definições estritamente formais poderiam, inclusive, subverter a própria lógica dos direitos fundamentais, pois, podendo um direito fundamental ter qualquer conteúdo, desde que decidido pelo *legislador competente* para tanto, haveria a possibilidade de ser legítima até mesmo “a perversão do ‘Estado de direitos fundamentais’ mediante a atribuição pelo Estado a si próprio de direitos fundamentais oponíveis aos particulares” (OTERO, 2008, p. 533). O catedrático de Lisboa reconhece, inclusive, que

“[...] a precedência constitucional da dignidade da pessoa humana sobre a soberania popular, configurando esta última como emanção daquela, torna claro, num outro sentido que a Constituição nunca habilita ou legitima um exercício da soberania popular violador da dignidade humana: a democracia resulta do respeito pela dignidade, nunca se podendo ‘rebelar’ contra o respeito devido à dignidade da pessoa humana” (OTERO, 2010, p. 36).

De certa forma, acompanhando Paulo Otero – ao menos em seu entendimento da existência de uma vinculação axiológica da vontade popular à Dignidade da Pessoa Humana –, entendo que o legislador ordinário, o legislador constituinte derivado e mesmo o legislador constituinte originário estão necessariamente vinculados ao arcabouço axiológico da cultura do constitucionalismo, sobretudo, quanto à enunciação do rol de direitos fundamentais. Esse arcabouço, por sua vez, no Estado Democrático de Direito, é preenchido pela *premissa cultural antropológica* da Dignidade da Pessoa Humana (HÄBERLE, 2008, p. 105).

Não estou, com isso, alinhando-me a posições típicas da compreensão vinculada à teoria liberal (do Estado de Direito burguês) dos direitos fundamentais (BÖCKEFÖRDE,

1993, p. 44). E, nesse ponto, também afasto minha argumentação de linhas jusnaturalistas, como a defendida por Paulo Otero, que remete a fundamentação dos direitos fundamentais a um valor que decorreria “da própria natureza do ser humano como entidade racional” (OTERO, 2010, p. 37). A fundamentação jusnaturalista dessa base axiológica representa um *congelamento* dessa ordem de valores, pois, se eles vêm da própria natureza, são decorrentes não de uma construção contínua e dinâmica, mas sim de uma realidade posta, a ser meramente descrita e apreendida, mas não criada; assim sendo, tal fundamentação tão pouco se mostra capaz de compreender a complexidade do Direito enquanto fenômeno humano ou enquanto elemento cultural.

Na verdade, entendo haver, sim, uma base axiológica que identifica e fundamenta os direitos fundamentais em um alicerce cultural, histórica e dialeticamente em desenvolvimento. Trata-se, de bom modo, de um processo dialético entre cultura constitucional e direito positivo, que é próprio e inerente à própria experiência do Estado de Direito. Nesse sentido, Salgado (1996b, p. 16) identifica que, para melhor entender os direitos fundamentais, é preciso ter em mente que sua evolução obedece a um processo histórico de três momentos: a) um primeiro, em que surge a consciência histórica desses direitos em determinadas condições históricas; b) um segundo, quando a declaração positiva desses direitos revela a aceitação formal de todos na ordem constitucional; c) e, por fim, a realização desses direitos como concretos e eficazes.

O próprio respeito a essa cultura dos direitos fundamentais é base para a classificação “ontológica” de constituição dada por Loewenstein, que enumera: constituição normativa; constituição nominativa; e constituição semântica. Para Loewenstein, o critério para

essa classificação é a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder<sup>8</sup>. Neste sentido, o alemão alega que uma constituição escrita não funciona por si mesma, mas sim quando seus destinatários (detentores e destinatários do poder) a fazem prática.

Nessa medida, uma constituição nominativa é aquela que é formal e materialmente constitucional, porém não é vivida na prática. Ela é legítima, válida, mas não eficaz. Ou seja, é quando se tem constituição, mas não se está em constituição. Uma constituição é semântica quando existe um texto que se pretenda constitucional – portanto, pode, até mesmo, ser formalmente (positivamente) constitucional –, contudo ele não seria materialmente (axiologicamente) constitucional e, ao mesmo tempo, a comunidade não vive um ambiente constitucional. Assim sendo, não se tem constituição, nem se está em constituição. Nessa situação, a constituição escrita, ao invés de ser meio de limitação do poder, como pretende Loewenstein, ela seria utilizada para perpetuação de um poder ilegítimo. Por fim, uma constituição normativa é aquela que é formal e materialmente – portanto, axiologicamente, constitucional – e, ao mesmo tempo, é aquela viva, vivida e defendida pela comunidade (LOWENSTEIN, 1976, p. 217). Em outras palavras, é a constituição jurídica com força normativa. Portanto, é quando se tem constituição e também se está em constituição (LUCAS VERDÚ, 1998, p. 40).

Alexy, demonstrando que mesmo uma Lei Fundamental tem de observar determinados valores de correção material, destaca uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ale-

---

<sup>8</sup> A esse respeito, Brugger e Monica Leal (2007) também fazem uma interessante relação entre soberania estatal limitada e direitos fundamentais.



mão (BVerfG) tomada em 1968, que versa sobre a perda da nacionalidade alemã por um advogado judeu, que emigrou para Amsterdam durante a segunda guerra e veio a ser deportado da Holanda em 1942, quando desapareceu. Em virtude do §2º do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, os judeus alemães emigrados foram privados da nacionalidade alemã. Diante desses fatos, a Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 116, § 2) excluiria a possibilidade de esse cidadão recuperar sua cidadania. Contudo, a decisão do BVerfG foi no sentido de entender tal decreto nulo *ab initio*<sup>9</sup>. Isso porque há padrões de correção material a que nem mesmo a ordem constitucional pode ambicionar fugir (ALEXY, 2009, p. 7)<sup>10</sup>.

Mais que isso, não só é necessário reconhecer que há uma série de valores fundamentais que não podem ser ignorados nem mesmo pelo legislador constituinte originário, mas também que é da concretização desses valores, irradiantes do parâmetro moral (cultural) subjacente à comunidade, em parâmetro normativo pela identificação dos direitos fundamentais que decorre a própria autoridade e validade/legitimidade da ordem que se pretende constitucional. Nesse sentido:

“E o que concluímos noutra sede é que, sendo inescapável aos homens movimentarem-se no âmbito de parâmetros morais apreendidos no âmbito das comunidades em que participam, as ordens humanas são sempre compostas por normas que reflectem tais parâmetros. As contemporâneas ordens ocidentais não são excepção, sendo que a parametrização moral que as mesmas reflectem (em cujo âmbito é continuamente reconhecida legitimidade às correspondentes normas por aqueles que se lhe subordinam, subordinando-lhes o poder que configuram como legítimo) centra-se na ideia de dignidade humana ou ‘igualdade fundamental de todos na humanidade comum’. Na verdade, é esta a ideia parametrizadora em cujo âmbito é reconhecida autoridade a uma normatividade que reconhece a todos direitos fundamentais e é definido um poder limitado que não pode pôr em causa esses direitos” (COUTINHO, s.d.).

É nessa medida que, para a legitimidade da ordem, é necessário reconhecer que o parâmetro normativo das constituições do Estado Democrático de Direito têm necessariamente de identificar-se com o parâmetro moral (cultural) subjacente na comunidade. Ou, em outros termos,

---

<sup>9</sup>BVerfGE [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Decisões do Tribunal Constitucional alemão] 23, 98 (106). Nesse sentido, também são interessantes as considerações feitas pelos mais diversos autores franceses quanto à validade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sobretudo a partir das leis constitucionais francesas de 1875, na III República. Lucas Verdú (2007, p. 54).

<sup>10</sup>Em sentido similar destaca Salgado (1996b, p. 17).

tem de emanar como normatização da *premissa cultural antropológica* desse protótipo estatal, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Tal premissa é também a base axiológica justificadora do modelo democrático, sendo esse o modelo político típico da cultura do constitucionalismo. É dessa própria premissa que decorre a compreensão de que “igual liberdade é centro axiológico de uma democracia constitucional, bem como seu *telos*. É dimensão inabalável do conceito de vida boa deste plano ideológico da cultura que permeia o Estado Democrático de Direito” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 137). Assim sendo, é da própria coerência lógica do constitucionalismo, conseqüentemente da Democracia Constitucional, a compreensão de que a fundamentação de uma Constituição, maximamente, dos direitos fundamentais não se dá sobre uma decisão ou norma em branco. Na base (*e/ou apex*) dessa estrutura, há um parâmetro normativo culturalmente estabelecido e comprometido com uma *liberdade concreta* (SALGADO, 1996a, p. 255). Por isso, é uma *premissa cultural* necessária e caracterizadora da cultura de Constituição.

Assim sendo, existe um limite de *impossível* e de *necessário*<sup>11</sup> a todo e qualquer direito que se pretenda *fundamental*, que é o fato de ser materialmente encontrado na “proteção da *dignidade da pessoa humana* contra os perigos que resultam das estruturas de *poder na sociedade*” (ANDRADE, 2009, p. 68). Até porque, se inevitável e necessário o processo de alargamento do “rol formal-positivado” de direitos fundamentais diante do ambiente de socialização, essa expansão, se desmedida, oferece o risco de gerar um “jusfundamentalismo”, em que o ordenamento, no afã de maximizar os âmbitos de proteção, vem a sofrer um amolecimento e descaracterização do próprio conceito de direito fundamental (ANDRADE, 2009, p. 79).

Por conseguinte, uma teoria dos direitos fundamentais necessariamente está atrelada a uma concepção de Estado/Teoria da Constituição (BÖCKEFÖRDE, 1993, p. 44)<sup>12</sup>, que é uma formulação/projeção

---

<sup>11</sup> Ambos os termos – *impossível* e *necessário* – são utilizados por Alexy para tratar da vinculação do legislador aos ditames constitucionais sobre direitos fundamentais: “O fato de uma constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si tem importantes conseqüências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente possíveis em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, necessários ou impossíveis. O fato de as normas de Direitos Fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo essencial da fundamentalidade formal desses direitos” (ALEXY, 2008, p. 52). Aqui utilizamos os termos de forma reconhecidamente amplificada em relação a essa passagem inicial, pois aplicamo-los a conteúdos necessários e impossíveis ao legislador constituinte, o que Alexy não o fez nessa passagem específica.

<sup>12</sup> Nesse texto, Böckenförde parte de uma abordagem um tanto diferente, mas bastante interessante sobre a interpretação, conteúdo e concreção de direitos fundamentais. Não se trata de abordagem incompatível com a aqui apresentada, mas de uma ótica um tanto

de uma cultura. Logo, está necessariamente ligada às raízes culturais daquela comunidade, por sua vez concretizada normativamente como norma jurídica válida no/pelo Estado e regida por sua Constituição<sup>13</sup>. E assim, como defende Smend, acima de qualquer consideração a respeito da validade jurídica (critério formal, ao qual não negamos importância, mas apenas a condicionamos), “os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição” (SMEND, 1985)<sup>14</sup>.

---

diferente. No trabalho, ele faz uma análise da relação entre a interpretação e conceituação dos direitos fundamentais e cinco teorias diferentes dos direitos fundamentais: teoria liberal (do Estado de Direito burguês) dos direitos fundamentais; teoria institucional dos direitos fundamentais; teoria axiológica dos direitos fundamentais; teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais; teoria dos direitos fundamentais do Estado social.

<sup>13</sup>Nesse sentido, é muito interessante a resposta que Ermanno Vitale (2009, p. 68-69) dá diretamente a Ferrajoli: “Comencemos, pues, con el punto (a) relativo a la ‘neutralidad ideológica’ de la definición de derecho fundamental o, en cierto sentido, a su carácter transcendental. [...] La esencia de los derechos fundamentales, por así decir, no implica su existencia o su conveniencia. Sin embargo, para pensar el objeto jurídico ‘derecho fundamental’ según la definición anterior, resulta necesario, cuando menos tener una idea de individuo o persona. Y no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas, reconocen al individuo como ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental. Todas las visiones holístico-organicistas niegan justamente el concepto mismo de autonomía individual al que remiten tanto la capacidad de obrar como el status de persona o el de ciudadano. No por casualidad proviene del ámbito comunitarista la demanda de considerar fundamentales a los derechos colectivos de las minorías o de las ‘formas de vida’, se identifiquen éstas con el pueblo, la nación o con el grupo étnico-cultural. Si, además, aceptamos la venerable categoría de despotismo oriental, grosso modo transmitida en nuestro siglo en lo que definimos como totalitarismo, no sólo no puede haber lugar para una constitución que reconozca derechos fundamentales de titularidad individual, sino que allí donde hegelianamente sólo un es libre, no es posible concebir siquiera la existencia de una pluralidad de sujetos que el derecho deba tutelar en sus relaciones recíprocas”.

<sup>14</sup>Curiosamente, especificamente em *Teoría de la Constitución*, Schmitt acompanha Smend nesse ponto, apesar de apresentar outros desdobramentos posteriormente, em *Significación histórica y jurídica de la Declaración solemne de derechos fundamentales*. “La Declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad

Portanto, os direitos fundamentais são a emanção mais imediata dessa típica cultura do Ocidente. E sua *jusfundamentalidade* é decorrente dessa proximidade com esse parâmetro normativo, bem como – e consequentemente – do fato de serem necessários e garantidores do modelo constitucional. Novamente acompanhando Salgado (1996b, p. 15-16), “Há [...] determinados direitos que são matrizes de todos os demais; são direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros. São os direitos fundamentais, direitos que dão fundamento a todos os demais”.

Desse modo, não há dúvida de que a cultura do Estado de Direito é a cultura da Liberdade. E é nesse sentido que Häberle (2003, p. 7) descreve os direitos fundamentais<sup>15</sup>:

“En el ordenamiento jurídico-constitucional de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales poseen una doble significación: ellos mismos son ‘valores supremos’, y posibilitan al hombre hallar y actualizar valores, al tiempo que le garantizan el *status libertatis*. Los derechos fundamentales son, por un lado, expresión de un ordenamiento de libertad ya realizado y, simultáneamente, son presupuestos para que este ordenamiento se constituya de nuevo una y otra vez través de la actuación en libertad de todos. Se revelan, así, como componentes del conjunto constitucional del ordenamiento liberal de la Ley Fundamental. Muestran al Estado que los garantiza como ‘milieu de vie’ en el sentido de Hauriou” (HÄBERLE, 2003, p. 7).

Considere-se não uma liberdade atomista, particularizada, egoísta e individual, mas sim

---

política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad; el supuesto que – según la expresión de Rudolf Smend – da lugar a la *integración* de la unidad estatal” (SCHMITT, 2011).

<sup>15</sup>Falando da Lei Fundamental alemã, mas de modo que pode ser compreendido para todo modelo do Estado Democrático de Direito.

uma *liberdade concreta* e universal (STRECK, 2002, p. 129) – portanto, com a igual liberdade de todos os indivíduos e o reconhecimento de todos os cidadãos como igualmente livres; uma liberdade que só será possível em conjunto, na comunidade, racionalizada no Estado. Logo, uma *liberdade parametrizada em uma igualdade de todos os homens em uma humanidade comum*<sup>16</sup>. Assim, o Estado Democrático de Direito, rumo ao seu destino inexorável, que é a liberdade, e, conseqüentemente, a uma comunidade *concretamente livre*, fecha a tríade revolucionária francesa, encontrando na fraternidade – *necessária* – o elo que permite a concatenação, conexão e, principalmente, mútua complementação dos valores símbolos do Estado de Direito: liberdade e igualdade.

De tal sorte, os direitos fundamentais devem fomentar e manter as condições elementares para assegurar uma qualidade de vida igualmente digna a todos (CANOSA USERA, 2006). Quanto a esse ponto, vale a transcrição de uma passagem de Hesse sobre o significado dos direitos fundamentais:

“[...] eles só conseguem isso quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só pode dar-se em uma comunidade livre; e vice-versa, esta liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na sociedade publicamente constituída como comunidade. Estas circunstâncias revelam a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais: garantem não apenas os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído através dos ditos direitos e de seu ordenamento” (HESSE, 2001, p. 89).

Nessa medida, os *bens materialmente jusfundamentais* são aqueles que guardam conexão com o parâmetro normativo que rege o ordenamento e maximamente a categoria dos direitos fundamentais, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. A par disso, estão os enunciados que racionalizam a proteção jurídico-normativa dos *bens materialmente jusfundamentais*. Nessa esteira, cada um dos princípios é prescrito por variados enunciados diferentes que podem essencialmente ser en-

---

<sup>16</sup> Coutinho remete tal definição a Ratzinger: “as cartas constitucionais dos países ocidentais, fruto de um complexo processo de maturação cultural [...], baseiam-se na ideia de uma ordem de justiça, na *consciência* de uma *igualdade fundamental de todos na humanidade comum*”, cfr. *A Europa de Bento na Crise de Culturas*, trad., Braga, 2005, p. 54” (RATZINGER apud COUTINHO, s.d, grifo do autor). Waldron (2002, p. 2) faz formulação semelhante nos seguintes termos, “*we humans are, fundamentally, one another’s equals*”.

quadrados em três categorias: *significados permissivos* (permissões de comportamento no âmbito de bem em causa), *significados proibitivos* (interdição de comportamentos atentatórios do mesmo bem) e *significados prescritivos* (imposição de comportamentos imprescritíveis à sua salvaguarda) (COUTINHO, 2009b, p. 7).

Assim, entendemos que a própria compreensão da teoria e a categorização dos direitos fundamentais não podem encará-los de uma perspectiva eminentemente subjetiva. É própria da teoria axiológica dos direitos fundamentais a compreensão de sua dimensão objetiva e da objetividade dos enunciados, bens e plexo de direitos fundamentais (BÖCKENFÖRDE, 1993). E isso fica ainda mais claro com a passagem do reconhecimento da terceira geração de direitos fundamentais. Por exemplo, a dificuldade de individualização prática e mesmo teórica do *Direito subjetivo ao Meio Ambiente* – um típico direito fundamental de terceira geração – não deve ser empecilho para categorizá-lo como direito fundamental. Isso porque, com base no sistema do Estado Democrático de Direito como um Estado de Direitos Fundamentais, comprometido com uma *liberdade concreta* – logo, promotiva e comprometida com uma *integração em liberdade* dos cidadãos e da própria comunidade –, o toque do valor da liberdade chega aí mesmo, exatamente no reconhecimento mútuo de valores, direitos e deveres, ainda que em uma dimensão eminentemente objetiva.

Nesse diapasão, a impossibilidade da identificação da *imediate subjetividade* de um direito fundamental e o fato de ele apresentar, aparentemente, apenas uma dimensão objetiva não se coadunam com uma noção possível ao Estado Democrático de Direito. De fato, os valores que se apresentam na proteção de *bens materialmente jusfundamentais* – desse modo, intimamente relacionados ao parâmetro normativo necessário do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana – estão imediata (dimensão subjetiva evidente) ou mediata (dimensão objetiva) vinculados à própria condição de existência do cidadão, consequentemente da comunidade<sup>17</sup>.

De forma complementar, podemos dizer, portanto, que *bens materialmente fundamentais* deverão ser enquadrados na categoria dogmática de direitos fundamentais mesmo quando protegidos por enunciados exclusivamente determinadores de tarefas estatais, ou de *significado prescritivo*. Ou seja, facilmente identificar-se-á a *jusfundamentalidade* do direito protegido por esse expediente normativo, mesmo quando ele

---

<sup>17</sup>E essa condição de existência entre cidadão e comunidade necessariamente tem de ser entendida como uma via de mão dupla, sendo impossível compreender o cidadão como um indivíduo de forma atomizada e dissociada de sua comunidade e de sua cultura – ele é parte do todo, bem como o todo é parte de cada um.

não possa ser identificado claramente em sua dimensão *exclusivamente* subjetiva. Isso ocorre justamente porque o fundamento da *jusfundamentalidade* não pode ser encontrado no argumento de uma decisão formal do legislador competente, mas sim na aproximação material que um direito fundamental (e do *bem materialmente fundamental* protegido) tem com o parâmetro normativo do Estado Democrático de Direito, que racionaliza sua própria *premissa cultural antropológica*.

Logo, deve-se reconhecer uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais destacada de sua dimensão subjetiva (SARLET, 2009, p. 141), de modo a não identificar relação necessária entre individualização e atomização dos bens protegidos, formas de proteção e enunciados que protegem *bens materialmente jusfundamentais*.

## **2. Relação entre jusfundamentalidade e as implicações da racionalização da proteção de um bem fundamental na categoria dogmática dos direitos fundamentais**

Todavia, de que vale reconhecer a *jusfundamentalidade* de um direito? Quais as consequências desse reconhecimento?

Como dito, via de regra, é atribuída à categoria dogmática dos direitos fundamentais uma blindagem excepcional. Essa especial condição se dá justamente pelo fato de os valores albergados por esse véu serem bens extraordinariamente caros à comunidade jurídico-política e à ordem constitucional, e pelo fato de serem direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros (SALGADO, 1996b, p. 15-16). São eles, conjuntamente com os princípios estruturais e organizacionais, o núcleo duro de uma ordem constitucional (SARLET, 2009, p. 61)<sup>18</sup>.

As normas constitucionais, via de regra, por si só já apresentam uma especial proteção em comparação à legislação ordinária – ao menos no esquema de constituição rígida vigente na CRFB –, seja no reconhecimento de maior grau hierárquico, seja no processo legislativo diferenciado. Nessa esteira, ainda é reconhecida aos direitos fundamentais uma excepcionalidade para além das próprias ressalvas legislativas da ordem constitucional.

As normas podem basicamente ser identificadas em seis características gerais no que diz respeito a seu especial gravame: a) no fato de as normas de direitos fundamentais serem tidas por universais e absolu-

---

<sup>18</sup> Não por menos, o próprio artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, já em 1789, determinava: “sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

tas<sup>19</sup>; b) na inalienabilidade/indisponibilidade dos direitos fundamentais por seus titulares<sup>20</sup>; c) na vinculatividade dos poderes constituídos (executivo, judiciário e, inclusive, legislativo), que têm suas escolhas, decisões, ações e controles norteados e parametrizados materialmente pelos direitos fundamentais; d) na aplicabilidade imediata (direta) das normas de direitos fundamentais<sup>21</sup>; e) no fato de as normas de direitos fundamentais gozarem de especial proteção (ou mesmo um real impedimento) quanto à possibilidade de emenda constitucional, devido a sua proteção na qualidade de cláusula pétrea; f) e, em observação a todas essas características, poderíamos inclusive identificar que as normas enunciativas de direitos fundamentais devem ser colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica, nem que seja pelo fato de sua constitucionalização.

Entendemos essas seis características como comuns a todos os direitos fundamentais – ao menos na estrutura da CRFB. Contudo, se os quatro primeiros atributos são, mais ou menos, ampla e pacificamente reconhecidos pela doutrina como comuns a todos os direitos fundamentais, as duas últimas qualidades despertam alguma discussão.

Com relação à melhor leitura do art. 60<sup>22</sup>, no que diz respeito à impossibilidade de retirada ou modificação restritiva das normas de direitos fundamentais, existem basicamente duas posições divergentes. A primeira delas faz uma interpretação restritiva e literal do art. 60, § 4º, IV, indicando que só são albergados pela cláusula de impedimento de emenda/reforma (cláusula pétrea) os direitos e garantias individuais em sentido estrito. Ou seja, estariam fora da disposição do legislador constitucional derivado, tão somente, os direitos fundamentais de primeira geração, eminentemente individuais (DIMOULIS, MARTINS, 2012, p. 41). Essa interpretação só é possível com base em uma concepção formalista da teoria dos direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, dessa perspectiva, o argumento de diferenciação e identificação do

---

<sup>19</sup> Quanto à universalidade, quer-se dizer uma universalidade abstrata, enquanto característica essencial ao Direito. Naturalmente, haverá normas de direitos fundamentais que são direcionadas a determinados grupos de cidadãos, como os trabalhadores, as crianças ou os idosos. Contudo, isso não é o que se considera universalidade enquanto categoria essencial do Direito. Para maiores desenvolvimentos sobre as categorias essenciais do Direito, remetemos a Salgado (2007, p. 67).

<sup>20</sup> A questão da indisponibilidade raramente é questionada em abstrato. Entretanto, quanto a sua aplicação, vários podem ser os pontos de dúvida. Para um aprofundamento sobre o tema, remetemos à tese de doutorado de Martel (2010).

<sup>21</sup> Compreendendo, inclusive, a possibilidade de judicialização para efetivação de tais direitos.

<sup>22</sup> O artigo 60, § 4º, determina os impedimentos à possibilidade de emenda constitucional ou, em outros termos, as cláusulas pétreas da CRFB: “§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

âmbito de proteção dos direitos fundamentais esteve à livre, absoluta e desterrada escolha do constituinte originário, que, com a redação do art. 60, § 4º, IV – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988) –, determinou essa condição de indisponibilidade (proteção por cláusula pétrea) somente aos direitos fundamentais de primeira geração.

Não podemos concordar com essa interpretação restritiva. Entendemos, tal qual já expressamos anteriormente, que os direitos fundamentais, por serem baseados em um argumento axiológico e culturalmente colocado (Dignidade da Pessoa Humana), estarão fora da disposição do legislador, inclusive do legislador constituinte originário, este também vinculado à racionalização da proteção desses valores em normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2009, p. 7)<sup>23</sup>. Portanto, entendemos ser inexorável o entendimento de que a cláusula de impedimento de reforma (emenda) constitucional no sentido restritivo (cláusula pétrea) estende-se e aplica-se a todos os direitos fundamentais, justamente por esses serem todos significativos e relacionados ao núcleo duro do próprio conceito de constituição (material) e estarem fora da possibilidade de retrocesso da ordem constitucional (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 259; SARLET, 2009, p. 422.)<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Curiosamente, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, destacada anteriormente, diz respeito ao direito à nacionalidade, direito este que não estaria albergado dentro do regime de cláusulas pétreas caso fosse levada a cabo a interpretação restritiva do enunciado do art. 60, § 4º, IV.

<sup>24</sup> Curioso que esse debate também se dá em Portugal. Melo Alexandrino, por exemplo, entende que a Constituição da República Portuguesa faz uma diferenciação do âmbito de proteção entre os direitos fundamentais. Para o autor, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos, no geral, tipicamente individuais) estariam protegidos de forma diferenciada dos *direitos econômicos, sociais e culturais*, em virtude da literalidade dos artigos 19º, 6, e 20º, 5. Essa dife-

Do mesmo modo, a discussão acerca da existência de uma hierarquia entre as normas constitucionais é bastante controversa. O debate sobre o tema é extensíssimo e não pode ser aqui diretamente atacado e mais profundamente desenvolvido. Contudo, em se considerando os diversos parâmetros possíveis para a identificação da existência de hierarquia entre normas do ordenamento – por exemplo, o fato de as normas de direitos fundamentais serem normas norteadoras de interpretação de todas as outras normas do ordenamento, inclusive de outras normas constitucionais; o fato de elas sofrerem maiores impedimentos no que diz respeito à possibilidade de emenda constitucional, podendo mesmo falar-se em impedimento absoluto, a depender da interpretação que se dá às disposições relativas às cláusulas pétreas e à existência de um princípio de proibição do retrocesso no caso dos direitos sociais; ou, ainda, o fato de os direitos fundamentais serem o núcleo axiológico do Estado Democrático de Direito –, acreditamos haver, sim, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Reconhecemos, assim, que normas de direitos fundamentais se encontram em patamar de superioridade hierárquica frente às demais normas da Constituição (formal). Independentemente dessa posição, hoje minoritária, fato é que a constitucionalização dos direitos fundamentais os põe em posição hierárquica superior, pelo menos, frente às normas infraconstitucionais. Portanto, ainda que não se reconheça aos direitos fundamentais hierarquia superior às demais normas constitucionais, é evidente o reconhecimento de sua posição *supralegal*.

E é a observância dessas características que faz patente o perigo de uma formalização – ou

---

rente proteção não representaria qualquer hierarquização entre os referidos direitos, mas tão somente uma *diferenciação* (ALEXANDRINO, 2007, p. 64).



de uma pretensa “neutralidade decisória” do legislador constituinte, de forma desterrada e descomprometida com qualquer compromisso axiológico – para a definição daquilo que vem a ser tido como direito fundamental. O não reconhecimento de tal compromisso com a *jusfundamentalidade* gera o risco de, como dito, *todo e qualquer conteúdo* poder ser protegido pelas garantias e proteções típicas da categoria dogmática dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais relacionam-se à própria ideia de um Estado de Direito não neutro, mas sim comprometido com questões objetivas:

“El Estado de Derecho es, por tanto, lo contrario de poder autoritario o totalitario – o dominación arbitraria –, es decir, el concepto de una ordenación integral y libre de la comunidad política. Para salir al paso del doble peligro de una degeneración del Estado de Derecho formal reducido a mero ‘imperio de las leyes’ en un ‘Estado legalista’ o en un ‘Estado injusto’ legal, el principio de Estado de Derecho de la Ley Fundamental no sólo garantiza determinadas formas y procedimientos de actuación estatal, sino que contiene al mismo tiempo también elementos objetivos y metas, cuya realización se le encomienda al Estado a través de la formación del Derecho (Estado de Derecho material). A estos elementos objetivos pertenecen, en primer término, la protección y respeto de la dignidad humana, así como las libertades fundamentales y derechos ciudadanos, que el poder estatal tiene que observar como derecho directamente aplicable” (SCHNEIDER, 1979, p. 23-24).

Não há dúvida de que esse próprio plexo axiológico-cultural não é estático. Ele, pela própria essência da cultura ocidental, é dialético, aberto e em incessante expansão. Novas demandas tecnológicas, novos fatos, valores geram novas normas, novos direitos, fundamentais ou não, que têm de ser devidamente

guarnecidos pelo Direito. Contudo, é absolutamente imperiosa a necessidade de identificação da *jusfundamentalidade material* de um valor, para que só assim, então, se possa atribuir-lhe especial proteção por meio de sua racionalização na categoria dogmática de direito fundamental.

## Conclusão

Não se está a defender uma fundamentação jusnaturalista da motivação da *jusfundamentalidade* dos direitos fundamentais. Longe disso, entendemos que o que garante essa *jusfundamentalidade* é uma fundamentação material culturalmente condicionada, como aponta Smend.

Uma fundamentação material da *jusfundamentalidade* não necessita – nem mesmo pode – criar um sistema fechado e aprisionado em bens estáticos e apriorísticos advindos de um dogma qualquer, quer religioso, quer racional. A *jusfundamentalidade material* dos direitos fundamentais, na verdade, está em constante movimento de transformação e modulação no processo cultural dialético do Estado de Direito. Não por menos é de se reconhecer a ininterrupta transformação, conhecimento e reconhecimento do rol de direitos fundamentais no caminhar do Estado de Direito rumo a seu destino necessário, que é a consolidação de uma comunidade livre, logo, de uma *liberdade concreta*.

Prova disso são os próprios direitos fundamentais de terceira geração, que surgem em um momento posterior aos direitos de liberdade do Estado Liberal e aos direitos de igualdade do Estado Social. Esse fato não impede que seja absolutamente imperativo reconhecer nesses a aproximação aos parâmetros da *premissa cultural antropológica* do Estado Democrático

de Direito: a Dignidade da Pessoa Humana. Por conseguinte, é inevitável reconhecer sua *jusfundamentalidade material*, independentemente do tratamento enunciativo dado pelos textos constitucionais.

### Sobre o autor

Raoni Macedo Bielschowsky é doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: rmabel@hotmail.com

### Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>25</sup>

NOTES ABOUT THE JUSFUNDAMENTALITY: OR, POINTS ABOUT THE PROBLEM TO CONSIDER ALL RIGHTS AS FUNDAMENTAL

ABSTRACT: This paper has as objective consider about the theoretical basis of jusfundamentality. Therefore, first is observed some common answers about the theoretical buildings to insert a right at de dogmatic category of fundamental right. After that, the text defends the necessity of an axiological-cultural basis, considering the demand to a material and substantive jusfundamentality.

KEYWORDS: JUSFUNDAMENTALITY. SUBSTANTIVE JUSFUNDAMENTALITY. ANTHROPOLOGICAL CULTURAL PREMISE.

### Referências

AGRA, Walber M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

---

<sup>25</sup> Sem revisão do editor.

- BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoria e interpretação de los derechos fundamentales. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- BRUGGER, Winfried; LEAL, Monica Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 28, jul./dez. 2007.
- CANOSA USERA, Raúl. ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, v. 7, p. 15-216, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009a.
- \_\_\_\_\_. Sobre a justificação das restrições aos Direitos Fundamentais. *Revista do CEJ*, [2º semestre 2009], Lisboa, n. 12, 2009b.
- \_\_\_\_\_. *Do que é a república: uma república baseada na dignidade da pessoa humana*. [S.d.]. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/397-446.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4 ed., Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos de bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A luta pelo estado de direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 461

p. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://works.bepress.com/leticia\\_martel/5/](http://works.bepress.com/leticia_martel/5/)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo IV.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Editora Almedina, 2008. v. 1

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional português: identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

ROCKEFELLER, Steven. Comentários. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996a.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 82, p.15-69, 1996b.

\_\_\_\_\_. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *A ideia de Justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en lo estado constitucional democrático. *Revista de Estudios Políticos*, n. 7, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VITALE, Ermanno. ¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima?: Cinco dudas sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

WALDRON, Jeremy. *God, Locke and Equality: Christian Foundations in Locke's Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.