



## DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTATUÍDOS NÃO DIRETAMENTE OU IMPLÍCITOS?

*CONSTITUTIONAL RIGHTS ENSHRINED NOT DIRECTLY OR IMPLICITY?*

---

**Anízio Pires Gavião Filho**

Doutor em Direito (UFRGS). Prof. Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Prof. Coord. PPGD/FMP; Prof. dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da FMP. Procurador de Justiça, RS.

**Luiz Fernando Calil de Freitas**

Doutor em Direito (ROMA TRE - Reconhecimento Universidade Federal de Pernambuco). Prof. de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Procurador de Justiça, RS.

### **Resumo**

Trata-se da discussão em torno das normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente nas disposições de direitos fundamentais. Esse tema diz com a abertura material do catálogo de direitos fundamentais. Normas de direitos fundamentais não são apenas as estatuídas diretamente no texto de uma disposição jurídica de direito fundamental, mas também todas as que podem ser formuladas interpretativamente pelos tribunais a partir de uma disposição jurídica de direito fundamental dada positivamente na constituição. Trata-se da construção de normas de direitos fundamentais a partir do texto das disposições de direitos fundamentais dadas na constituição ou nos tratados internacionais.

**Palavras-chave:** Constituição. Catálogo de direitos fundamentais. Abertura material.

### **Abstract**

It is the discussion of the norms of constitutional rights not directly enshrined in the provisions of constitutional rights. This theme says with the material opening of the catalog of constitutional rights. Norms of constitutional rights are not only those contained directly in the text of a legal provision of constitutional right, but also all those that can be

interpretatively formulated by the courts from a legal provision of constitutional right given positively in the constitution. It is about the construction of constitutional rights norms from the text of the provisions of fundamental rights given in the constitution or international treaties.

**Key-words:** Constitution. Bill of rights. Material opening.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente investigação tem por objeto tratar dos direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou direitos fundamentais associados. Eles costumam ser também designados direitos fundamentais implícitos. Essa formulação tem como ponto de partida a distinção entre normas de direitos fundamentais estatuídas diretamente e normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente. Além disso, ela encontra fundamentação no catálogo materialmente aberto das constituições que contêm disposições de direitos fundamentais, como é o caso da Constituição Federal de 1988.

O que se pretende justificar é que direitos fundamentais não são apenas os estatuídos diretamente, mas também outros que podem ser interpretativamente retirados das disposições de direitos fundamentais na atividade dos tribunais da jurisdição constitucional e infraconstitucional. Isso não significa afirmar que os tribunais criam direitos fundamentais para além do dado na constituição, produzindo novos direitos fundamentais. Cuida-se de tão somente da construção de normas de direitos fundamentais a partir do que já está dado no texto das disposições de direitos fundamentais.

Essa discussão importa porque tem no seu centro exatamente o problema dos limites da atividade dos tribunais na formulação de normas de direitos fundamentais a partir do dado na constituição. É que os tribunais somente podem formular normas de direitos fundamentais com base no que está positivado pelo texto das disposições jurídicas constitucionais. Sob pena de grave risco à democracia e violação da margem de apreciação política do legislador democraticamente legitimado, os tribunais não estão autorizados a criar novos direitos fundamentais, para além do dado nas disposições jurídicas de direitos fundamentais.

A fim de encaminhar a discussão desse tema, o que segue está estruturado nos seguintes pontos. Em primeiro lugar, a discussão busca apresentar o significado de direitos fundamentais como determinação de objetivos estatais e posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Em segundo lugar, cuida-se de

justificar a formulação de que o catálogo de direitos fundamentais dado na Constituição Federal na parte que trata dos direitos fundamentais é materialmente aberto, conforme deixa saber a disposição do art. 5º, 2º, da Constituição Federal de 1988. Na sequência, a discussão é desenvolvida no sentido de verificar o conceito adequado para as normas de direitos fundamentais formuladas a partir das disposições jurídicas de direitos fundamentais, além das normas de direitos fundamentais estatuídas diretamente. Apresentado o conceito de normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente, ao final são apresentadas as condições necessárias para a fundamentação da validade das normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente.

Esta discussão pretende deixar assentado que normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente são as que podem ser formuladas a partir da interpretação do texto das disposições jurídicas de direitos fundamentais, configurando um conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.

## 2. SIGNIFICADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais apresentam um caráter duplo, pois podem ser tomados como determinações de objetivos estatais e como posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Como determinações de objetivos estatais, os direitos fundamentais são “elementos fundamentais da ordem objetiva” (HESSE, 1998, p. 228), o que significa entender a constituição como uma ordenação fundamental. Como posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, os direitos fundamentais configuram direitos subjetivos. Com isso, tem-se uma relação de complementação e fortalecimento entre o significado dos direitos fundamentais como princípios objetivos e o significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. Assim, o significado de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do particular diante das intervenções injustificadas do Estado, corresponde ao seu significado jurídico-objetivo como “determinações de competências negativas” para os poderes estatais. De igual modo, ao significado de direitos fundamentais como direitos subjetivos corresponde ao seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade (HESSE, 1998, p. 239-240).

Além dessa significação jurídico-objetiva como determinações de competências negativas e elementos da ordem jurídica total da coletividade, o caráter de direitos

fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva tem uma importância sobre as tarefas estatais. A partir da vinculação das atividades estatais do Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais, surgem não somente obrigações para o Estado de abster-se de ingerências no âmbito do que eles protegem, como também obrigações de praticar tudo aquilo que servir à realização dos direitos fundamentais, independentemente da configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas (HESSE, 2001, p. 94).

Os direitos fundamentais são posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, configurando direitos subjetivos na medida em que são garantidos por normas jurídicas vinculantes. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais não devem ser entendidos como poderes ou interesses juridicamente protegidos, mas como posições fundamentais jurídicas. O conceito de posição jurídica explicita que o titular do direito fundamental de liberdade encontra-se em uma *posição* frente ao Estado de que sua liberdade não seja violada, restringida ou limitada injustificadamente, seja por meio de ações comissivas ou omissas dos próprios agentes estatais ou de agentes privados não estatais (ALEXY, 1991, p. 163-164). Assim, posições jurídicas são relações jurídicas entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado, constituindo uma espécie da ampla gama de relações jurídicas existentes no Direito (BERNAL PULIDO, 2005, p. 81).

Com isso, pode ser formulado o conceito de direito fundamental como o conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Um direito fundamental como um todo é um feixe de posições fundamentais jurídicas reunidas, por uma disposição de direito fundamental, em um direito fundamental. O que reúne as diferentes posições fundamentais jurídicas em um direito fundamental como um todo é sua associação a uma disposição de direito fundamental, pois às posições fundamentais jurídicas correspondem sempre as normas que as conferem (ALEXY, 1991, p. 224). Há uma relação de implicação necessária entre as normas de direitos fundamentais e as posições fundamentais jurídicas. Sempre que se coloca a existência de uma posição fundamental jurídica se coloca também, implicitamente, a validade da norma que a estabelece (BERNAL PULIDO, 2005, p. 84). Segundo Alexy (1991, p. 227-228), quatro formulações podem ser designadas de direito fundamental como um todo: 1) um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas; 2) um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas, incluídas as relações entre elas existentes; 3) um feixe de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*; e 4) um feixe

de posições fundamentais definitivas e *prima facie*, incluídas as relações entre elas existentes.

Com base nessas formulações, pode ser afirmado que os direitos fundamentais representam os valores supremos de uma determinada sociedade historicamente situada, que condicionam a atuação estatal à consecução dos fins e objetivos implicados nesses valores mesmos. E assim, os direitos fundamentais possibilitam aos indivíduos encontrar e exercitar os valores supremos de sua comunidade no momento histórico de sua existência, assegurando-lhes o *status* de livres. Os direitos fundamentais, assim compreendidos, qualificam-se como elementos constitutivos não apenas do âmbito constitucional, mas também da totalidade do ordenamento, na exata medida em que proporcionam sua reconstrução permanente através do exercício individual da liberdade de todos e de cada um (HÄBERLE, 1993, p. 39). Partindo-se desse ponto, os direitos fundamentais são o fundamento da ordem jurídica considerada em sua dupla dimensão: objetiva e subjetiva, nisso residindo o caráter essencial de sua fundamentalidade.

### 3. CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ABERTURA MATERIAL

A questão sobre catálogo de direitos fundamentais diz com a determinação dos direitos fundamentais positivados em uma constituição. A positivação de um catálogo de direitos fundamentais em uma constituição significa que somente são direitos fundamentais os expressamente previstos nas disposições jurídicas localizadas dentro desse catálogo? E qual é o significado de uma disposição jurídica que diz que os direitos previstos expressamente na constituição não excluem outros? Se o catálogo de direitos fundamentais é aberto e não *numerus clausulus*, então pode ser perguntado quais são os limites da atividade jurisdicional, que tem competência para interpretar a constituição e determinar quais são os seus direitos fundamentais. Igualmente, pode ser colocada a questão sobre os critérios da atividade jurisdicional para reconhecer outros direitos fundamentais para além dos expressamente previstos na constituição. E por fim, pode ser investigado se quando uma constituição diz que a previsão expressa de direito fundamentais não exclui “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais”, o significado é que somente podem ser reconhecidos esses outros direitos fundamentais ou também quaisquer outros?

A experiência dos Estados de direito constitucionais democráticos a partir do pós-

guerra revelou a difusão de constituições com catálogos de direitos fundamentais. O modelo constitucional brasileiro seguiu nesse sentido ao formular um catálogo de direitos fundamentais nas disposições jurídicas dos arts. 5º a 17, da Constituição Federal de 1988. Nesse catálogo estão reunidos os mais diversos tipos de direitos fundamentais, como os direitos de liberdade, as competências e os direitos a algo (prestações positivas, negativas, fáticas e normativas). Esses seriam, então, os direitos fundamentais diretamente estatuídos, expressamente previstos nas disposições jurídicas de direitos fundamentais. Mas, além desses, outras disposições jurídicas dadas em outros lugares na Constituição Federal de 1988 deixam formular normas jurídicas de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, do direito fundamental à liberdade de iniciativa econômica do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, e do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do art. 225, *caput*, da Constituição Federal. Igualmente, cuida-se de normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas, porque dadas em disposições jurídicas constitucionais que reconhecem expressamente posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.

Mas questão aberta é a que diz sobre o reconhecimento de normas de direitos fundamentais não diretamente estatuídas, para além das direta ou expressamente estatuídas nas disposições jurídicas constitucionais. Essa questão pergunta sobre a existência de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* cuja validade é fundamentada em normas de direitos fundamentais não direta ou expressamente estatuídas em disposições de direitos fundamentais positivadas no texto constitucional.

A disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, diz que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, bem como estabelecidos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. Essa disposição tem origem na história das Constituições brasileiras, notadamente a partir da disposição do art. 78 Constituição de 1891, cujo texto dizia que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”<sup>1</sup>. Essa formulação tem

---

<sup>1</sup> Disposições jurídicas nesse mesmo sentido foram dadas nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e na Emenda 1 de 1969 (SARLET, 2001, p. 83). Segundo Bonavides e Andrade (2006, p. 259), a disposição do art. 78 da Constituição de 1891 é uma expressão “liberal de garantia dos direitos da pessoa humana”, abrindo espaço para o “exercício jurisdicional de proteção das liberdades fundamentais”.

inspiração na IX Emenda da Constituição do Estados Unidos da América de 1791<sup>2</sup>, influenciando igualmente vários outros países na América Latina<sup>3</sup>. A disposição constitucional norte americana diz que a enumeração de direitos na constituição não deve ser interpretada no sentido de negar ou prejudicar outros direitos do povo<sup>4</sup>.

Ao interpretar essa disposição, Tribe (2008, p. 79-80) afirma que o povo norte-americano tem direitos para além dos estabelecidos no texto da Constituição dos Estados Unidos da América. Em outras palavras, o povo tem outros direitos além dos expressamente estatuídos na Constituição. Diferentemente de entender-se essa disposição como um mero borrão de tinta (*inkblots*), cuida-se de expressa abertura material da Constituição a fim de que possam ser reconhecidos outros direitos além dos enumerados no texto constitucional. Isso implica recusar a constituição como um corpo autocontido e que a noção de que se trata de um texto completo em si mesmo é uma grande ilusão (TRIBE, 2008, p. 81).

Nesse mesmo sentido, então, a disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, deixa formulada uma cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais. Assim, para além dos direitos fundamentais diretamente estatuídos e positivados no catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional, existem outros que igualmente integram o “corpo fundamental da Constituição”, mesmo “não constando do catálogo” (SARLET, 2001, p. 84). Esses direitos estatuídos não diretamente e positivados no texto constitucional configuram algo como uma constituição invisível. No texto da disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, está formulado “direitos e garantias expressos” e “que não excluem outros”. Estes, então, constituem os direitos fundamentais estatuídos não diretamente, direitos fundamentais implícitos ou direitos fundamentais não típicos (MIRANDA, 2000, p. 162).

Essas formulações guardam relação com os sentidos formal e material dos direitos fundamentais. Nesse sentido, eles correspondentes à constituição em sentido formal e constituição em sentido material. Direitos fundamentais em sentido formal são posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* reconhecidas pela simples posituação nas disposições jurídicas do texto constitucional positivado. Em sentido

---

<sup>2</sup> A Constituição de 1891, por obra de Rui Barbosa, teve suas formulações fortemente influenciadas pelo modelo constitucional dos Estados Unidos da América (ZANETTI JR. 2014, p. 16-17). A IX Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América é a “primeira e mais importante das cláusulas abertas” tendo igualmente influenciado a disposição do art. 4º da Constituição de Portugal de 1911, culminando com a disposição do art. 16, frase 1, da Constituição de Portugal de 1976 (MIRANDA, 2001, p. 163),

<sup>3</sup> Assim, por exemplo, Constituições da Argentina (art. 33), Peru (art. 4), Guatemala (art. 44) (SARLET, 2001, p. 84).

<sup>4</sup> A versão original diz: *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*

formal, direitos fundamentais são o que o “direito vigente qualifica de direitos fundamentais” (HESSE, 1998, p. 225). Isso significa que essas posições fundamentais jurídicas vinculam juridicamente, conforme diz a disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e não podem ser suprimidas pelo poder reformador, como deixa saber, por exemplo, a disposição do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988. Direitos fundamentais em sentido material são posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* reconhecidas a partir da fundamentalidade de seus conteúdos para a própria configuração do Estado de direito constitucional democrático – vida, dignidade humana, liberdade e igualdade. Assim, direitos fundamentais em sentido material são aqueles que por seu conteúdo e importância podem ser identificados aos direitos fundamentais em sentido formal (HESSE, 1998, p. 225). Então, posições fundamentais jurídicas definitivas e *primas facie* podem ser reconhecidas tanto a partir de normas de direitos fundamentais formal e materialmente fundamentais ou apenas materialmente fundamentais. Essa formulação autoriza a de que existem direitos fundamentais materialmente fundamentados, independentemente de previsão expressa no catálogo da Constituição ou mesmo fora dele. Com base nisso, Sarlet (2009, p. 80) deixa saber que pode ser falado em direitos fundamentais formal e materialmente fundamentais, que são os positivados no texto constitucional, e direitos fundamentais apenas materialmente fundamentais. A questão que pode ser colocada a respeito dessa formulação é saber qual é o fundamento jurídico para justificar a validade dessas normas de direitos apenas materialmente fundamentais. Em outras palavras, a pergunta que deve ser respondida é sobre o que fundamenta a validade jurídica dessas normas de direitos apenas materialmente fundamentais. Em princípio, duas respostas podem ser formuladas. Uma diz que a fundamentação das normas de direitos apenas materialmente fundamentais vem de fora da ordem jurídica dada no direito positivo, assentada nos direitos naturais nos moldes da teoria dos direitos naturais. Outra deixa formulado que a fundamentação das normas de direitos apenas materialmente fundamentais vem da interpretação que os tribunais produzem das disposições jurídicas constitucionais do direito positivo. Mas, nesse caso, pode ser controvertido se efetivamente essas normas são normas de direitos apenas materialmente fundamentais.

Então, a questão central a partir da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, no sentido de que podem ser reconhecidas posições fundamentais



jurídicas definitivas e *prima facie* para além das positivadas nas normas jurídicas de direitos fundamentais dadas no texto constitucional, diz exatamente com o conceito, a determinação e a identificação desses direitos fundamentais. No que consiste a fundamentalidade material dos direitos fundamentais? Quais são esses outros direitos, que não estão no catálogo de direitos fundamentais e tampouco em outras partes do texto constitucional, mas que são igualmente direitos fundamentais? E, ainda pode ser perguntado sobre as fontes e os critérios metodológicos para a justificação da fundamentalidade desses direitos.

### 3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ESCRITOS, NÃO TÍPICOS, DECORRENTES, IMPLÍCITOS, ANÁLOGOS OU EQUIPARADOS

Os conceitos de direitos fundamentais não escritos, não típicos, decorrentes, implícitos, análogos ou equiparados são correntes para cuidar da significação da abertura material do catálogo de direito fundamentais<sup>5</sup>.

Nesse sentido, Silva (2000, p. 197) refere-se a “direitos individuais expressos”, que são os “explicitamente enunciados”; “direitos individuais implícitos”, que são os “subentendidos nas regras de garantia, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos dos direitos à vida, o direito à atuação geral” e “direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais”, assim entendidos aqueles “nem explícita nem implicitamente enumerados”, cuja fonte poderia ser o “regime adotado”.

Em formulação diversa, Sarlet (2009, p. 87) sustenta a existência de “dois grandes grupos de direitos fundamentais”, sendo um o dos direitos fundamentais “expressamente positivados (escritos), no sentido de positivados” e outro o dos direitos fundamentais “não-escritos”, assim considerados “aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional)”. No primeiro grupo, estão os direitos fundamentais expressamente positivados no catálogo de direitos fundamentais, os direitos fundamentais expressamente positivados em outras partes do texto constitucional e os direitos fundamentais expressamente positivados nos tratados internacionais. No segundo grupo, estão os “direitos fundamentais implícitos”, assim entendidas as “posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” e os direitos fundamentais “decorrentes do regime e dos princípios”.

<sup>5</sup> Nesse sentido, ver Silva (2000, p. 197); Sarlet (2009, p. 85); Hesse (1998, p. 225); Pieroth; Schlink (2012, p. 58); Miranda (2000, p. 11); Canotilho (2003, p. 404); Pino (2010, p. 103).

A partir da Lei Fundamental da Alemanha, Pieroth e Schlink (2012, p. 58) distinguem direitos fundamentais e “direitos equiparados a direitos fundamentais”. Os direitos fundamentais são os expressamente positivados nos arts. 1º a 19 da Lei Fundamental da Alemanha, bem com os do art. 39, número 1, alínea 4a, da Lei Fundamental da Alemanha. Ao lado desses, então, estão os direitos equiparados aos direitos fundamentais, que são os direitos que “pela sua estrutura e pela sua histórica”, equiparam-se aos direitos fundamentais dos arts. 1º e 19, do Capítulo I, da Lei Fundamental da Alemanha. É o caso dos direitos contidos nos arts. 20, número 4 (direito de resistência), 33 (igualdade de direitos civis – serviço público), 38 (direitos políticos), 103 (direitos do acusado) e 104 (garantias do preso), todos eles amparados por reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), conforme o art. 93, número I, alínea 4a, da Lei Fundamental da Alemanha. Por isso, então, esses direitos são “entendidos como direitos fundamentais” (HESSE, 1998, p. 225).

Por seu turno, ao comentar os art. 16 e 17 da Constituição de Portugal, Canotilho (2003, p. 404), distingue entre direitos fundamentais formalmente constitucionais, assim entendidos os “enunciados e protegidos” por “normas com valor constitucional formal (normas que têm forma constitucional)” e direitos materialmente fundamentais, que são outros direitos fundamentais constantes de leis e de regras aplicáveis de direito internacional. Esses direitos não têm assento constitucional, mas apresentam “dignidade suficiente para serem considerados fundamentais”. São direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais porque têm objeto e importância equiparáveis aos direitos fundamentais formalmente constitucionais. Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são os direitos constantes do catálogo de direitos fundamentais e os “direitos fundamentais dispersos”, assim entendidos os direitos fundamentais fora do catálogo dos direitos fundamentais, mas de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias expressamente positivados na Parte I da Constituição de Portugal. Esses direitos, embora não constantes do catálogo de direitos fundamentais, “beneficiam-se de regime constitucional idêntico” (CANOTILHO, 2003, p. 405).

Embora a Constituição da Itália não tenha disposição jurídica sobre o reconhecimento de outros direitos fundamentais, além dos constantes no catálogo de direitos fundamentais expressamente positivados, Pino (2010, 103) distingue entre direitos fundamentais explícitos e direitos fundamentais implícitos. Os direitos fundamentais explícitos são os expressamente positivados no texto da constituição e

os direitos fundamentais implícitos são aqueles que podem ser formulados com base na dignidade da pessoa humana, a partir das disposições dos arts. 2º e 3º, da Constituição da Itália<sup>6</sup>. A partir disso, distingue três tipos de direitos fundamentais implícitos.

O primeiro tipo correspondente ao direito fundamental implícito formulado a partir do movimento que vai do genérico para o específico, designado como “do alto para baixo” (*dall’alto verso il baso*), quando é o caso de um direito fundamental mais genérico que induz a existência de um direito fundamental mais específico que pode, em determinadas circunstâncias, ser considerado como um modo melhor de realizar aquele mais genérico – seja como resposta a certas agressões àquele mais genérico, ou como modos específicos de exercício do direito fundamental mais genérico. O direito fundamental ao consentimento informado é um direito fundamental específico em relação ao direito fundamental genérico à saúde, conforme reconhecido na Sentença 438 do Tribunal Constitucional da Itália (PINO, 2012, p. 104). O segundo tipo corresponde ao direito fundamental implícito formulado por derivação (*derivazione*) de fonte diversa do texto constitucional, como é o caso de lei ordinária. Assim, por exemplo, o direito fundamental de retificar dados pessoais ou notícias publicadas nos meios de comunicação, tratados em lei ordinária, reconhecido como direito fundamental à identidade pessoal na Sentença 225 do Tribunal Constitucional da Itália (PINO, 2012, p. 105-106)<sup>7</sup>. O terceiro tipo corresponde ao direito fundamental implícito formulado “de baixo para cima” (*dal basso verso l’alto*), que é caso em que a partir de vários direitos fundamentais explícitos ou implícitos é individuado posteriormente um direito fundamental implícito mais genérico que melhor se apresenta como fundamentação daqueles que lhe são anteriores, sendo seu pressuposto. O direito fundamental à informação é direito fundamental implícito e pressuposto lógico do direito fundamental explícito da liberdade de manifestação do pensamento, expressamente positivado na disposição de direito fundamental do art. 21 da

---

<sup>6</sup> A primeira diz que a “República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social” e a segunda diz que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais” e que “cabe à República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País”.

<sup>7</sup> O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a licença maternidade contemplada no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante (STF, REExt. 778889, j. 29/07/2016).

Constituição da Itália (PINO, 2012, p. 108)<sup>8</sup>.

A questão que pode ser formulada é se esses conceitos são precisos, fazem sentido e são adequados ao dado na disposição jurídica do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

### 3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTABELECIDOS NÃO DIRETAMENTE

Uso dos conceitos de direitos fundamentais não escritos, direitos fundamentais implícitos, direitos fundamentais não típicos, direitos fundamentais decorrentes, direitos fundamentais equiparados e de direitos fundamentais análogos somente deve ser admitido mediante precisões. Os conceitos de direitos fundamentais não escritos e de direitos fundamentais implícitos dizem pouco. O conceito de direitos fundamentais não típicos somente serve apenas para indicar os direitos fundamentais que estão fora do catálogo de direitos fundamentais de uma constituição. O conceito de direitos fundamentais decorrentes nada acrescenta. Os conceitos de direitos de direitos fundamentais equiparados e de direitos fundamentais análogos somente têm significado na Alemanha e Portugal<sup>9</sup>.

Essa formulação pressupõe aceitar a distinção entre texto, disposição jurídica (enunciado ou proposição normativa) de direito fundamental, norma jurídica de direito fundamental, posição fundamental jurídica de direito fundamental e direito fundamental como um conjunto de posições fundamentais jurídicas reunidas em uma disposição jurídica de direito fundamental.

O conceito semântico de norma de direito fundamental diz que norma de direito fundamental é o significado atribuído ao conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição jurídica de direito fundamental (ALEXY, 1991, p. 54). Uma disposição jurídica de direito fundamental é o texto expressamente positivado. Norma de direito fundamental é sempre o resultado de uma atividade interpretativa de atribuição de

---

<sup>8</sup> No contexto brasileiro, pode-se exemplificar a hipótese em questão relativa ao direito fundamental à forma de governo republicana, que se constitui em garantia institucional, mais genérico, do qual decorrem os mais específicos direitos fundamentais ao concurso público, conforme disposição do art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, combinado com art. 37, I e II, da Constituição Federal. Do mesmo, o direito fundamental à licitação pública, conforme disposição do art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, combinado com o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Nos dois casos, a Constituição Federal deixa formular norma de direito fundamental a postular cargo, emprego ou função pública mediante concurso público e a contratar com a administração pública mediante licitação pública, uma vez que no texto constitucional o que vem expresso é o dever estatal de realizar em procedimento público que assegure igualdade de condições tanto a quem deseje acessar um posto na estrutura estatal, quanto a quem pretenda contratar com órgão estatal. Cuida-se, de direitos fundamentais “decorrentes” do princípio republicano.

<sup>9</sup> Sobre o reconhecimento de direitos fundamentais análogos com base na disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ver Sarlet (2009, p. 91).

sentido realizada pelo intérprete na aplicação do Direito. Uma mesma norma de direito fundamental pode ser dada por intermédio de diferentes disposições jurídicas de direito fundamental. Por seu lado, uma mesma disposição jurídica de direito fundamental pode autorizar a formulação de várias normas de direitos fundamentais.

O elevado grau de indeterminação normativa das disposições de direitos fundamentais autoriza que de uma mesma disposição jurídica de direito fundamental possa ser retirada a norma de direito fundamento estatuída diretamente e tantas outras quantas lhe possam ser associadas<sup>10</sup>, que são então as normas de direitos fundamentais estatuídas indiretamente. As normas de direitos fundamentais não são apenas aquelas diretamente expressadas pelas disposições de direitos fundamentais, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura semântica das expressões integrantes da disposição jurídica de direito fundamental (ALEXY, 1991, p. 58).

Por isso mesmo, a formulação de que existem direitos fundamentais não escritos é problemática. O conceito de direitos fundamentais não escritos somente tem significado se admitida a fundamentação dos direitos fundamentais apenas em direitos naturais, independentemente do dado no Direito positivo. Essa poderia ser uma das interpretações da IX Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que deixa formular que o povo tem outros direitos além dos enumerados na Constituição (MIRANDA, 2000, p. 12). Esses outros direitos seriam, então, os direitos naturais. Segundo Kelsen (2006, p. 266), os fundadores da Constituição dos Estados Unidos (*Fathers of the American Constitution*) acreditavam em certos direitos naturais, existentes independentemente de positivação na ordem jurídica, que deveriam ser protegidos e respeitados em quaisquer circunstâncias<sup>11</sup>.

Mas, diferentemente disso, normas de direitos fundamentais e, assim, posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, somente podem ser formuladas a partir

---

<sup>10</sup> Aqui, fica adotada a denominação norma de direito fundamental associada para a tradução de *zugeordnete Grundrechte* (ALEXY, 1991, p. 57). Outras denominações são: norma de direito fundamental adstrita, atribuída ou derivativa (LUDWIG, 2015, p. 180). A escolha de associação está justificada porque, além de destacar a ideia de pertencimento, melhor representa agregação entre uma coisa e outra (LUDWIG, 2014, p. 39).

<sup>11</sup> Contudo, Kelsen (2006, p. 267) deixa saber que sob o “ponto de visto jurídico” o significado da disposição constitucional norte americana é que os órgãos estatais, notadamente os tribunais, podem reconhecer direitos que não estão no texto, mas estão garantidos indiretamente, pois reconhecidos com autorização da constituição. Esses direitos, uma vez reconhecidos, não são mais direitos naturais e sim direitos positivos reconhecidos e aplicados com base na constituição. O problema dessa formulação é que não é dado a conhecer o que autoriza os tribunais a reconhecerem direitos além dos enumerados na constituição. Sob o ponto de vista jurídico, nada é dito sobre a questão da fundamentação desses direitos a partir da constituição.

do texto de disposições jurídicas de direitos fundamentais dadas no catálogo de direitos fundamentais, fora do catálogo de direitos fundamentais e nos tratados internacionais firmados.

A disposição jurídica do art. 5º § 2º, da Constituição Federal de 1988, diz que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como estabelecidos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. Então, os direitos fundamentais são os expressos no texto das disposições jurídicas onde quer que elas se encontrem, dentro ou fora do catálogo de direitos fundamentais. Quando o texto da disposição jurídica do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, traz a formulação “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, nada muda, pois esses outros direitos fundamentais são os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Esses direitos fundamentais são somente os decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição. Uma constituição escrita somente adota regime e princípios por meio de disposições jurídicas escritas positivadas expressamente em seu próprio texto. Quais são os direitos fundamentais que podem ser formulados com base nessas disposições jurídicas constitucionais que se referem ao regime e aos princípios adotados pela Constituição é um assunto de interpretação e, portanto, de atribuição de significado ao texto constitucional positivado.

Os direitos fundamentais e os direitos equiparados a direitos fundamentais da Lei Fundamental da Alemanha somente deixam-se formular a partir das disposições jurídicas positivadas na Lei Fundamental de 1949. Direitos fundamentais são os constantes do catálogo de direitos fundamentais e os direitos formulados a partir das disposições jurídicas dos arts. 20, número 4, 33, 38, 103 e 104, que são garantidos por reclamação constitucional, conforme art. 93, número I, alínea 4a, da Lei Fundamental da Alemanha. Ao lado desses positivados na Lei Fundamental, estão os direitos fundamentais positivados nas disposições jurídicas da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950, muito embora a coincidência em grande medida entre eles (HESSE, 1991, p. 226-227). O que isso significa é não existem outros direitos fundamentais que não os positivados nas disposições jurídicas da Lei Fundamental e da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950.

É certo que Canotilho (2003, p. 404) fala em “direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais” que são “equiparáveis pelo seu objeto e importância aos

diversos tipos de direitos formalmente fundamentais” e Miranda (2000, p. 12) refere que a “enumeração constitucional, em vez de restringir, abre para outros direitos – já existentes ou não – que não ficam à mercê do poder político”. Contudo, essas formulações devem ser entendidas a partir do texto das disposições jurídicas dos arts. 16, número 1, e 17, da Constituição de Portugal. A primeira diz que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes de leis e das regras de direito internacional”. A segunda diz que “o regime dos direitos, liberdade e garantias” se aplica aos “direitos fundamentais de natureza análoga”. A respeito, Miranda (2000, p. 11) destaca que “há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais”. Por seu lado, Canotilho fala em direitos fundamentais dispersos, que se acham localizados fora do catálogo e alguns deles são de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. O significado disso é que são direitos fundamentais os enumerados no catálogo de direito fundamentais da Constituição de Portugal e os direitos fundamentais dispersos análogos aos direitos, liberdades e garantias, ambos com assento constitucional. Igualmente são direitos fundamentais assim reconhecidos nas disposições jurídicas da lei ordinária e dos tratados internacionais. Com isso, então, normas jurídicas de direito fundamental somente podem ser justificadas validamente a partir de disposições jurídicas da Constituição de Portugal e do Direito ordinário interno e externo.

A formulação de que existem direitos fundamentais implícitos não é precisa. A designação de direitos fundamentais implícitos pressupõe a formulação de que existem direitos fundamentais implícitos que são desvelados, revelados ou descobertos em algum momento. O conceito de direitos fundamentais implícitos despreza as formulações da hermenêutica filosófica, notadamente a de que interpretação é atribuição de significado ao texto interpretado, atividade criativa do intérprete. A contribuição da hermenêutica filosófica de Gadamer (1990, p. 336) é decisiva ao tornar central o horizonte presente do intérprete e a sua pré-compreensão no momento do ato hermenêutico. O texto jurídico pode ser o mesmo, mas se outro o momento hermenêutico, novos significados ou sentidos lhe podem ser atribuídos, conforme novas valorações culturais, sociais ou políticas – novo horizonte. O ato hermenêutico é também conhecer, interpretar e aplicar simultaneamente. A interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão de algo. Compreender é já interpretar e, por isso, interpretação é uma forma de compreensão de algo (GADAMER, 1990, p. 312).

Deve-se reconhecer a aplicação como integrante de toda a compreensão. Desse modo, na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. É que compreender é sempre já aplicar e a tarefa da interpretação é a concretização da lei (GADAMER, 1990, p. 413-414).

Assim, uma disposição jurídica de direito fundamental é apenas um texto, conjunto de símbolos linguísticos passível de atribuição de significado. Uma norma de direito fundamental é o resultado da atividade criativa de atribuição de significado do texto dado em uma disposição jurídica de direito fundamental. Se existem direitos fundamentais implícitos, muito poucos são os direitos fundamentais explícitos e muitos são os direitos fundamentais implícitos. Então, muitas seriam as posições fundamentais jurídicas definitivas implícitas e poucas as explícitas. Normas de direitos fundamentais e posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* são todas quantas podem ser formuladas e validamente justificadas com base no texto positivado nas disposições jurídicas de direitos fundamentais. Quando Silva (2000, p. 197) refere-se a “direitos individuais implícitos” como aqueles “subentendidos nas regras de garantia, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito de atuação geral”, ignora a distinção entre disposição jurídica de direito fundamental, norma jurídica de direito fundamental e posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, as últimas formuladas a partir da atividade criativa da interpretação jurídica. As normas jurídicas e as posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* não estão implícitas para serem descobertas, relevadas ou desveladas. As normas jurídicas e as posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* são apenas formuladas pela atividade criativa do intérprete a partir do texto das disposições jurídicas de direitos fundamentais. Isso fica ainda mais evidente quanto aos três casos de direitos fundamentais implícitos reconhecidos por Pino (2012, p. 104) a partir das disposições dos arts. 2 e 3º, da Constituição da Itália, que se referem à dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade. Dessas duas disposições jurídicas de direitos de fundamentais podem ser formuladas tantas normas de direitos fundamentais quantas admitidas interpretativamente, conforme o argumento linguístico<sup>12</sup>, observado os limites do âmbito de proteção autorizado pelo texto constitucional.

Igualmente, o conceito de direitos fundamentais decorrentes do regime, dos princípios e dos tratados internacionais incorre nos mesmos defeitos. Não se trata de

<sup>12</sup> Sobre o argumento linguístico, ver Gavião Filho (2010, p. 184).



direitos fundamentais implícitos ou decorrentes, mas de normas de direitos fundamentais que autorizam a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* a partir de disposições jurídicas de direitos fundamentais dadas no texto da Constituição ou em tratados internacionais. O próprio texto da disposição do art. 5º § 2º, da Constituição Federal de 1988, refere-se a outros direitos decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição “adotados”. É o caso da disposição do art. 1º, III, da Constituição Federal, que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana. As normas e as posições jurídicas definitivas e *prima facie* que o texto dessa disposição jurídica constitucional autoriza formular são normas e posições fundamentais jurídicas de direitos fundamentais.

As disposições de direitos fundamentais são ricas em indeterminações normativas, que se caracterizam pela pluralidade de significados normativos. Cuida-se de uma indeterminação normativa sempre que de uma disposição jurídica não se pode retirar de maneira exaustiva o conjunto total de seu significado normativo (BIX, 1993, p. 65).

A indeterminação normativa pode ser semântica, sintática, estrutural ou pragmática (BERNAL PULIDO, 2005, p. 102). A indeterminação semântica resulta da ambiguidade, vagueza e abertura valorativa das expressões ou termos de uma disposição de direito fundamental. Uma expressão é ambígua quando seu significado pode ser estabelecido a partir da aplicação de diferentes regras semânticas, o que é corrente nas disposições de direitos fundamentais lidas a partir de uma pluralidade de concepções de mundo, de justiça e de variadas convicções políticas e ideológicas existentes na sociedade. Uma expressão é vaga quando não resulta evidente o enquadramento de certa situação da vida concreta à hipótese normativa abstrata dada, conforme uma determinada interpretação. Uma expressão é valorativa quando emprega termos como bom, dignidade, adequado ou razoável, que exigem a formulação de juízos de valor do intérprete. A indeterminação sintática resulta das incertezas provocadas pelas relações entre as expressões que compõem a disposição de direito fundamental. A indeterminação estrutural surge quando da disposição de direito fundamental podem ser retiradas normas que podem ser cumpridas por meio de diferentes modos. É o caso quando a disposição jurídica de direito fundamental não permite formular apenas uma conduta como devida deonticamente. As propriedades estruturais das disposições jurídicas de direitos fundamentais são normalmente não expressamente estatuídas (BOROWSKI, 2007, p. 115). A indeterminação pragmática

ocorre quando não há certeza em relação ao tipo de ato de fala que representa, deixando de explicitar se o caso é de uma proibição, ordenação, permissão, programa, objetivo, afirmação ou desejo, como é o caso das disposições jurídicas de direitos fundamentais que estabelecem programas ou determinações de objetivos estatais (BERNAL PULIDO, 2005, p. 106).

Essa indeterminação normativa das disposições de direitos fundamentais leva à distinção entre normas de direitos fundamentais estatuídas diretamente e normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente ou normas de direitos fundamentais associadas. Sobre isso, Bernal Pulido afirma que nenhuma disposição de direito fundamental, por mais específica que pareça, permite conhecer *a priori* todas e cada uma das normas de direitos fundamentais estatuídas direta ou não diretamente (BERNAL PULIDO, 2005, p. 99-100).

A norma de direito fundamental estatuída diretamente resulta de uma tradução literal, automática e direta, em termos prescritivos de uma disposição jurídica de direito fundamental. Assim, a norma de direito fundamental diretamente estatuída é a tradução da disposição de direito fundamental para o âmbito do normativo, com base nos argumentos linguísticos semânticos, no sentido de atribuição do significado mais óbvio do texto a partir do uso corrente da linguagem, ordinário ou especializado, conforme o caso. A norma de direito fundamental estatuída não diretamente ou associada forma parte *prima facie* do conceito semântico ou do âmbito normativo das disposições de direitos fundamentais.

Essas normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente são estabelecidas com validade *prima facie* decorrente da validade das disposições de direitos fundamentais e adquirem a validade definitiva no momento da concretização. Não se cuida da criação de uma nova norma, mas de uma afirmação sobre a interpretação de norma no sentido de que se deve atribuir validade definitiva a uma norma associada ao âmbito normativo de uma disposição de direito fundamental (BERNAL PULIDO, 2005, p. 116). Apenas, pode-se aceitar o caráter novo da norma de direito fundamental estatuída não diretamente ou associada com alguma semelhança com a formulação de Kelsen de que decisão judicial cria a norma individual do caso concreto e, portanto, cria direito (KELSEN, 1960, p. 242). Segundo Ludwig (2015, p. 208-209), a diferença está em que a norma de direito fundamental estatuída não diretamente ou associada, resultante da ponderação no caso concreto, estabelecendo algo como devido, tem caráter universal. Cuida-se, portanto, de “norma nova e

universal” (LUDWIG, 2014, p. 208). Mas, não deve ser esquecido que se trata de uma norma de direito fundamental estatuída não diretamente, que é formulada a partir do texto uma disposição jurídica de direito fundamental de direito positivo. E a sua formulação pela atividade criativa do intérprete somente está autorizada se o texto admite no âmbito de sua franja marginal (LARENZ, 1991, p. 334). O limite da atividade do intérprete é o texto da disposição de jurídica de direito fundamental. Então, o intérprete somente atribuir um dos seus significados possíveis, o que significa que somente podem ser formuladas normas de direitos fundamentais permitidas pelo texto da disposição jurídica de direito fundamental positivada.

Há uma relação de fundamentação entre as normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas e as normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente ou associadas. Essas são necessárias quando a norma de direito fundamental diretamente estatuída por intermédio do texto deve ser aplicada a casos concretos. A relação de fundamentação está em que a norma diretamente estatuída é razão das normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente ou associadas.

O mais importante protagonista da interpretação das disposições de direitos fundamentais é a jurisdição constitucional e é quem deve suportar a carga da fundamentação correta da validade definitiva das normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente ou associadas às disposições de direitos fundamentais. A afirmação de uma norma de direito fundamental estatuída não diretamente ou associada deve ser sustentada por um conjunto de razões apresentadas a partir de argumentos apoiadores da concretização da disposição de direito fundamental. Não se trata apenas de um dever de fundamentação, mas de um dever de fundamentação correta, pois, sob pena de cair em uma contradição performativa, toda a decisão jurisdicional coloca uma pretensão de correção e, assim, uma fundamentação correta. Com isso, fica colocada a conexão entre direitos fundamentais e argumentação racional (LUDWIG, 2015, p. 182).

### 3.3. FUNDAMENTAÇÃO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTATUÍDAS NÃO DIRETAMENTE

As normas de direitos fundamentais formuladas a partir das disposições de direitos fundamentais positivadas no texto da Constituição são normas de direitos fundamentais estatuídas diretamente e estatuídas não diretamente. As disposições de

direitos fundamentais, que autorizam normas de direitos fundamentais e posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, estão positivadas no catálogo de direitos fundamentais e em outras partes do texto da Constituição. Nesse sentido, a disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, refere-se a “direitos e garantias expressos nesta Constituição”. Assim, então, as disposições dos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, que enumeram os direitos sociais e os direitos sociais dos trabalhadores. Igualmente, as disposições jurídicas constitucionais que se referem aos direitos políticos. Do mesmo modo, as disposições jurídicas constitucionais que se encontram distribuídas em outras partes do texto constitucional, como as dadas nos arts. 170, 193, 196, 205, 225, 226 e 227, entre outras, da Constituição Federal. Essas disposições jurídicas constitucionais de direitos fundamentais deixam formular normas de direitos fundamentais, tanto aquelas estatuídas diretamente como aquelas estatuídas não diretamente. Igualmente, normas de direitos fundamentais estatuídas direta e não diretamente podem ser formuladas a partir de disposições jurídicas de direitos fundamentais dadas em tratados internacionais, aqui entendidos em sentido amplo, para abarcar qualquer acordo formal entre sujeitos de direito público (declarações, pactos, convenções, etc.) (SARLET, 2009, p. 119), independentemente de qualquer procedimento formal de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. A recepção automática de tratado internacional quanto a disposições jurídicas de direitos humanos encontra justificação no próprio texto da disposição jurídica do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que refere “tratados internacionais” de que o Brasil “seja parte”, não condicionado a outra exigência<sup>13</sup>.

Mas existem outras disposições jurídicas constitucionais que autorizam formular normas de direitos fundamentais estatuídas diretamente e estatuídas não diretamente. É o caso das disposições jurídicas constitucionais dos arts. 1º a 4º da Constituição Federal, que se referem aos designados “princípios fundamentais”. Essas disposições jurídicas autorizam formular mais normas de direitos fundamentais estatuídas indiretamente do que as estatuídas diretamente. Elas autorizam formular normas de direitos fundamentais tanto em sentido formal como em sentido material, mas o sentido material é mais evidente e o sentido formal não. O sentido formal das normas de direitos fundamentais, que podem ser formuladas a partir das disposições dos arts. 1 a 4º da Constituição Federal, está na positividade de uma disposição jurídica

---

<sup>13</sup> A respeito das divergências sobre a necessidade ou não de ratificação dos tratados internacionais para incorporação das disposições jurídicas de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, ver Sarlet (2009, p. 121-122).

constitucional cujo seu texto autoriza uma interpretação justificadora da validade de uma norma de direito fundamental. A palavra “direitos” está apenas na disposição do art. 4º, II, da Constituição Federal. O sentido material das normas de direitos fundamentais está na fundamentação de validade de tantas quantas forem as posições jurídicas definitivas e *prima facie* que podem ser retiradas dessas disposições jurídicas. Assim, por exemplo, tantas quantas puderem ser formuladas interpretativamente de textos como “Estado democrático de direito”; “soberania”; “cidadania”; “dignidade humana”; “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; “pluralismo jurídico”; “sociedade livre, justa e solidária”; “erradicar a pobreza e a marginalização”; “reduzir as desigualdades sociais e regionais”; “repúdio ao terrorismo e ao racismo”. As normas de direitos fundamentais que podem ser formuladas dessas disposições jurídicas são normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente. Então, as normas de direitos fundamentais que podem ser formuladas a partir das disposições jurídicas constitucionais dos arts. 1º a 4º, da Constituição Federal de 1988, são formal e materialmente fundamentais. Sobreleva destacar a formulação de Sarlet (2009, p. 93-94) no sentido de que as expressões “regime” e “princípios” dadas na disposição jurídica do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, autorizam o reconhecimento de direitos fundamentais exatamente a partir dos “princípios fundamentais” dados nas disposições dos arts. 1º a 4º, da Constituição Federal de 1988.

Uma questão que pode ser colocada sobre a fundamentação de normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente é se elas podem ser validamente formuladas a partir de disposições jurídicas infraconstitucionais. Sobre esse assunto, a disposição jurídica do art. 16, 1, da Constituição de Portugal, refere-se outros direitos fundamentais constante de “leis”, o que sugere a justificação válida de normas de direitos fundamentais “legais”. A respeito, mesmo não excluindo a “existência de direitos fundamentais com assento da legislação infraconstitucional”, Sarlet (2009, p. 87-88) recomenda “ter a devida cautela”, em atenção a que, na disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, não consta “lei”. De qualquer modo, empregando o conceito de direito fundamental “implícito”, parece reconhecer o “direito (constitucional) fundamental aos alimentos”, bem como o caráter de fundamentalidade dos “direitos de personalidade consagrados no novo Código Civil”.

O problema dessa formulação é que normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente não podem ser validamente justificadas a partir de disposições

jurídicas infraconstitucionais, mas apenas de disposições jurídicas constitucionais ou de disposições jurídicas de direitos fundamentais positivados em tratados internacionais. A justificação dessa formulação está na disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, cujo texto deixa saber que “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais”. O âmbito semântico desse texto, salvo se rompido, não permite a formulação de normas de “direitos fundamentais legais”. O direito a alimentos, direito à identidade genética, direito à identidade pessoal, direito ao sigilo bancário e fiscal ou os direitos de personalidade somente configuram posições fundamentais jurídicas quando elas podem ser validamente justificadas a partir de uma disposição jurídica de direito fundamental positivada na Constituição ou em tratado internacional. Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 89) reconhece que os direitos de personalidade positivados no Código Civil encontram já fundamentação válida na proteção da personalidade como posição jurídica fundamental “ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade humana”, citando decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece que o direito ao nome está justificado no princípio da dignidade humana<sup>14</sup>. Com isso, fica verificada a fundamentação jusfundamental desses direitos e posições jurídicas pela positivação constitucional e não apenas pela positivação infraconstitucional. Ou seja, resulta evidenciada a fundamentalidade material de tais direitos que, muito embora consagrados em nível infraconstitucional, são diretamente associados a disposições jurídicas constitucionais.

Assim, o caráter aberto do catálogo dos direitos fundamentais manifesta-se em uma multiplicidade de formas de proteção jurídica, exercidas pelos tribunais ordinários, pelos tribunais constitucionais e pelos tribunais internacionais, razão pela qual a aderência e limitação estrita dos direitos fundamentais aos textos constitucionais se contrapõe à possibilidade de efetivação de sua proteção variável no tempo e no espaço, já que eles decorrem do contexto histórico-social, reclamando, pois, proteção dinâmica alcançável pela via da abertura material dos textos que os consagram (QUEIROZ, 2002, p. 49).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente investigação cuidou da discussão em torno das normas de direitos

<sup>14</sup> Cf. STF, Rec. Ext. 248.869, j. 07/08/2003.

fundamentais estatuídas não diretamente nas disposições de direitos fundamentais. Esse tema diz com a abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Normas de direitos fundamentais não são apenas as estatuídas diretamente no texto de uma disposição jurídica de direito fundamental, mas também todas as que podem ser formuladas interpretativamente pelos tribunais a partir de uma disposição jurídica de direito fundamental dada positivamente na constituição. Trata-se da construção de normas de direitos fundamentais a partir do já dado no texto das disposições de direitos fundamentais.

O significado de direitos fundamentais diz que direitos fundamentais são determinações de objetivos estatais e posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Esse caráter duplo dos direitos fundamentais significa que eles informam os elementos fundamentais da ordem jurídica fundamental e também configuram um conjunto de posições fundamentais jurídicas que vinculam os legisladores, os administradores e os tribunais. Essa vinculação significa que qualquer violação de um direito fundamental é passível de correção pela jurisdição constitucional.

O catálogo de direito fundamentais dado na Constituição Federal na parte que trata dos direitos fundamentais é materialmente aberto, conforme deixa saber a disposição do art. 5º, 2º, da Constituição Federal de 1988. Normas de direitos fundamentais são tanto as que podem ser formuladas a partir de disposições jurídicas de direitos fundamentais que estão no catálogo de direitos fundamentais como daquelas disposições jurídicas de direitos fundamentais que estão fora do catálogo de direitos fundamentais e das disposições jurídicas de direitos fundamentais dadas em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Os direitos fundamentais das normas de direitos fundamentais formuladas a partir das disposições jurídicas de direitos fundamentais que não estão no catálogo de direitos fundamentais são normalmente designados como direitos fundamentais não escritos, não típicos, decorrentes, implícitos, análogos ou equiparados. Uma designação mais precisa é a de normas de direitos fundamentais estatuídos não diretamente. Essas normas de direitos fundamentais são sempre formuladas a partir de uma disposição jurídica de direito fundamental positivada no texto constitucional ou no texto de tratado internacional firmado pelo Brasil. Somente podem ser formuladas normas de direitos fundamentais a partir do dado e, assim, estatuído na Constituição ou em tratado internacional. Então, cuida-se de normas de direitos fundamentais

sempre estatuídas. A distinção entre norma de direito fundamental estatuída diretamente e norma de direito fundamental estatuída não diretamente é colocada pela indeterminação semântica das palavras empregadas na disposição jurídica constitucional. Quanto maior o grau de indeterminação semântica da linguagem do texto constitucional, mais normas de direitos fundamentais ele autoriza formular. A disposição jurídica constitucional que positiva o Estado de direito democrático é o melhor exemplo. Outro pode ser a disposição jurídica constitucional que positiva a dignidade humana.

A tarefa da interpretação das disposições de direitos fundamentais é da jurisdição constitucional e é quem deve suportar a carga da fundamentação correta da validade definitiva das normas de direitos fundamentais estatuídas não diretamente. A afirmação de uma norma de direito fundamental estatuída não diretamente deve ser sustentada por argumentos apoiadores da concretização da disposição de direito fundamental. Tem-se, assim, a conexão entre direitos fundamentais e argumentação racional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.



BIX, Brian. **Law, Language, and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 65.

BERNAL PULIDO, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 8ª ed., Brasília: OAB Editora, 2006.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. Baden-Baden: Nomos, 2007.  
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**. Tübingen: J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1990.

GAVIAO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HÄBERLE, Peter. **La Libertà Fondamentali Nello Stato Costituzionale**. Roma: Carocci Editore, 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. **Manual de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. New Jersey: Transaction Publishers, 2006.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 6 Auf. Berlin: Springer-Verlag, 1991.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

\_\_\_\_\_. A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy. In: HECK, Luis Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 117-223, 2015.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PIEROHT, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antonio Francisco de Souza; Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PINO, Giorgio. **Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale.** Bologna: Il Mulino, 2010.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral.** Coimbra: Coimbra Editora: 2002.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution.** New York: Oxford University Press, 2008.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 18 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

ZANETI JR, Hermes. **Processo Constitucional. O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Constitucionalização do Processo. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações Entre Processo e Constituição.** 2 ed., 2014, São Paulo: Atlas.

*Recebido em 16/07/2019*

*Aprovado em 11/09/2019*

*Received in 16/07/2019*

*Approved in 11/09/2019*