

## Dimensões dos Direitos Fundamentais à Luz de uma Comparação de Níveis Textuais de Constituições

**PETER HÄBERLE**

Diretor Executivo do Instituto de Direito Europeu e Cultura Jurídica e do Polo de Pesquisa em Direito Constitucional Europeu de Bayreuth.

SUMÁRIO: Nota preliminar; Primeira parte: as diversas dimensões dos direitos fundamentais na Alemanha; 1 A dimensão dos direitos fundamentais clássica do *status negativus*; 2 O aspecto jurídico-objetivo dos direitos fundamentais; 3 Direitos fundamentais como direitos à prestação – O *status positivus*; 4 O *status activus processualis* dos direitos fundamentais; 5 O *status activus politicus*; Segunda parte: um quadro teórico; Perspectiva; Referências.

### NOTA PRELIMINAR

O Estado Constitucional, em seu atual estágio de desenvolvimento, e a UE, na qualidade de “comunidade constitucional”, estão assentados nos direitos fundamentais de um modo quase singular. Quanto à Lei Fundamental alemã, fala-se, algumas vezes, de “Estado de direitos fundamentais”, enquanto a UE é frequentemente chamada, com razão, de “comunidade de direitos fundamentais”, sobretudo após a muito bem-sucedida Carta de Direitos Fundamentais da UE de 2007. No mundo todo, encontra-se no centro da evolução do direito internacional a garantia dos direitos humanos e sua imposição, frequentemente precária não apenas nos países árabes e africanos.

Na sequência, empreender-se-á uma breve visualização geral das diferentes dimensões dos direitos fundamentais a partir do ponto de vista alemão. Serão comparados não apenas os *textos* constitucionais em matéria de direitos fundamentais, como também as grandes *decisões* e *teorias dos direitos fundamentais* (“textos clássicos”). Essa tríade dos objetos de comparação é produtiva para o atual esboço da evolução do Estado Constitucional em geral. Assim como a doutrina do direito comparado foi exposta, em 1989, como “quinto” método de *interpretação* e, em 2011, como “quinto método de configuração” para o *legislador* constitucional, ao mesmo tempo, em 1989, foi proposto o paradigma dos níveis textuais. Isso significa que textos constitucionais posteriores de acolá costumam dar expressão àquilo que, no outro Estado Constitucional, aqui, desenvolveu-se na *realidade* constitucional graças aos Tribunais, às teorias e à prática. Primeiramente, um exemplo: desde muito cedo, o Tribunal Constitucional alemão tratou o tema da estrutura pluralista do sistema televisivo de direito público em várias decisões (E [*Entscheidungen* – *Decisões*] 12, 205; 31, 314; 87, 181; 97, 228; 114, 371). Muitas constituições novas deram a essas

noções a forma de texto. O mesmo se aplica ao conceito de “fornecimento básico” pelo sistema televisivo de direito público, uma decisão da autoria de meu Mestre acadêmico, K. Hesse (BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht – Decisões do Tribunal Constitucional alemão] 73, 118). Mais tarde, a Constituição da Turíngia, por exemplo, moldou esse conceito em forma de Texto Constitucional (art. 12 da Constituição de 1993).

As linhas a seguir não podem senão proporcionar uma visão geral aproximada sobre a evolução dos direitos fundamentais, sobretudo na Alemanha, pois a doutrina e a jurisprudência são abundantes e tornaram-se praticamente inabrangíveis até mesmo para os especialistas. No exterior, remeta-se às obras dos Professores F. Balaguer, P. Ridola, G. Mendes, I. Sarlet, J. Miranda e G. Canotilho.

#### PRIMEIRA PARTE: AS DIVERSAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA

A evolução da comunidade de direitos fundamentais na Alemanha é a obra coletiva de muitas gerações, sobretudo desde G. Jellinek, e, especialmente, da ciência do direito constitucional desde então, bem como da jurisprudência, em especial, a do Tribunal Constitucional alemão, que obteve grande prestígio quase no mundo todo por meio de importantes decisões de princípio, como a primeira *Fernsehurteil* (E 12, 205; 86, 148; 104, 249; um clássico sobre a “fidelidade federativa” é R. Smend, 1916), a decisão sobre o caso Lüth (E 7, 198) ou as decisões sobre o federalismo (E 12, 205). Textos clássicos, como, por exemplo, um da autoria de G. Dürig, sobre o tema da dignidade humana, e a dogmática específica ulterior formam uma síntese extremamente frutífera. Do mesmo modo, a *comparação* dos direitos fundamentais mostrou-se, muitas vezes, ao menos na Europa, abundante e improdutiva: assim, após o *annus mirabilis* de 1989, ocorreram muitas recepções no sentido Oeste-Leste, nos Estados reformados da Europa Oriental (e.g., em matéria de proibição de excesso, de proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais); em 2012, talvez tenham acontecido recepções no sentido Norte-Sul (Revoluções Árabes). Há que se notar aqui que tais recepções de textos devem sempre ser entendidas em seus novos contextos *próprios* (referência: teoria do contexto de 1979). Recepções não são “vias de mão única”, elas despertam forças produtivas.

O panorama sobre as dimensões dos direitos fundamentais que se segue tem como palavra-chave “multidimensionalidade”. O que se quer dizer é o seguinte: os direitos fundamentais não produzem efeitos apenas em *uma* dimensão, como, por exemplo, no sentido do clássico *status negativus* (G. Jellinek), mas, nos tempos mais recentes, desenvolvem, adicionalmente, orientações e funções. Ademais, eles se complementam tematicamente, são abertos à evolução ulterior. Os direitos dos cidadãos clássicos foram sendo permanentemente atualizados com os direitos de participação social, econômica e cultural e, mais tarde, com os direitos fundamentais ao desenvolvimento e à paz. Fala-se com

prazer em diversas “gerações” de direitos fundamentais. Mas é bom não se esquecer de que essas novas funções repousam todas, afinal, sobre a ideia da dignidade do homem, que, no espírito de E. Kant, deve ser entendida no sentido da “fórmula do objeto” de G. Dürig: o homem não pode ser transformado em objeto da atuação estatal (E 9, 89; 27, 1; 87, 209); e eu acrescento que ele tampouco pode ser transformado em objeto dos processos *sociais* (cf. BVerfGE 107, 275). Assim, existem não apenas novas dimensões ou funções dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a “eficácia externa mediata” perante grupos sociais, mas também temas novos, como, por exemplo, o direito fundamental ao mínimo existencial indispensável à dignidade humana sob o aspecto econômico (BVerfGE 62, 60; 125, 175; art. 12 da Constituição Suíça de 1999), o direito à identidade cultural, bem como muitos direitos regulados na Carta de Direitos Fundamentais da UE sob o tema “solidariedade”. Lembre-se também o novo direito fundamental à autodeterminação informacional (BVerfGE 65, 1), cuja evolução faz-se premente na época do Google e do Facebook (proteção do direito de personalidade e dos direitos autorais).

## 1 A DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CLÁSSICA DO *STATUS NEGATIVUS*

Desde a Declaração Americana dos Direitos Humanos do século XVIII e desde 1789, na França, o direito fundamental, na qualidade de direito de defesa, é considerado “clássico”. Trata-se da liberdade do cidadão *perante* ou contra o Estado. Quase todas as novas constituições conhecem essa função de defesa. Mencionem-se como exemplos: a liberdade de opinião e de imprensa, a liberdade de reunião, bem como o novo direito fundamental à liberdade de manifestação (pela primeira vez, no Cantão do Jura, na Suíça, Constituição de 1977) e o clássico direito de petição.

## 2 O ASPECTO JURÍDICO-OBJETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Totalmente no espírito da famosa teoria do *status*, de G. Jellinek, desenvolveu-se na jurisprudência e na doutrina (1962), sob a Lei Fundamental, a teoria do “duplo caráter” dos direitos fundamentais. Trata-se do seguinte: os direitos fundamentais desenvolvem não apenas um aspecto jurídico-subjetivo-individual, como também um aspecto jurídico-objetivo, institucional. Os enfoques são distintos. O Tribunal Constitucional alemão fala de “ordenamento objetivo de valores” (E 7, 198 – caso Lüth), eu mesmo (1962), de aspecto institucional, e outros autores empregam conceitos semelhantes. O que importa é apenas a compreensão de que os direitos fundamentais não se esgotam em direitos fundamentais jurídico-individuais, eles têm uma função social. Isso significa, ao mesmo tempo, que ao legislador é atribuída uma função configuradora. Assim, o casamento e a família, mas também a propriedade e o direito sucessório, a liberdade de associação e a liberdade de reunião são configurados por meio de muitas normas. Até mesmo a liberdade de consciência individual

necessita configuração delimitada, pense-se, por exemplo, na recusa em prestar serviço militar por objeção de consciência.

Faz parte desse contexto a teoria dos *deveres de proteção* desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão (E 39, 1; 49, 89; mais tarde, E 66, 39; 77, 170). O Estado Constitucional tem um dever de proteção, por exemplo, no que se refere ao embrião de uma criança ainda não nascida ou à saúde humana de modo geral. Essa dimensão de deveres de proteção foi sendo consolidada, passo a passo, em renomadas decisões de princípio do Tribunal Constitucional alemão a partir da abordagem jurídico-objetiva. No mundo todo, os *legisladores* constitucionais desenvolveram novos temas, como o direito de proteção para crianças (e.g.: art. 28 da Constituição da África do Sul de 1996), para idosos e para portadores de necessidades especiais (especialmente também na América Latina).

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS À PRESTAÇÃO – O *STATUS POSITIVUS*

G. Jellinek já conhecia esse *status*. No Estado Social de hoje, ele é especialmente tangível. A liberdade profissional em nada aproveita ao indivíduo se ele não puder estudar *de fato* na universidade. Quanto a isso, são pertinentes as decisões sobre o *numerus clausus* do Tribunal Constitucional alemão (cf. E 33, 303). A noção diretora é a ideia de que o Estado Constitucional deve se empenhar pela liberdade *real* de seus cidadãos. Não fosse assim, os direitos fundamentais esvaziar-se-iam literalmente de seu significado. Com isso, a *realidade* dos direitos fundamentais passa a atrair o olhar da ciência dos direitos fundamentais. Essa abordagem foi desenvolvida, sobretudo, no Congresso de Professores de Direito Público de Regensburg, em 1971 (VVDStRL 30 (1972)). Desde então, ela vem se impondo amplamente. Até mesmo o conceito e a matéria da “política dos direitos fundamentais” – paralelamente à ulterior política dos direitos humanos (*J. Charter*) – vêm sendo discutidos e encontram-se, de forma alusiva, nas constituições dos cantões suíços (“objetivos dos direitos fundamentais”, “objetivos sociais”). Eu mesmo falei de “encargos relativos aos direitos fundamentais” do Estado em 1971. Para evitar uma sobrecarga do Estado de Direito social, faz-se necessária uma “reserva do possível”. Direitos a prestações (e.g., o direito à educação) devem permanecer limitados; o financiamento deve ser controlável para o Estado. Na Suíça, esses direitos somente são oponíveis em parte. Novo é o “direito a uma boa administração” (art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da UE). Novo também é o direito de acesso a documentos e informações (art. 35 da Constituição do Quênia de 2010; art. 41 da Constituição de Kosovo de 2008).

### 4 O *STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A “proteção dos direitos fundamentais através da organização e do processo” é um resultado da ideia do encargo que incumbe a todos aqueles que

vivem na comunidade de direitos fundamentais do “aperfeiçoamento garantidor da validade dos direitos fundamentais”. Trata-se do seguinte: sempre que surgirem perigos para cidadãos e grupos (“*status corporativus*” significa direitos fundamentais de grupos, por exemplo, de sindicatos, federações e associações e também das minorias, e.g., art. 14 da Constituição da Sérvia de 2006), será necessária a atuação protetora por parte do Estado. É assim que se fala de “proteção dos direitos fundamentais através da organização e do processo”. O Tribunal Constitucional alemão retomou essas noções de 1971 em várias decisões, uma vez, inclusive, na forma de um voto dissidente (Mülheim-Kärlich, E 53, 30, 55; mais tarde, E 69, 315; 99, 145), notando-se, aqui, porém, que os votos dissidentes dos Tribunais Constitucionais, também muito abundantes no Brasil (por exemplo, aqueles da autoria de *G. Mendes*), podem, em médio prazo, desenvolver força normativa: o voto dissidente de hoje torna-se a maioria de amanhã. Partindo-se de um entendimento da constituição como processo público (1969), isso é lógico. Aqui também se perpetua, de modo global, a ideia da “dogmática aberta dos direitos fundamentais” e da “interpretação aberta da constituição e dos direitos fundamentais” (1971).

Trocando em miúdos, o que se quer dizer é o seguinte: o entendimento social e realista dos direitos fundamentais requer uma reestruturação da teoria do *status* de *G. Jellinek*. Ela deve ser revertida de sua orientação pautada pelo absolutismo tardio para uma base democrática. No Estado Constitucional alemão de hoje, deve-se tomar como ponto de partida o *status activus*, os outros *status* são concretizações – variáveis – cuja finalidade é o seu asseguramento.

No Estado Prestador, a par do *status positivus*, começa a cristalizar-se o *status activus processualis* na forma do aspecto jurídico-processual da liberdade (*due process* fundamental, participação processual), o que tem como consequência a reserva da prestação como reserva legal jurídico-processual. O “*status activus processualis*” é a materialização de todas as normas e formas que regulam a participação processual daqueles que são lesados de fato ou de Direito em seus direitos fundamentais.

O *status activus* e o *status positivus* são a forma democrática e de Estado Social do *status negativus*. Há que se desenvolver para cada um dos direitos fundamentais um quadro de *status* diferenciado. A “participação” deve ser estruturada de acordo com os âmbitos e a intensidade da eficácia jurídica. Formas pluralistas prestam-se à garantia da liberdade. Liberdade e participação estão relacionadas entre si, elas devem continuar sendo consequência da livre atualização dos direitos fundamentais.

O princípio da igualdade reinterpretado, combinado com o art. 20, § 1º, da Lei Fundamental, ativa todos os direitos fundamentais, transformando-os em direitos fundamentais sociais em sentido amplo. Liberdade por meio de igualdade social: pois a liberdade não tem valor sem os pressupostos fáticos de

seu uso. Ela não é idêntica ao *status quo*, individual e de toda a sociedade, dos direitos adquiridos.

### 5 O *STATUS ACTIVUS POLITICUS*

Justamente em uma democracia, ele é central e deve ser desenvolvido com base na *dignidade humana*. O cidadão deve ter direitos políticos de configuração. Constituições mais recentes da América do Sul preferem falar de “participação” (e.g., Título IV da Constituição do Equador de 2008). Muitos direitos fundamentais têm um aspecto público, político, democrático, pense-se na liberdade de reunião ou na liberdade de manifestação. A liberdade de imprensa também produz efeitos no âmbito público da “Constituição do pluralismo”. Ela é considerada, juntamente com a liberdade de opinião, a “base funcional da democracia”. Afinal, trata-se da intensa relação entre a dignidade humana do indivíduo e a democracia liberal, *i.e.*, do direito de participar da vida política por meio de eleições e votações, inclusive iniciativas populares. Algumas constituições falam de “direitos dos cidadãos e direitos políticos”, outras de “liberdades públicas” (e.g., os arts. 15 e ss. da Constituição da Espanha de 1978). Em tudo isso, a proteção do âmbito privado permanece imprescindível (a esse respeito, as decisões BVerfGE 99, 185; antes, E 35, 202). Constituições mais recentes, como a do Quênia (2010), criaram artigos diferenciados sobre o âmbito privado (art. 31; *vide* também art. 22 da Constituição da Lituânia de 1992). O âmbito privado de caráter eminentemente pessoal como *status negativus*, expressão também do princípio do Estado de Direito, deve permanecer protegido também e especialmente na democracia liberal. Somente os Estados totalitários levam toda a vida humana para o âmbito público. O Estado Constitucional sabe da necessidade de estruturar esse âmbito público *de modo pluralista*, por exemplo, no direito constitucional dos meios de comunicação social (e.g., art. 11, § 2º, da Carta de Direitos Fundamentais da UE).

O *status politicus* tem modalidades recentes, por exemplo, na forma do *ombudsman*, do “advogado do povo” (arts. 60-63 da Constituição da Albânia de 1998) ou das comissões de direitos humanos, tais como elas são encontradas, sobretudo, nas constituições recentes.

Aqui, *deveres fundamentais*, como aqueles regulados por muitas constituições na Suíça e na Europa do Leste (e.g., na Polônia), seriam apenas um item *pro memoria*. O mesmo se aplica aos *direitos de igualdade* (e.g., Parte III da Carta de Direitos Fundamentais da EU) com a sua proteção contra a discriminação (e.g., de idade).

### SEGUNDA PARTE: UM QUADRO TEÓRICO

Até aqui, já foi possível distinguir o quadro teórico deste panorama geral. Vamos resumi-lo: o Estado Constitucional, em seu atual estágio de desenvol-

vimento, é um “Estado de Direitos Fundamentais”. Sua democracia pluralista deve ser concebida com base na dignidade humana, aquela deriva desta. A economia e os mercados estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos. Diante das circunstâncias atuais, ressalte-se que, no Estado Constitucional, os mercados devem ser conformes com a democracia. O enunciado contrário, da “democracia conforme com o mercado”, é questionável. A política precisa demonstrar sua capacidade de atuação ativa perante a economia e os mercados – na Europa de hoje, isso é conseguido apenas em parte.

A multidimensionalidade dos direitos fundamentais cria um conjunto flexível a serviço da proteção ideal dos direitos fundamentais. Esse conjunto é aberto ao longo do tempo, ou seja, em caso de novos perigos, será preciso desenvolver novos temas e novas dimensões para a proteção do cidadão e dos grupos. Muitos participam desse processo contínuo, não apenas as instâncias estatais, como o legislador e os Tribunais, mas também os próprios cidadãos e grupos sociais, bem como a esfera pública pluralisticamente constituída. Aqui cabe a teoria da relevância limitada da “autopercepção” dos titulares de direitos fundamentais. Vejamos dois exemplos: na interpretação da liberdade artística e da liberdade científica, há que se considerar também a autopercepção do artista e do cientista. O conceito de arte é aberto e transforma-se, graças à nova criatividade. Pense-se no exemplo do quadro “Cristo com a Máscara de Gás” na Berlim dos anos 1920, que, hoje, é um clássico e, na época, era praticamente obscuro. Lembre-se também da ideia da “obra de arte aberta”, de U. Eco. Afinal, trata-se da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, no presente caso, dos intérpretes dos direitos fundamentais.

Diante da proteção regional e internacional dos direitos humanos na Europa e nos Estados Unidos, esta conferência deve ser ampliada para o âmbito universal: já existe uma comunidade universal global de direitos humanos – idealmente. Dela participam, com base na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos, a ONU, seu Conselho de Segurança (referência: responsabilidade de proteção, e.g., na Líbia), organizações regionais de direitos humanos, Tribunais internacionais e, especialmente também, as organizações não governamentais, como a Anistia Internacional e o Greenpeace. Tratar-se-ia aqui de dar expressão a muitas decisões judiciais de muitas nações e a muitas teorias de muitas comunidades científicas nacionais. Mas este é um trabalho hercúleo, que incumbe às próximas gerações, especialmente também na América Latina.

## PERSPECTIVA

Agradeço pela honra de poder falar aqui. O “Estado dos Direitos Fundamentais” constitui um núcleo do Estado Constitucional. Ele é uma obra de muitas gerações, épocas e espaços e continuará sendo construído também no futuro, haja vista os perigos sempre novos para os homens, por exemplo, na Internet e em matéria de meio ambiente. Trata-se de um desafio para muitos

cientistas e para todos os cidadãos, especialmente para a jovem geração, por exemplo, no Brasil, inclusive para proteção das culturas nativas. Especialmente excitante é a questão não esclarecida sobre a existência de um direito (humano) à nacionalidade.

#### **REFERÊNCIAS (SELEÇÃO)**

DÜRIG, G. *Gesammelte Schriften 1952 – 1983*. 1984.

HÄBERLE, P. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*. 3. ed. 1983.

\_\_\_\_\_. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *VVDStRL* 30, 1970.

HUFEN, F. *Staatsrecht II, Grundrechte*. 3. ed. 2011.

Michael L. & Morlok, M. *Grundrechte*. 3. ed. 2012.