

SUMÁRIO

1ª PARTE

O Sistema dos Direitos Fundamentais na Constituição:
delineamentos de uma teoria geral constitucionalmente adequada

1

A PROBLEMÁTICA DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E DA DEFINIÇÃO NA SEARA TERMINOLÓGICA: A BUSCA DE UM CONSENSO ... 15

2

PERSPECTIVA HISTÓRICA: DOS DIREITOS NATURAIS DO HOMEM (SERES HUMANOS) AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E A PROBLEMÁTICA DAS ASSIM DENOMINADAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 27

2.1. Considerações preliminares 27

2.2. Antecedentes: dos primórdios à concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem 29

2.3. O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo: dos direitos estamentais aos direitos fundamentais constitucionais do século XVIII 34

2.4. As diversas dimensões dos direitos fundamentais e sua importância nas etapas de sua positivação nas esferas constitucional e internacional 40

2.4.1. Generalidades 40

2.4.2. Os direitos fundamentais da primeira dimensão..... 42

2.4.3. Os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão.....	43
2.4.4. Os direitos de solidariedade e fraternidade da terceira dimensão.....	45
2.4.5. Existem Direitos fundamentais de quarta, quinta e de sexta dimensão?.....	47
2.4.6. Algumas considerações conclusivas e algumas indagações em torno da problemática das dimensões dos direitos fundamentais ...	51

3

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO: A POSIÇÃO E O SIGNIFICADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO	61
---	-----------

4

A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	69
4.1. O catálogo dos direitos fundamentais na “Constituição-Cidadã” de 1988	69
4.1.1. Breve apresentação	69
4.1.2. Elementos caracterizadores de um sistema de direitos fundamentais.....	79
4.2. A nota da “fundamentalidade” formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988	85
4.3. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro	92
4.3.1. Significado e alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988: noções preliminares	92
4.3.2. Abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Carta de 1988.....	97
4.3.3. Contornos de um conceito material de direitos fundamentais na Constituição.....	100
4.3.3.1. Considerações preliminares.....	100
4.3.3.2. Critérios referenciais para um conceito material de direitos fundamentais	111
4.3.3.2.1. Considerações introdutórias: o critério implícito da equivalência e seu significado	111

4.3.3.2.2. Princípios fundamentais e direitos fundamentais, com especial atenção para o princípio da dignidade da pessoa humana.	115
4.3.3.2.3. Outros referenciais para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.....	142
4.3.4. Direitos fundamentais localizados fora do catálogo da Constituição: as diversas categorias e a busca de exemplos.....	147
4.3.4.1. Considerações preliminares	147
4.3.4.2. Direitos fundamentais fora do catálogo, mas com status constitucional formal e material	149
4.3.4.3. Direitos fundamentais sediados em tratados internacionais	153
4.3.4.4. Algumas notas sobre o § 3º do art. 5º da Constituição e seus possíveis reflexos no que diz com a incorporação e valor jurídico dos direitos com sede em tratados internacionais	165
4.3.4.5. Notas sobre o assim chamado controle de convencionalidade e sua aplicação no Brasil	180
4.3.4.6. Direitos apenas formalmente fundamentais?	187
4.3.5. Possibilidades e limitações do conceito material de direitos fundamentais.....	188

5

A PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA MULTIFUNCIONALIDADE E CLASSIFICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988..... 193

5.1. Significado e alcance das perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	193
5.1.1. Considerações preliminares	193
5.1.2. A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e seus diversos desdobramentos	194
5.1.3. Os direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva...	208
5.2. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o problema de sua classificação na Constituição	214
5.2.1. Introdução: a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a atualidade da teoria de Georg Jellinek	214
5.2.2. O problema da classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	220

5.2.2.1	Considerações preliminares.....	220
5.2.2.2.	Considerações em torno de uma proposta classificatória sob ângulo funcional e tomada de posição pessoal	224
5.2.2.3.	Sumária apresentação das diversas categorias de direitos fundamentais individualmente consideradas.....	233
5.2.2.3.1.	Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa.....	233
5.2.2.3.2.	Os direitos fundamentais como direitos a presta- ções.....	258

6

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS TITULARES 293

6.1.	Notas introdutórias: a distinção entre titulares e destinatários dos direi- tos e garantias fundamentais – aspectos conceituais e terminológicos .	293
6.2.	O princípio da universalidade e a titularidade dos direitos fundamen- tais.....	295
6.3.	A pessoa natural como titular de direitos fundamentais: generalida- des.....	297
6.4.	Direitos dos estrangeiros e a relevância da distinção entre estrangeiro residente e não residente	299
6.5.	O problema da titularidade (individual e/ou coletiva?) dos direitos so- ciais	302
6.6.	Casos especiais: direitos do embrião e o problema da titularidade de direitos fundamentais nos limites da vida.....	309
6.7.	Pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais	315
6.8.	Direitos dos animais e de outros seres vivos? O problema da titularidade de direitos fundamentais para além da pessoa humana	319

7

DOS DEVERES FUNDAMENTAIS 323

7.1.	Notas introdutórias	323
7.2.	Tipologia dos deveres fundamentais.....	325
7.3.	O regime jurídico-constitucional dos deveres fundamentais	328

2ª PARTE

O problema da eficácia dos direitos fundamentais

1

INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E DISTINÇÕES NAS SEARAS CONCEITUAL E TERMINOLÓGICA..... 333

2

A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM GERAL NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES E TOMADA DE POSIÇÃO PESSOAL..... 343

- 2.1. As concepções clássicas 343
- 2.2. A crítica da concepção clássica de inspiração norte-americana e sua reformulação: resenha das principais concepções na literatura jurídica nacional..... 346
- 2.3. Síntese conclusiva e posição pessoal..... 355

3

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 365

- 3.1. Considerações introdutórias 365
- 3.2. A aplicabilidade imediata (direta) e plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais: significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 371
- 3.3. A eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita: significado da aplicabilidade imediata para cada categoria dos direitos fundamentais 390
 - 3.3.1. A título de preliminar..... 390
 - 3.3.2. A eficácia dos direitos de defesa..... 391
- 3.4. A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico 399
 - 3.4.1. Considerações preliminares 399
 - 3.4.2. Aspectos relevantes concernentes à distinção entre a dimensão negativa (direitos de defesa) e positiva (direitos a prestações) dos direitos fundamentais 401

3.4.2.1. Considerações introdutórias.....	401
3.4.2.2. Os direitos sociais prestacionais e seu objeto.....	402
3.4.2.3. A especial relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite (relativo) da “reserva do possível”.....	405
3.4.2.4. Características normativo-estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema de sua habitualmente sustentada dependência de concretização legislativa.....	412
3.4.3. A eficácia dos direitos sociais no âmbito de sua possível dimensão “programática”, mas não destituída de eficácia e aplicabilidade...	416
3.4.4. A problemática dos direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações	427
3.4.4.1. Considerações gerais.....	427
3.4.4.2. Os direitos derivados a prestações.....	430
3.4.4.3. A discussão em torno do reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais, analisada à luz de alguns exemplos	436
3.4.4.3.1. Os principais argumentos	436
3.4.4.3.2. O direito à garantia de uma existência digna: a problemática do salário-mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde e do direito à moradia.....	442
3.4.4.3.3. O direito social à educação.....	493
3.4.4.3.4. Análise crítica dos argumentos e exemplos, à luz de algumas concepções doutrinárias, e tomada de posição pessoal sobre o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais.....	511
3.5. A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais.....	548
3.5.1. Considerações preliminares	548
3.5.2. A vinculação do poder público aos direitos fundamentais	549
3.5.2.1. A amplitude da vinculação	549
3.5.2.2. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais	551
3.5.2.3. Vinculação dos órgãos administrativos (Poder Executivo) aos direitos fundamentais.....	554
3.5.2.4. A vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais	559
3.5.2.5. A assim denominada eficácia “privada” ou “horizontal” dos direitos fundamentais (a problemática da vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais).....	562

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DE SUAS RESTRIÇÕES: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, LIMITES E LIMITES AOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, COM DESTAQUE PARA A PROTEÇÃO EM FACE DA ATUAÇÃO DO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL E DA ASSIM DESIGNADA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO	577
4.1. Considerações introdutórias	577
4.2. Âmbito de proteção, limites e limites aos limites dos direitos fundamentais.....	579
4.2.1. Considerações introdutórias	579
4.2.2. O âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais	582
4.2.3. Os limites dos direitos fundamentais	587
4.2.4. Os assim chamados limites aos limites dos direitos fundamentais	592
4.2.4.1. Noções preliminares.....	592
4.2.4.2. Proporcionalidade e razoabilidade como limites dos limites.....	594
4.2.4.2.1. Do princípio da proporcionalidade e sua dupla função como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente	594
4.2.4.2.2. Algumas referências a respeito da relação (e das distinções) entre proporcionalidade e razoabilidade.....	601
4.2.4.3. A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais	604
4.3. Direitos fundamentais e reforma da Constituição: a eficácia “protetiva” dos direitos fundamentais contra a sua supressão e erosão pelo Poder Constituinte Reformador.....	608
4.3.1. Considerações introdutórias	608
4.3.2. Colocação do problema e distinções conceituais.....	609
4.3.3. Os limites à reforma da Constituição: considerações gerais.....	614
4.3.3.1. A título introdutório.....	614
4.3.3.2. Limites formais e temporais (circunstanciais).....	615
4.3.3.3. O problema dos limites materiais.....	618
4.3.4. “Cláusulas pétreas” e direitos fundamentais.....	632
4.3.4.1. Considerações preliminares.....	632

4.3.4.2. Abrangência das “cláusulas pétreas” na esfera dos direitos fundamentais.....	633
4.3.4.3. Alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais.....	641
4.4. Direitos fundamentais e proibição de retrocesso	650
4.4.1. Considerações preliminares	650
4.4.2. A problemática da proibição de retrocesso e suas diversas manifestações.....	654
4.4.3. Fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos sociais.....	658
4.4.3.1. Algumas premissas para a análise.....	658
4.4.3.2. Um olhar sobre o direito estrangeiro: breve apresentação das experiências portuguesa e alemã em matéria de proibição de retrocesso	660
4.4.3.3. Algumas objeções em relação ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais ..	666
4.4.3.4. Principais argumentos em prol do reconhecimento de um princípio implícito da proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira	668
4.4.3.5. Alguns critérios para aferição do alcance possível (necessário) do princípio da proibição de retrocesso.....	677
CONCLUSÃO.....	689
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	693