Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 23 – julho/agosto/setembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS MÚLTIPLOS SIGNIFICADOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Prof. Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Adjunto da UNB. Mestre em Direito (UNB). Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA

1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).

Se se pretende atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal colocação já é suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador tanto na concretização de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições[1]. Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.

---

[1]. LERCHE, Peter, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, **in**: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, vol. V, p. 739 (740).

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados[2]. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua *Teoria dos quatro "status"*[3], que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas[4].

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado[5].

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (Leistungsrechte), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (faktische positive Handlungen), quanto a prestações normativas de índole positiva (normative Handlungen)[6].

Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles asseguram não apenas direitos

---

2. HESSE, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1995, p. 112; KREBS, Walter. Freiheitsschutz durch Grundrechte, **in**: JURA 1988, p. 617 (619).

3. JELLINEK, G. Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi, trad. ital., Milão, 1912, p. 244. Sobre a crítica da Teoria de Jellinek, Cf. ALEXY, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 s; Cf., também, SARLET, Ingo, A eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, 1998, p. 153 s..

4. Cf. ALEXY, Theorie der Grundrechte, cit., p. 174; Ver, também, CANOTILHO, Direito Constitucional, Coimbra, 1991, p. 548.

5. Cf., HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., p. 133.

6. ALEXY, Theorie der Grundrechte, cit., p. 179; Ver, também, CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., p. 549.

subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática[7].

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIREITOS DE DEFESA

Enquanto *direitos de defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma:

(1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*);

(2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou, ainda, em uma

(3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*)[8].

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões adicionais:

(4) pretensão de consideração (*Berücksitigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações[9]; e

(5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros[10].

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.[11]

---

[7]. HESSE, Bedeutung der Grundrechte, **in**: BENDA, Ernst/ MAIHOFER, Werner/ VOGEL, Hans-Jochen, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlim, 1995, vol I, p. 127 (134).

[8]. Cf. BATTIS, Ulrich/GUSY, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 4ª edição, Heidelberg, 1999, p. 236.

[9] BATTIS/GUSY, Einführung in das Staatsrecht, cit., p. 236.

[10]. BATTIS/GUSY, Einführung in das Staatsrecht, cit., p. 236 s.

[11]. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 167.

Analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de auto-determinação do indivíduo.[12]

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO NORMAS DE PROTEÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS

A Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento, etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica, etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa[13].

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo[14].

Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art 17, caput e §1º). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionarmos alguns dos exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até

---

[12]. Cf. nesse sentido SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 169

[13]. Cf., sobre o assunto, KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, JURA 1988, p. 617 (623).

[14]. Cf., PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 53.

mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º da Constituição.[15]

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos "*conformadores*" e concretizadores de alguns direitos[16].

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO GARANTIAS POSITIVAS DO EXERCÍCIO DAS LIBERDADES

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta podem revelar-se afrontosas aos direitos fundamentais[17]. É o que se verifica, *v.g.*, com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado *direito à organização e ao processo* (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) e, não raras vezes, com o direito de igualdade.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa ("*status libertatis"* e "*status negativus"*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao "*status positivus"* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.[18]

A concretização dos direitos de garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.

---

[15]. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 182.

[16]. BATTIS/GUSY, Einführung in das Staatsrecht, cit., p. 327.

[17]. Cf., sobre o assunto, KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (623).

[18]. Cf., nesse sentido, SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 185-186.

4.1 Direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas

Como ressaltado, a visão dos direitos fundamentais enquanto *direitos de defesa* (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de *ter liberdade em relação ao Estado* (*Freiheit vom*...), mas de *desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado* (*Freiheit durch*...)[19].

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado[20].

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*)[21], é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão[22].

Não subsiste dúvida, tal como enfatizado, de que a garantia da liberdade do exercício profissional ou da inviolabilidade do domicílio não assegura pretensão ao trabalho ou à moradia. Tais pretensões exigem não só ação legislativa, como, não raras vezes, medidas administrativas[23].

Se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser *juridicizadas*, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente[24].

---

[19]. KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (624).

[20]. KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (624).

[21]. Cf. KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (624-5); ALEXY, Theorie der Grundrechte, 395 s.

[22]. O mandado de injunção, concebido para assegurar direitos e liberdades constitucionais, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o seu exercício (CF, art. 5º, LXXI), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), destinada a tornar efetiva norma constitucional, expressam, no plano material, o efeito vinculante para o legislador das normas que reclamam expedição de ato normativo.

[23]. Cf. KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (624-5); ALEXY, Theorie der Grundrechte, 1988, p.395 s.

[24]. Cf. KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (625).

Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (CF, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação*, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política[25].

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à *reserva do financeiramente possível* (*"Vorbehalt des finanziell Möglichen"*). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "*numerus clausus*" de vagas nas Universidades ("*numerus-clausus Entscheidung*"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "*reserva do possível*" (*"Vorbehalt des Möglichen"*)[26].

Os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional encontra-se uma variada gama de direitos a prestações. Neste contexto, limitando-nos, aqui, aos direitos fundamentais, basta uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º da Constituição Federal (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita).[27]

4.2 Direito à organização e ao procedimento

Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de "*direito à organização e ao procedimento*" (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação

[25]. Cf. KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, cit., p. 617 (625).

[26]. BVerfGE 33, 303 (333).

[27]. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 186

de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa)[28].

Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais[29].

Isto se aplica de imediato aos direitos fundamentais que têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, como é o caso da liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII), das garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (art. 5º, LV), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), das garantias processuais-constitucionais de caráter penal (inadmissibilidade da prova ilícita, o direito do acusado ao silêncio e à não-auto-incriminação, etc.). Também poder-se-ia cogitar aqui da inclusão, no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17 § 3º da CF), na medida em que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democracia), quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático.[30]

Ingo Sarlet ressalta que a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo[31].

Assim, quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento.

É o que ocorre, *v.g.*, quando se impõe que determinados atos processuais somente poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado. Ou, tal como faz a Constituição brasileira, quando se estabelece que

---

[28] Cf., sobre o assunto, HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., p. 144; ALEXY, Theorie de Grundrechte, p. 430; CANOTILHO, Direito Constitucional, Coimbra, 1993, p. 546 s.

[29]. HESSE Konrad, Bedeutung der Grundrechte, **in**: Handbuch des Verfassungsrechts, **in**: BENDA, Ernest/ MAIHOFER, Werner/ VOGEL, Hans-Jochen, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlim, 1995, p. 127 (146-147).

[30]. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 196

[31]. SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 196-197.

as negociações coletivas somente poderão ser celebradas com a participação das organizações sindicais (Constituição Federal, art. 8º, VI)[32].

Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido[33].

4.3. Os direitos de igualdade: a hipótese de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade

O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*)[34]. A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada "*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*" (*willkürlicher Begünstigungsausschluss*).

Tem-se uma "*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*" se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo [35]; *a exclusão de benefício*s é explícita [36] se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos[37].

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa *relação de comparação*[38]. Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa* (*"relative Verfassungswidrigkeit"*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. *É que inconstitucional não se afigura a*

---

[32]. Cf. ADIMC 1361, DJ de 12.4.96.

[33]. CANOTILHO, J.J. Gomes, Tópicos sobre um curso de mestrado sobre efeitos fundamentais. Procedimento Processo e Organização, Coimbra, 1990, tópico 2.2.

[34]. CANOTILHO, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, 1982, p. 381-382.

[35]. Cf. BVerfGE 18, 288 (301); 22, 349 (360).

[36]. Cf. BVerfGE 25, 101.

[37]. Cf., a propósito, MAURER, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, **in**: Festschrift für Werner Weber, Berlim, 1974, p. 345 (349); IPSEN, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 109; JÜLICHER, Friedrich, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen, Berlim, 1972, p. 51 s.

[38]. MAURER, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung, cit., p. 345 (354).

norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações ("die Unterschiedlichkeit der Regelung")[39].

Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação; declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado[40].

5. Direitos fundamentais e dever de proteção

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)[41].

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação[42].

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros[43].

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "*adversário*" (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*)[44].

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica[45].

---

[39]. MAURER, Zur Verfassungswidrigerklärung, cit., p. 345 (354).

[40]. MAURER, Zur Verfassungswidrigerklärung, cit., p. 347 (354).

[41]. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., p. 155-156.

[42]. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., p. 156.

[43]. Cf., a propósito, BVerfGE 39, 1 s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 s.); 53, 50 (57 s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 s); ver, também, DIETLEIN, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlim, 1991, p. 18.

[44]. Cf., a propósito, DIETLEIN, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, cit., p. 17 s.

[45]. von MÜNCH, Ingo, Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19, Nº 22.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais[46].

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*)[47].

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção[48]:

a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

(b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;

(c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental[49].

---

[46]. von MÜNCH, Ingo, Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19, Nº 22.

[47]. CANARIS, Claus-Wilhelm, Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS 1989, p. 161 (163).

[48]. RICHTER, Ingo/ SCHUPPERT, Gunnar Folke, Casebook Verfassungsrecht, 3ª edição, Munique, 1996,p. 35-36.

[49]. Cf. BVerfGE 77, 170 (214); ver também RICHTER/SCHUPPERT, Casebook Verfassungsrecht, p. 36-37.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 01, p. 91-134, abr./jun. 2003