

OS DIREITOS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NA FORMAÇÃO E NA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO

THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN THE QUALIFICATION AND ACTIVITY OF PUBLIC PROSECUTORS IN PROBATIONARY STAGE

Gregório Assagra de Almeida¹

Resumo: Os direitos fundamentais são as mais importantes conquistas da sociedade e dos cidadãos na democracia contemporânea, e os seus conceitos e características são relevantes para a renovação do Direito em suas várias dimensões de atuação. A teoria dos direitos fundamentais constitucionais adotada no Brasil, apoiada no modelo de proteção individual e coletiva, é construída a partir de princípios como mandamentos de otimização do sistema. Portanto, isso impede uma interpretação restritiva desses direitos e garantias pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário. Além disso, os direitos e as garantias constitucionais Fundamentais são valores fundantes da Constituição e do Estado Democrático de Direito e também núcleos essenciais do sistema jurídico e, nesse contexto, a multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais são muito relevantes para os Membros do Ministério Público em Estágio Probatório.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Conceitos. Características. Dimensões do modelo de construção dos Direitos Fundamentais. Multifuncionalidade. Estágio probatório no Ministério Público.

Abstract: *Fundamental rights are the most important achievements of society and citizens in contemporary democracy and their concepts and characteristic are relevant to the renewal of the law in their various dimensions of performance. The theory of constitutional fundamental rights adopted in Brazil, supported in the individual and collective model of protection, is constructed from principles as commandments of optimization of the system. Therefore, this prevents a restrictive interpretation of these rights and guarantees by the executive, by legislature or by judiciary. In addition, Fundamental Rights and its Guarantees are foundational values of the Constitution and the Democratic State of Law. They are also essential nuclei of the legal system and the multifunctionality of fundamental rights and its guarantees are very important for the Probationary Internship of Public Prosecutors.*

¹ Pós-doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, quando *Visiting Scholar* e bolsista Capes em estágio sênior. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e graduado em direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1992). Foi Professor e foi coordenador do Curso de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais desde 1993. Foi Consultor institucional do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, membro jurista da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Foi Diretor e Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Foi Jurista Consultor do Ministério da Justiça na elaboração do Anteprojeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, que integrou o II Pacto Republicado de Estado, tendo sido convertido no PL 5.139/2009. Membro do Conselho Editorial da Arraes Editores. É assessor da Corregedoria-Geral do MPMG. É Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do CNMP. É organizador da Revista Jurídica e do Boletim Informativo da Corregedoria Nacional do CNMP. Foi Editor Responsável da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro de Conselhos Editoriais de várias outras revistas do Brasil e do Exterior. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Acesso à Justiça, Direitos Fundamentais, Direitos Coletivos, Direito Processual Coletivo, Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Ministério Público, Direitos Coletivos, Direito Processual Coletivo, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais. Autor e Coautor de vários livros, com publicação no Brasil e no exterior. Foi Assessor de Projetos e Articulação Interinstitucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e membro da Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico do Ministério da Educação. Ganhador do 57º Prêmio Jabuti 2015 como organizador e coautor do livro Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua, Publicado pela Editora D'Plácido. Ganhador da Medalha Nacional Acesso à Justiça, conferida pelo Ministério da Justiça em 2014. Entre os Livros, destacam-se, entre outros: Direito Material Coletivo, Del Rey, 2008; Direito Processual Coletivo Brasileiro, Saraiva, 2003, Manual das Ações Constitucionais, Del Rey, 2007, Mandado de Segurança, Saraiva, 2011.

Keywords: *Fundamental rights. Concepts. Characteristics. Dimensions of the construction of the model of fundamental rights. Multifunctionality of fundamental rights. Probationary internship in the Public Prosecutor's Office.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais ou direitos humanos? 3. O sentido e o conceito de direitos fundamentais: direitos subjetivos fundamentais e não fundamentais e a sua problemática. 4. Modelos constitucionais sobre direitos e normas fundamentais. 5. Modelos teóricos argumentativos a respeito da Constituição e do sistema de direitos fundamentais. 6. Algumas classificações dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais. 7. Características dos direitos fundamentais. 8. Modelos de construção dos direitos fundamentais. 9. Os Direitos e as Garantias Fundamentais como Valores Fundantes da Constituição e do Estado Democrático de Direito e Núcleos Essenciais do Sistema Jurídico: *a multifuncionalidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais na atuação dos Membros do Ministério Público em Estágio Probatório*. 10. Conclusões. 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o conceito e algumas diretrizes importantes dos direitos fundamentais como núcleos centrais e essenciais do sistema no plano do Direito, destacando-se a sua relevância teórica e prática na formação e na atuação dos membros do Ministério Público em Estágio Probatório.

Inicialmente, convém destacar que é comum a advertência no sentido de que a conceituação e a definição geram riscos de exclusão ou de ampliação indevida em relação ao objeto para o qual elas se voltam; por isso, desde muito tempo, diz-se que todo conceito ou toda definição são perigosos. Contudo, é melhor assumir o risco, pois é justamente a partir dos conceitos e das definições que muitas vezes se permitem a formação do conhecimento, a expansão de ideias e o estabelecimento das verdadeiras dimensões metodológicas do objeto conceituado. A *pluridimensionalidade*, a *interdisciplinaridade* e a complexidade dos direitos fundamentais dificultam a formulação de conceituação, mas não a impedem.

Apresentam-se algumas distinções conceituais, a iniciar pela diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, assim como estudar as características essenciais dos direitos fundamentais. Faz-se a análise, ainda, de pontos importantes sobre os modelos de teoria dos direitos fundamentais no plano do sistema jurídico adotado, das teorias existentes e dos modos de construção dos direitos. Analisa-se os Direitos e as Garantias Fundamentais como Valores Fundantes da Constituição e do Estado Democrático de Direito e Núcleos Essenciais do Sistema Jurídico, conferindo-se especial destaque à multifuncionalidade desses direitos e garantias constitucionais fundamentais e destacando a importâncias desses direitos e garantias para a formação e a atuação dos Membros do Ministério Público em Estágio Probatório. Ao final, são apresentadas as conclusões e referências utilizadas na pesquisa.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS?

A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França (*droits fondamentaux*), no ano 1770, como marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Depois alcançou especial relevância na Alemanha, sendo inserida na Constituição de Weimar, de 1919, na parte das relações entre Estado e indivíduo (*Grundrechte*) e atualmente consta da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949².³

² É o que esclarece LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 29.

³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo* – superação da *summa divisio* constitucionalizada direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 325.

Outra questão terminológica a ser analisada refere-se à utilização, por muitos autores, da expressão, hoje já clássica, “gerações dos direitos fundamentais”⁴. Todavia, outros, tais como Ingo W. Sarlet⁵ e Antonio Carlos Wolkmer⁶, formulando críticas a essa expressão, argumentam que o termo “geração” conduz ao raciocínio equivocado de que tivesse ocorrido a substituição compartimentada e estanque de determinados direitos em relação a outros surgidos em geração anterior⁷.

Por entender que assiste razão à crítica formulada, prefere-se a expressão “dimensão dos direitos fundamentais” em substituição à expressão “geração dos direitos”.

Por outro lado, convém destacar tratar-se de questão interessante à utilização das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Muitos autores apresentam distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os primeiros seriam aqueles que possuem uma *dimensão global*, enquanto os segundos seriam os direitos já tutelados e consagrados pela Constituição ou na ordem jurídica de cada país⁸. Por exemplo: o direito à vida, à saúde e ao ambiente ecologicamente equilibrado estão, no plano global, inseridos dentro dos *direitos humanos*, mas, no plano interno do direito brasileiro, são *direitos fundamentais*, pois estão tutelados na Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, *caput*, 196 e 225, respectivamente).

No plano de uma concepção biocentrista, adotada nesta obra, que reconhece a existência de direitos a outras espécies de seres vivos, a expressão “direitos humanos”, fundada em uma concepção predominantemente antropocentrista, é limitadora desses direitos. Portanto, não concordamos com a diferenciação acima, no sentido de que os direitos humanos possuem uma dimensão global e os direitos fundamentais são os consagrados internamente na Constituição de cada país. Preferimos a utilização da expressão “direitos fundamentais” para exprimir a ideia de direitos que tutelam, no plano global ou no interno, de forma direta ou até reflexa, a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies de seres vivos, além da espécie humana.⁹

3. O SENTIDO E O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS E NÃO FUNDAMENTAIS E A SUA PROBLEMÁTICA

Em sede doutrinária, Jorge Miranda entende por *direitos fundamentais* as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individuais ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição tanto em seu sentido *formal* quanto em sua dimensão *material*. Daí a distinção apresentada pelo autor entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material¹⁰. Os direitos fundamentais em sentido formal seriam aqueles que encontram previsão em determinada Constituição e são dotados da proteção jurídica a ela ligada. Todos os direitos fundamentais em sentido formal constituem-se em direitos fundamentais em sentido material, porém existem direitos fundamentais em sentido material que vão além

4 BONAVIDES, Paulo, apesar de se utilizar da expressão “gerações de direitos fundamentais”, adverte: “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a introduzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”. *Curso de direito constitucional*, 18. ed., p. 562-72. Vários outros autores utilizam-se da expressão “gerações dos direitos fundamentais”: BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos, p. 588-600; SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**, p. 259-352; ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**, p. 64-5, etc.

5 A **eficácia dos direitos fundamentais**, p. 53.

6 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas, p. 5-6.

7 WOLKMER, Antonio Carlos: “[...] assinala Bonavides que ‘força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e quantitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade’ (...)”. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas, p. 5-6.

8 Nesse sentido, LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**, p. 44. Também ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**, p. 93-4.

9 Nesse sentido, consta da Resolução 37/7-1982 da Assembleia-Geral da ONU: “Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem, e, com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por código moral de ação”.

10 Afirma MIRANDA, Jorge: “Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou mesmo conteúdo e quanto à função e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos”. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais, tomo IV, p. 7-8.

dos direitos fundamentais em sentido formal. A conceituação material dos direitos fundamentais revela que esses não são, pura e simplesmente, direitos declarados, estabelecidos e atribuídos pelo legislador constituinte, mas, acima de tudo, direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, do sentimento jurídico coletivo e da ideia de Direito¹¹.

O fator de distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remontaria ao ano de 1791, mais precisamente à IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos, atualmente fazendo-se presente em inúmeras outras Constituições. A referida Emenda constitucional veio estabelecer que “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”. Redação semelhante consta da Constituição da República portuguesa, art. 16, n.º 1, na qual está previsto que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional”. Em razão disso, conclui Jorge Miranda que existem normas do direito ordinário, tanto interno quanto internacional, as quais atribuem direitos que se equiparam aos que estão previstos em normas constitucionais¹².

No plano da concepção acima, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reconhece tanto os direitos fundamentais em sentido formal quanto os direitos fundamentais em sentido material, tendo em vista o rico teor da *cláusula aberta* sobre os direitos e garantias constitucionais prevista no § 2º do art. 5º da CF/88, que estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em seus estudos sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, ao analisarem a conceituação terminológica, afirmam que não há uma única expressão correta para a explicação do fenômeno; porém, eles preferem a expressão “direitos fundamentais” e apontam três justificativas: a) é a terminologia adotada pela CF/88, não obstante essa escolha não tenha sido seguida com rigor por todo texto constitucional; b) os direitos garantidos na Constituição seriam fundamentais, pois estão no texto que disciplina a base da organização política e social; c) o termo demonstra que nem todos os direitos previstos no ordenamento jurídico são disciplinados no âmbito do direito constitucional. Assim, concluem que os direitos fundamentais formam um mínimo de direitos garantidos, estando o legislador ordinário autorizado a acrescentar outros, sendo-lhe vedada a possibilidade de abolição dos direitos apresentados como fundamentais¹³.

Para Robert Alexy, toda afirmação sobre a existência de um direito fundamental pressupõe a vigência da correspondente norma de direito fundamental¹⁴. Diz Alexy que os *direitos humanos* somente podem desenvolver-se, em vigor pleno, quando passam a ser garantidos por meio de normas de direito positivo. Assim, haveria tanto um problema de *forma*, que diz respeito ao reconhecimento pelo direito positivo do direito humano, quanto um problema de *conteúdo*, no sentido de saber quais direitos humanos são necessários¹⁵. Contudo, o autor não chega a apresentar uma conceituação precisa a respeito dos direitos fundamentais, não obstante discuta inúmeras questões metodológicas importantes que giram em torno do tema e que estão intrinsecamente ligadas aos direitos fundamentais.

11 Afirma MIRANDA, Jorge: “Não excluimos – bem pelo contrário – o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito. Mas esse apelo não basta para dilucidar a problemática constitucional dos direitos fundamentais, porquanto o âmbito destes direitos vai muito para lá da fundamentação própria do Direito natural. Quer no século XIX quer, sobretudo, no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar (ou entroncar directamente), todos, na natureza e na dignidade da pessoa. Apenas alguns (ou o conteúdo essencial da maior parte deles) são impostos pelo Direito natural; não, decerto – por importantes que sejam e são – o direito de antena (art. 40º, n. 3) ou os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54º, n. 5)”. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**, tomo IV, p. 9-10.

12 Acrescenta MIRANDA, Jorge: “Pois bem: pode acrescentar-se que se, indirectamente, a Constituição – a americana, como a portuguesa – os prevê é porque adere a uma ordem de valores (ou ela própria encarna certos valores) que ultrapassam as disposições dependentes da capacidade ou da vontade do legislador constituinte; é porque a enumeração constitucional, em vez de restringir, abre para outros direitos – já existentes ou não – que não ficam à mercê do poder político; é porque, a par dos direitos fundamentais em sentido formal, se encontram, em relação constante, direitos fundamentais apenas em sentido material”. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**, tomo IV, p. 11-2.

13 **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 53-4.

14 **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 48.

15 **Teoría del discurso y derechos humanos**, p. 93-4.

Antonio E. Perez Luño, de maneira mais direta e precisa, sustenta que a concepção dos direitos fundamentais determina a própria significação de poder público e revela, de forma a demonstrar a íntima relação entre o papel consignado a esses direitos e a maneira de organizar e exercer as funções estatais. Para o autor, os *direitos fundamentais* são a primeira garantia com que os cidadãos de um Estado de Direito contam para que os sistemas jurídico e político se orientem, em seu conjunto, pelo respeito e pela promoção da pessoa humana; primeiramente, em sua dimensão individual, como se deu no Estado Liberal de Direito, e depois, acrescentada a exigência de solidariedade como resultado do componente social e coletivo da vida humana, como Estado Social de Direito¹⁶.

Diz Perez Luño que, em sua significação *axiológico-objetiva*, os direitos fundamentais representariam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, conquistado a partir de relações de cooperação encaminhadas diante de metas comuns. Em sua *dimensão subjetiva*, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos tanto em suas relações com o Estado quanto em suas relações entre si¹⁷.

Luigi Ferrajoli propõe uma definição teórica, universal, puramente formal e estrutural dos direitos fundamentais. Para o renomado jurista italiano, direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de exercício. Direito subjetivo seria qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica. E *status* seria a condição de um sujeito, prevista em uma norma jurídica positiva como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas ou ser autor de atos que formam o seu exercício. Esclarece Ferrajoli, contudo, que essa não é uma definição dogmática, formulada com referência a normas de um determinado ordenamento jurídico, constituindo-se em definição formal e estrutural que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas mediante o seu reconhecimento como direitos fundamentais. Seria uma definição, portanto, que se baseia unicamente no caráter universal de sua imputação.¹⁸

A partir dessa concepção, Luigi Ferrajoli apresenta quatro teses em matéria dos direitos fundamentais: a) a primeira diz respeito à radical diferença de estrutura, que tem oculta em nossa tradição jurídica, entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, sendo os primeiros concernentes a todos os sujeitos e os segundos a cada um de seus titulares com exclusão dos outros; b) a segunda tese é que os direitos fundamentais, ao corresponder a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, constituindo a dimensão substancial da democracia – essa dimensão não é outra coisa senão o conjunto de garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de Direito que, modelado nas origens do Estado moderno sobre a exclusiva tutela dos direitos de liberdade e propriedade, pode muito bem ser ampliado também ao Estado social, por intermédio do reconhecimento constitucional de direitos de expectativas vitais como o direito à saúde, à educação e à subsistência; c) a terceira tese está relacionada com a atual natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais – depois de sua formulação em convenções internacionais recebidas pelas Constituições estatais e, em todo caso, subscritas pelo Estado, se tem transformado em direitos supraestatais; d) a quarta tese, talvez a mais importante para Ferrajoli, diz respeito às relações entre direitos e suas garantias, pois a ausência das correspondentes garantias primárias (obrigações e a estas proibições) e garantias secundárias (obrigações de reparar ou de sancionar judicialmente as lesões dos direitos, nos casos de violações das garantias primárias) equivale a uma não observância dos direitos positivamente estipulados, formando uma indevida lacuna que deve ser preenchida pela legislação.¹⁹

16 Los derechos fundamentales, p. 20.

17 Los derechos fundamentales, p. 21-2.

18 Acrescenta FERRAJOLI, Luigi: “(...) entiendo ‘universal’ en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares (...)” (...) entiendo universal en sentido puramente lógico e não-valorativo em relação à quantificação universal da classe dos sujeitos que são titulares dos mesmos. De fato são tutelados como universais, e, por conseguinte, fundamentais, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares (...) (tradução livre pelo autor). Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 19-20.

19 FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 25-6.

Há aqueles que fazem distinção entre direitos subjetivos fundamentais e direitos subjetivos não fundamentais. Essa doutrina parte da concepção de que nem todos os direitos subjetivos são fundamentais. A distinção estaria justamente na fundamentalidade do próprio direito subjetivo. Os direitos subjetivos fundamentais seriam aqueles portadores tanto de uma situação normativa preferencial quanto de uma proteção maior da que é conferida aos direitos subjetivos não fundamentais²⁰.

A questão da diferenciação dos direitos subjetivos em *fundamentais* e *não fundamentais* é delicada e não comporta classificações fechadas, sustentadas racionalmente, no plano da abstração. A situação concreta é a mais razoável para a possível diferenciação. Aqui deve ter forte incidência o *pensamento problemático*, em relação ao qual a *tópica* funciona como técnica que permite o fornecimento de orientações sobre a forma de comportamento diante dos problemas²¹. Poderá acontecer que o direito substancial não seja em si fundamental, mas a sua proteção no caso concreto torna-se fundamental. Um direito de receber determinada dívida poderá não se constituir, por si só, direito fundamental, mas, diante da situação concreta, o recebimento do crédito poderá estar relacionado com a sobrevivência física do credor ou da própria empresa. Nessas hipóteses, a tutela jurídica adquire função de direito fundamental. Por outro lado, o direito de acesso à justiça, ao demandante, ao demandado ou ao terceiro juridicamente prejudicado é garantia constitucional que se insere dentro do gênero “direitos fundamentais”.²²

Tecidas essas considerações, conclui-se, no plano da dogmática jurídica, que direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade.²³

4. MODELOS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS E NORMAS FUNDAMENTAIS

Em relação aos modelos constitucionais e à sua análise no contexto dos direitos e das normas de direitos fundamentais tanto em sua dimensão formal quanto material, a doutrina aponta a existência de três modelos²⁴.

O primeiro é o *modelo puramente procedimental*, dentro do qual a Constituição só dispõe sobre *normas de organização e de procedimento*. A Constituição não chega a excluir diretamente conteúdos possíveis ao direito positivo. Portanto, o que é criado de acordo com os procedimentos e formas previstos compõe o direito positivo. A influência da Constituição na criação do direito positivo é somente mediata. O legislador tem liberdade para dispor sobre quaisquer espécies de conteúdo de direito positivo. A tal modelo corresponderia uma teoria dos direitos fundamentais que parte da concepção na qual os *direitos fundamentais* não têm força vinculante contra o legislador. Na concepção desse modelo, afirma Robert Alexy, é *nula a importância material* dos direitos fundamentais²⁵.

O segundo, totalmente oposto ao modelo puramente procedimental, é o *modelo puramente material*. Neste modelo, a Constituição contém exclusivamente normas materiais de acordo com as quais, por intermédio de operações metódicas e independentemente de qual seja a sua configuração, torna-se possível

20 Nesse sentido, aduz MARTINS NETO, João dos Passos: “Uma passagem do pensamento de Robles permite antecipar algo a respeito. Para ele, a qualificação de certos direitos como fundamentais supõe que o ordenamento positivo no qual se inserem os contemple com um ‘status especial’ que os faz distintos, e mais importantes, que os demais direitos, aos quais chama de ‘correntes ou ordinários’. Isso ocorre, escreve ele, através da elevação daqueles à condição de direitos subjetivos dotados, a um só tempo, de uma situação normativa preferencial e de uma proteção maior que a normalmente conferida aos restantes direitos, com o que se lhes proporciona um relevo singular no sistema jurídico. Daí a sentença, certamente feliz, embora desenvolvida nos limites dogmáticos da Constituição espanhola, de que ‘os direitos fundamentais são direitos subjetivos privilegiados’ (...)”.

Direitos fundamentais: conceito, função e tipos, p. 79.

21 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 33.

22 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* constitucionalizada direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 308-9.

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* constitucionalizada direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 309-10.

24 Sobre o assunto, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 503-6.

25 **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 503-4.

obter o conteúdo de cada norma do sistema jurídico. Enquanto no modelo puramente procedimental as questões devem ser solucionadas por meio de uma decisão proposta pela disciplina regulatória da Constituição, no modelo puramente material a obtenção de soluções se dá por meio do conhecimento do conteúdo da Constituição²⁶.

O terceiro modelo constitucional é o *misto, conciliatório* ou *eclético*, no qual há uma junção entre os modelos puramente procedimental e puramente material. Nesse modelo misto, há elementos materiais que determinam, em relação aos direitos fundamentais, os objetivos do Estado, bem como elementos procedimentais cujo núcleo contém normas sobre o procedimento legislativo²⁷. A Constituição alemã, a brasileira, entre outras, seguem o *modelo constitucional misto*.

Assinala Robert Alexy que o fato de estarem reciprocamente vinculados, em uma Constituição, elementos procedimentais e materiais, o sistema jurídico, em sua totalidade, sofre grandes consequências, pois há conteúdos do sistema jurídico que, do ponto de vista da Constituição, são meramente possíveis, como existem alguns conteúdos constitucionalmente necessários e outros, impossíveis. Portanto, no modelo constitucional misto, à *fundamental formal* soma-se a *fundamentação material*. Os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais seriam, diz Alexy, materialmente fundamentais, tendo em vista que, a partir delas, tomam-se decisões a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Aqueles que conferem pouco conteúdo à Constituição acabam conferindo muito conteúdo ao legislador. As questões referentes à liberdade e à igualdade não teriam incidência parcial, mas em todos os âmbitos do sistema jurídico. Conclui Alexy afirmando que por meio das teses da fundamentação formal e material se tem dito que as normas de direito fundamental exercem um papel central no sistema jurídico²⁸.

5. MODELOS TEÓRICOS ARGUMENTATIVOS A RESPEITO DA CONSTITUIÇÃO E DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outros modelos discutidos e debatidos são relativos à própria concepção *filosófica argumentativa* em torno dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Gisele Cittadino destaca três propostas teóricas²⁹, na sequência descritas, porém outras formas de concepção teóricas são apresentadas pela doutrina³⁰.

A primeira é a *proposta liberal*. Para a proposta liberal, a função essencial da Constituição é a garantia das liberdades negativas, que compõem o núcleo dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de preservar a liberdade do cidadão em tomar decisões sobre a sua vida digna, bem como fazer escolhas a respeito da

26 Nesse sentido, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 503-4.

27 É o que esclarece ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 505.

28 **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 505-6.

29 **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 146-9.

30 Esclarece BONAVIDES, Paulo que para Eberhard Graditz seriam três as teorias sobre os direitos fundamentais: a) *teoria liberal*, a qual seria originária do constitucionalismo clássico; b) *teoria material* do Estado de Direito, em que os direitos fundamentais formariam uma categoria superior de normas suprapositivas; c) *teoria fundamental do Estado Social de Direito*, em que o Estado seria o responsável por fomentar condições sociais e materiais necessárias à dignidade humana. Por outro lado, Helmut Wilke enumeraria também três teorias: a) *individualista*; b) *teoria institucional*; c) *teoria sistêmica ou sociológica*. Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 609. O próprio BONAVIDES, Paulo aponta e comenta três concepções teóricas em torno dos direitos fundamentais: a) *teoria liberal dos direitos fundamentais*, que se desenvolveu com amparo nos valores de legitimação do Estado Liberal dos fins do século XVIII, do século XIX e de parte do século XX; b) *teoria institucional dos direitos fundamentais*, superadora da dimensão estritamente subjetiva dos direitos de liberdade da concepção liberal e que adquire várias ramificações – para essa concepção a liberdade residiria na instituição e no seu âmbito constitui-se, desenvolve-se e concretiza-se; c) *teoria dos valores*, cuja formação teria passado por dois períodos constitutivos; um, que navega em espaço abstrato e teórico, com indagações metafísicas, fenomenológicas e axiológicas de filósofos e jusfilósofos para aferir nos valores o que seria a essência dos comportamentos humanos e sociais; outro, que atua em um campo de ideias doutrinárias retiradas diretamente da realidade jurídica e, portanto, formado por valores colhidos no plano da jurisprudência constitucional dos tribunais. **Curso de direito constitucional**, 18. ed., p. 613-29.

realização dos seus objetivos, sem interferências impeditivas externas³¹. No âmbito da concepção defendida pelos liberais, a *interpretação constitucional* seria orientada por *normas e princípios*³².

A segunda é a *proposta comunitária*. Para a proposta comunitária, a Constituição, no âmbito de seu sistema de direitos, é concebida como um projeto social composto por um conjunto de práticas comuns que estabelecem a identidade de indivíduos autônomos, os quais teriam a obrigação de restaurar e sustentar a sociedade na qual é possível essa identidade. Enquanto projeto, a Constituição revelaria um sentimento compartilhado, em síntese, um verdadeiro compromisso com determinados ideais. Os direitos fundamentais seriam concebidos como liberdades positivas, representados pela participação da cidadania em relação ao processo de deliberação pública, quando haveria uma *identificação patriótica*³³. Para a proposta comunitária, a *interpretação constitucional* se orienta por *valores*³⁴.

A terceira é a *proposta procedimentalista habermasiana*. Na concepção habermasiana, o pluralismo social, o pluralismo cultural e o pluralismo de projetos pessoais transformaram a modernidade em um mundo desencantado, no qual os indivíduos se relacionam, entre si, como estranhos. Diante da inexistência de garantias metassociais, o Direito deverá estabelecer a estrutura normativa, necessária para disciplinar a interação entre esses cidadãos que mantêm entre si relações como estranhos, de forma a assegurarem-lhes iguais liberdades subjetivas, por meio de um procedimento legislativo democrático que permita a participação de todos na formação de decisões, as quais devem decorrer do diálogo, do consenso da força do melhor argumento³⁵. O modelo de *interpretação constitucional* habermasiano é o *procedimental* que assegure a participação dos cidadãos interessados na construção das decisões, por intermédio de um procedimento discursivo prático³⁶.

6. ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

A classificação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é outro assunto complexo e polêmico em sede doutrinária. Muitos autores apresentam classificação tendo em vista algumas *dimensões* ou *gerações* dos direitos fundamentais, partindo de uma concepção em torno da própria evolução do Estado

31 Sobre a proposta liberal, escreveu CITTADINO, Gisele que se trata da concepção de Rawls, acrescentando: “São estes direitos e liberdades básicas que, no âmbito de uma sociedade bem ordenada, asseguram, segundo Rawls, o respeito de cada cidadão por si mesmo, na medida em que viabilizam a realização de sua concepção individual sobre a vida digna. Ao mesmo tempo, como estes direitos e liberdades básicas são a todos garantidos, revelam o respeito mútuo que existe entre os cidadãos. Neste sentido, os direitos e liberdades básicas permitem o desenvolvimento das duas capacidades morais que caracterizam o cidadão em uma sociedade bem ordenada, ou seja, a capacidade de ter um sentido de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem”. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 146-9.

32 Diz CITTADINO, Gisele: “Os argumentos liberais acerca da prestação jurisdicional constitucional estão organizados em torno de uma ideia central, segundo a qual uma democracia constitucional deve, sobretudo, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, conferindo um papel proeminente à Constituição e ao sistema de direitos nela inscritos. Contra eventuais procedimentos majoritários que possam ameaçar a neutralidade liberal que assegura o espaço do desacordo razoável, a Constituição deve fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas”. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 183.

33 Nesse sentido, CITTADINO, Gisele, acrescenta: “Este patriotismo republicano, tal como concebido por Taylor, pode ser equiparado à ideia de cidadania ativa que, em Walzer, define e interpreta, com vontade e consciência, o conteúdo dos direitos fundamentais. Com efeito, o patriotismo republicano, ao traduzir os valores comuns compartilhados, pressupõe uma cidadania que recupera, atualiza e assegura os direitos fundamentais, tanto quanto influencia o processo político decisório. Não há dúvidas, portanto, que Walzer e Taylor, ao conferirem prioridade às liberdades positivas que assegurem uma cidadania ativa ou um patriotismo republicano, atribuem à autonomia pública a tarefa de configurar e interpretar a Constituição enquanto projeto que traduz uma vontade coletiva. São os trabalhos de Bruce Ackerman, no entanto, que revelam o compromisso com este ‘constitucionalismo patriótico’. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 158-3.

34 Esclarece novamente CITTADINO, Gisele: “Os comunitários dão a si próprios a tarefa de revelar como a interpretação liberal dos direitos fundamentais e a defesa do ‘judicial review’ são incompatíveis com uma política de reconhecimento igualitário capaz de assegurar a sobrevivência das distintas identidades culturais. A postura liberal frente aos direitos individuais visa, segundo Taylor, neutralizar a existência de diferenciação, instituindo controles judiciais que violam o exercício da autonomia por parte de determinados grupos culturais. Taylor invoca a posição do ‘Canadá inglês’ em relação aos franceses de Quebec como reveladora desta intenção”. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 194-5.

35 Explica CITTADINO, Gisele: “(...) o patriotismo constitucional em Habermas difere tanto do republicanismo cívico proposto por Dworkin, como do patriotismo configurado por Taylor ou do constitucionalismo patriótico concebido por Ackerman. Com efeito, se o republicanismo cívico de Dworkin aponta para as obrigações dos indivíduos em relação à comunidade na qual se inserem, não há dúvidas, por outro lado, que eles são essencialmente pessoais privadas dotadas de direitos individuais que asseguram os seus interesses frente ao aparato estatal, ao qual estão funcionalmente ligados. Quanto ao patriotismo configurado por comunitários e republicanos, ainda que tenha a vantagem de derivar o ‘status’ dos sujeitos de direito de uma rede de relações igualitárias de reconhecimento, supõe, de outra parte, que a cidadania tem a capacidade – pelo menos em determinados momentos históricos – de agir orientada por uma concepção compartilhada de bem comum. O patriotismo constitucional proposto por Habermas evidencia, contra os liberais, a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública. Ao mesmo tempo, e diferentemente de comunitários e republicanos, esta concepção de patriotismo pode prescindir de uma visão compartilhada de bem, porque vincula a cidadania democrática à consciência pública de sujeitos de direito que ‘se constituem por sua própria força como uma associação de livres e iguais’. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 170-2.

36 Escreve CITTADINO, Gisele: “(...) O modelo procedimental de interpretação constitucional proposto por Habermas, ao contrário da ‘leitura moral da Constituição’, tal como elaborada por Dworkin, recusa tanto o processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, como o enfoque monológico de ‘um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade (...)’. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 205.

Constitucional contemporâneo. Assim, existiriam os *direitos fundamentais*: a) *individuais*, como de primeira dimensão; b) *econômicos, sociais e culturais*, de segunda dimensão; e c) *à paz, ao desenvolvimento e direitos de solidariedade*, de terceira dimensão³⁷. Além dessas dimensões, há quem acrescente mais duas dimensões, sustentando a existência de uma *quarta* e até de uma *quinta* dimensão dos direitos fundamentais³⁸.

Outros classificam os direitos fundamentais em: a) *direitos civis*, consagrados no século XVIII; b) *direitos políticos*, conquistados no século XIX; e c) *direitos sociais*, cuja conquista diz respeito ao século XX³⁹.

As classificações acima levam em conta, principalmente, a evolução histórica dos direitos fundamentais na Idade Contemporânea. Contudo, outras existem que procuram apresentar uma classificação fundada no plano da dogmática jurídica e, portanto, atrelada aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, expressa ou implicitamente, e vigentes em determinado país.

Nesse sentido, Robert Alexy desenvolve estudo específico sobre os direitos fundamentais, no qual aborda, em capítulos separados, os seguintes direitos fundamentais: a) o *direito geral de liberdade*; b) o *direito geral de igualdade*; e c) *os direitos a ações positivas do Estado*, dentro dos quais estariam os direitos à proteção, à organização e procedimento; e d) os direitos prestacionais em sentido estrito, compostos pelos *direitos sociais fundamentais*⁴⁰.

No plano da dogmática jurídica constitucional, partindo dos critérios de *cognição* e do *dever correlativo*, há quem apresente as seguintes classificações dos direitos fundamentais: a) pelo *critério nível de cognição*, os direitos fundamentais seriam *direitos autossuficientes* e *direitos coalescentes*, conforme exista a necessidade ou não de norma infraconstitucional para a integração do conteúdo do enunciado normativo; b) pelo *critério do dever correlativo*, os direitos fundamentais seriam *direitos de abstenção* (ou de defesa), que exigem dos sujeitos passivos um comportamento negativo (não restrição do direito de liberdades públicas etc.), e *direitos de prestação*, os quais impõem ao poder público uma prestação positiva ou ativa (fornecimento de medicamento pelo Estado aos doentes etc.)⁴¹.

José Afonso da Silva, partindo da disciplina dos direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, apresenta classificação dos direitos fundamentais, no plano do conteúdo, no seguinte sentido: a) *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, destinados ao reconhecimento da autonomia dos particulares, tais como o direito de liberdade, igualdade, segurança, propriedade (art. 5º); b) *direitos fundamentais do homem-nacional*, os quais se destinam à fixação da nacionalidade e suas finalidades (art. 12); c) *direitos fundamentais do homem-cidadão*, consistentes nos direitos políticos de votar e ser votado (art. 14); d) *direitos fundamentais do homem-social*, vinculados ao homem no plano de suas relações sociais, entre eles destacam-se a educação, saúde, seguridade social (art. 6º); e) *direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade*, considerados como direitos coletivos (art. 5º); e

37 Nesse sentido, afirma BONAVIDES, Paulo que essas três dimensões (gerações) são regidas e inspiradas, de modo sucessivo e cumulado, pelos princípios da *liberdade*, da *igualdade* e da *solidariedade*. O constitucionalista acrescenta a *democracia* como direito de quarta dimensão: “A democracia é princípio, e os princípios têm sua normatividade, tanto conceitual como positivamente, já definida e reconhecida em algumas ordens constitucionais”. *Teoria do Estado*, p. 350.

38 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*, p. 5-6.

39 Sobre o assunto, esclarece BESTER, Gisela Maria: “Uma das primeiras classificações dos direitos fundamentais e justamente a mais aceita é aquela que foi proposta de 1950 por T. H. Marshall, conforme já demos notícias no início deste Capítulo. Originalmente Marshall classificou os direitos em ‘civis’ (afirmados no século XVIII), ‘políticos’ (conquistados no século XIX) e ‘sociais’ (conquistados no século XX)”. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*, p. 587.

40 Sobre os direitos prestacionais em sentido estrito, escreve ALEXY, Robert que são direitos do indivíduo frente o Estado a algo que, caso o indivíduo possuísse meios suficientes e se encontrasse no mercado oferta suficiente, tais direitos poderiam ser obtidos também de particulares. Para ALEXY, os direitos prestacionais em sentido estrito são direitos sociais fundamentais, sendo que em relação a eles é possível distinguir entre os que estão explicitamente estatuídos dos que são interpretativamente reconhecidos. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 482-3.

41 Nesse sentido, escreve MARTINS NETO, João dos Passos: “Para esse efeito, a mais tradicional das classificações, aquela que subdivide os direitos fundamentais em ‘direitos de liberdade’ (matriz liberal), ‘direitos políticos’ (matriz democrática) e ‘direitos sociais’ (matriz social), é irremediavelmente imprestável. Em vez dela, e bem ao contrário, já terão bastante utilidade duas outras classificações derivadas de critérios entre si distintos: a primeira, assentado sobre o critério do ‘nível de cognição’, permite subdividir os direitos fundamentais em ‘direitos auto-suficientes’ e ‘direitos coalescentes’; a segunda, extraída do critério do dever ‘correlativo’, em ‘direitos de abstenção’ e ‘direitos de prestação’. Desde logo, cabe ressaltar que, em razão da diversidade de critérios que as animam, essas classificações não são mutuamente excludentes, mas perfeitamente comunicáveis, de modo que podemos obter duas combinações relevantes, assim predispostas: 1. Direitos de abstenção e de prestação auto-suficientes e; 2. direitos de abstenção e de prestação coalescentes”. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*, p. 126-7.

f) *direitos fundamentais do homem solidário ou do gênero humano*, representados pelo direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao ambiente, ao patrimônio comum da humanidade (art. 3º, 4º e 225)⁴².

A classificação acima, apesar de ser didática, não leva em conta o principal aspecto da nova Hermenêutica Constitucional: o plano da concretização, da efetivação dos direitos fundamentais. Nesta obra, a defesa da nova *summa divisio* leva em consideração justamente o plano da titularidade, em sua conjugação com o plano da proteção e da efetivação dos direitos. A partir daí é que se conclui, com amparo inclusive em disposição constitucional expressa (Título II, Capítulo I, da CF/88), que os direitos fundamentais e os direitos em geral compõem, no âmbito do sistema constitucional brasileiro, dois grandes blocos o do Direito Individual e o do Direito Coletivo.

Portanto, tendo em vista as diretrizes da nova *summa divisio* Direito Coletivo e Direito Individual, constitucionalizada no Brasil (Título II, Capítulo I, da CF/88), entende-se que os direitos fundamentais são ou *individuais* ou *coletivos* e, geralmente, estão relacionados direta ou indiretamente ou até reflexamente ao direito à vida ou à sua existência com dignidade, em que são incluídos vários direitos, tais como o direito de liberdade, de igualdade, de privacidade, de educação, à saúde pública, ao ambiente ecologicamente equilibrado etc. São os direitos que têm previsão expressa ou implícita na Constituição como Lei Fundamental. A previsão implícita decorre da cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais prevista no § 2º do art. 5º da CR/88. Todos os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, se são concebidos como fundamentais, possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CR. Essa aplicabilidade imediata não impede que eles sejam considerados de realização impossível, muitas vezes em situações provisórias, quando houver impedimento real ou fático, porém é descabida a alegação de impedimento formal, ou meramente de teor jurídico, como barreira à realização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. O impedimento puramente jurídico não existe porque a Constituição é clara e contundente ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Prefere-se uma orientação que não disponha sobre classificações fechadas e impermeáveis à realidade e situações concretas, até porque os problemas concretos é que indicam, muitas vezes, a via certa para fixar o tipo de tutela jurídica adequada e necessária para o caso.

A *urgência* e a *necessidade* concretas impõem o modo de tutela jurídica e são imprescindíveis para a própria qualificação constitucional do direito. Flexibiliza-se aqui o *pensamento sistemático* para conceber o direito também como problema, conforme orientação da doutrina do *pensamento problemático* que tem a *tópica* como sua técnica de raciocínio⁴³.

Portanto, em regra, não é razoável excluir qualquer espécie de Direito Individual ou de Direito Coletivo do âmbito da teoria dos direitos constitucionais fundamentais.

A própria Constituição não estabelece qualquer tipo de exclusão, ao contrário, ela dispõe expressamente que os direitos e garantias previstos na Constituição não são excludentes de outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§ 2º do art. 5º).

Não obstante existam disposições constitucionais expressas sobre direitos e garantias constitucionais fundamentais, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter adotado o *modelo misto (procedimental e material)*, outros direitos fundamentais, individuais e coletivos poderão ser aferidos, especialmente em situações concretizantes.

⁴² Curso de direito constitucional positivo, p. 183-4.

⁴³ Nesse sentido, advertiu VIEHWEG, Theodor: "(...) De fato é muito difícil ver onde deve encontrar-se uma unidade plenamente significativa. Indica, ademais, como tem de buscar-se uma estrutura adequada para nossa disciplina. Posto que o problema fundamental conserva sempre o lugar dominante, produz-se uma relação mediata ou imediata entre o direito positivo e tudo o que surge ao redor dele, com este problema. É claro que todas as partes integrantes desta busca do direito têm de permanecer necessariamente dependentes, e que não é lícito, por isto, tentar desligá-las de sua raiz problemática e ordená-las depois isoladas em si mesmas. Não estão, em absoluto, em situação de desenvolver um arcabouço semelhante, a partir de si próprias. Projeto de sistema que contrarie este ponto de vista se elimina, em geral, por si só, e é, apesar de toda a sua beleza científica, praticamente inutilizável". *Tópica e jurisprudência*, p. 91.

Conforme anteriormente afirmado, o recebimento de um crédito por parte capaz e, portanto, direito disponível poderá tornar-se um direito fundamental quando verificado concretamente que, ante a situação ventilada, no recebimento do crédito encontra-se a esperança em uma sobrevivência mais digna.

A ciência jurídica em geral e, especialmente, a própria ciência jurídica constitucional são concebidas atualmente como ciências jurídicas práticas. A interpretação do sistema jurídico, para adquirir legitimidade e adequação à realidade, deve ser conduzida pelo raciocínio problemático⁴⁴.

É justamente essa a orientação firmada pelo novo constitucionalismo surgido após a Segunda Grande Guerra Mundial e em construção. O novo paradigma constitucionalista orienta para a superação dos métodos clássicos de interpretação não valorativos e não criativos. Ao contrário da simples interpretação da lei, a doutrina constitucionalista fala em *concretização de preceitos constitucionais* como atividade valorativa e criativa exercida diante do problema concreto a ser solucionado⁴⁵.

7. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em relação às características dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, a doutrina clássica aponta a *historicidade*, a *inalienabilidade*, a *imprescritibilidade*, a *irrenunciabilidade*, a *interdependência*, a *universalidade*, a *complementaridade* e a *efetividade*. No plano da *historicidade*, os direitos fundamentais possuem dimensões históricas como todos os direitos. Surgidos com a revolução burguesa, os direitos fundamentais evoluíram e ampliaram no decorrer da História Contemporânea. Em relação à *inalienabilidade*, os direitos fundamentais, não possuindo conteúdo econômico-patrimonial, seriam intransferíveis e inegociáveis e, assim, indisponíveis. Seriam *imprescritíveis*, no sentido de que nunca deixarão de ser exigíveis, não incidindo prescrição, que só recairia em relação aos direitos de caráter patrimonial. Os direitos fundamentais seriam *irrenunciáveis*, o que significaria que até podem não ser exercidos, mas os seus titulares não têm poder para renunciá-los⁴⁶. Os direitos fundamentais seriam *interdependentes*, pois, apesar da autonomia conferida a cada um, há pontos de intersecções entre eles, objetivando o alcance das finalidades para as quais eles existem⁴⁷. Seriam também *universais*, tendo em vista que abrangem todas as pessoas, independente de sexo, credo, convicção político-filosófica, cor ou nacionalidade⁴⁸. Há entre eles *complementaridade*⁴⁹, de forma que não devem ser interpretados de modo isolado, mas em conjunto com os objetivos da Lei Fundamental, depositados pelo poder originário constituinte⁵⁰. Aos direitos fundamentais deve ser conferida *efetividade*, inclusive, sendo o caso, com a utilização, pelo Poder Público, dos meios necessários para o seu alcance⁵¹.

As características acima não são exaustivas e devem ser sopesadas e contextualizadas no âmbito de cada Constituição. No Brasil, por exemplo, o direito de propriedade está inserido como dos direitos fundamentais (art. 5º, XXII, da CR); contudo, nada impede que o autor disponha ou renuncie ao seu direito; essa mesma orientação aplica-se ao direito de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de lesão à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (art. 5º, X, da CR).

Entre outras características dos direitos fundamentais que podem ser apontadas, convém destacar algumas de caráter principiológico: a *máxima força concretizadora*; a *interpretação aberta e ampliativa*; a

44 Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 32-3.

45 Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo: "Surge, assim, a necessidade de uma operação valorativa, fática e material, que se executa mediante uma nova técnica interpretativa – a técnica concretizadora –, em que, fugindo do esquema formal e abstrato de subsunção, peculiar à hermenêutica do positivismo, e fundado num voluntarismo subjetivo ou objetivo – a vontade do legislador ou a vontade da lei –, o intérprete se volve diretamente para uma 'compreensão' do conteúdo da norma que se vai concretizar. Esse ato de compreensão acha-se indissociavelmente vinculado tanto à 'pré-compreensão' do intérprete como ao 'problema' concreto que se vai resolver". *Curso de direito constitucional*, 18. ed., p. 604.

46 Nesse sentido, apontando as características até aqui elencadas, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181.

47 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, p. 41.

48 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, p. 41.

49 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, p. 41.

50 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, p. 41.

51 Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, p. 41.

máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares; a dinamicidade incorporativa e valorativa; a proibição do retrocesso; e a relativização.

Pela característica principiológica da *máxima força concretizadora dos direitos fundamentais*, observa-se que tais direitos foram essenciais para o estabelecimento do *pós-positivismo jurídico*, pautado por uma nova Hermenêutica Constitucional, superadora da mera *interpretação-subsunção*, do positivismo legalista, pela *interpretação-concretização*, que se constitui em tipo de *interpretação criativa e valorativa*⁵². O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, previsto no § 1º da CF/88, é desmembramento da máxima força concretizadora dos direitos fundamentais.

A *interpretação aberta e ampliativa* é outra característica principiológica importante dos direitos fundamentais. Essa característica possui dupla dimensão: *uma*, no sentido de que cada direito fundamental, em si, merece interpretação aberta e flexível, sempre ampliativa; outra, presente inclusive no § 2º do art. 5º da CF/88, confere abertura à própria Constituição como Lei Fundamental, no sentido de que o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, constituindo-se em rol aberto do tipo incorporativo.

Outra característica principiológica dos direitos fundamentais, que se constitui como de extrema relevância, é a da *máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares*. Os direitos fundamentais representam a essência e o núcleo de uma Constituição. Consequentemente, possuem máxima força principiológica, que irradia orientação para toda ordem jurídica e vincula a atuação dos operadores jurídicos em geral, inclusive do particular. As reformas no sistema legislativo, a atuação do executivo, do judiciário, e até o comportamento do particular devem obediência e respeito aos direitos fundamentais⁵³.

Pela característica principiológica da *dinamicidade incorporativa e valorativa*, os direitos fundamentais são direitos dinâmicos, que evoluem e se aperfeiçoam, acompanhando novos valores de acordo com a evolução cultural dos povos. Essa evolução baseia-se em um núcleo de conquistas gerais e universais da humanidade, mas nada impede que alcancem estágios mais progressivos de evolução em certas nações de democracias mais avançadas.

Os direitos fundamentais representam as maiores conquistas da humanidade. Por conseguinte, em relação a eles incide a característica principiológica da *proibição do retrocesso*. A evolução, a incorporação de novos valores e de novos direitos fundamentais constituem-se em características essenciais aos direitos fundamentais, como afirmado, porém o retrocesso é inadmissível, portanto, incompatível com a teoria geral dos direitos fundamentais.

A *relativização* é característica principiológica dos direitos fundamentais que permite uma interpretação conciliadora e conformadora entre os próprios direitos fundamentais e entre eles e outros bens e valores constitucionais que, igualmente, merecem proteção. Se todos os direitos fundamentais merecem proteção jurídica, é imprópria uma interpretação que sustente a característica *absoluta* dos direitos fundamentais, até porque há a necessidade de uma interpretação conciliadora entre os direitos fundamentais. No caso, incide o princípio da proporcionalidade como diretriz básica para eliminar pontos de tensão entre os direitos fundamentais ou entre eles e outros valores e bens constitucionalmente tutelados⁵⁴.

52 A respeito ressaltou BONAVIDES, Paulo: "(...) há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o conceito novo de 'concretização', peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada". **Curso de direito constitucional**, 18. ed., p. 591.

53 A respeito da força irradiante dos direitos fundamentais, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 507.

54 Sobre incidência da proporcionalidade no plano dos direitos fundamentais: PETER, Häberle. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**, p. 127-9; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 328-9; PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 686-798.

8. MODELOS DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quanto aos modelos de construção dos direitos fundamentais, nota-se, a partir das lições de Robert Alexy, que existem basicamente dois modelos. Um *primeiro modelo*, em que os direitos fundamentais são construídos como *regras*. Um *segundo modelo* de construção dos direitos fundamentais como *princípios*. Não há sistema jurídico que adote de forma pura uma dessas duas construções.⁵⁵

Alexy explica que as *regras* são normas jurídicas que obrigam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva e, portanto, seriam *mandamentos definitivos*. Por outro lado, os *princípios* são normas que ordenam que algo se realize na maior medida do possível e, por isso, os *princípios* são *mandamentos de otimização do sistema* e são cumpridos, quando houver ponto de tensão com outro princípio, com a observância da ponderação.⁵⁶

Para o citado autor alemão, a construção dos direitos fundamentais como regra poderá se dar com o objetivo de evitar problemas relacionados com as ponderações. Nessa medida, as normas de direitos fundamentais construídas como regras são aplicadas basicamente livres de ponderação. Esse tipo de construção tem um grande problema, que são justamente as restrições aos direitos fundamentais, que passariam a depender de lei para serem aplicados. Isso geralmente é evitado quando a construção dos direitos fundamentais se dá por princípios, quando haverá uma relação necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade e, nessas hipóteses, a aplicação dos direitos fundamentais dependeria somente da ponderação.⁵⁷

A CR/1988 acolheu a orientação de construção dos direitos fundamentais como princípios, tanto que logo no seu art. 5º, § 1º, está consagrado expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*. Além disso, o § 2º do art. 5º da CR/1988 prevê expressamente essa orientação de construção dos direitos fundamentais como princípios: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

Portanto, a compreensão e a interpretação do modelo de construção dos direitos e garantias constitucionais fundamentais se dão por princípios, que são, no horizontes reflexivos de Robert Alexy, mandamentos de otimização do sistema.⁵⁸ Por isso, esse modelo de construção de direitos, a partir de princípios, estabelece limitações à atuação restritiva do legislativo, do executivo e do judiciário, proibindo, inclusive, retrocesso das conquistas sociais consagradas constitucionalmente, expressa ou implicitamente.

9. OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO VALORES FUNDANTES DA CONSTITUIÇÃO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NÚCLEOS ESSENCIAIS DO SISTEMA JURÍDICO: A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NA ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO

Os direitos fundamentais são as mais importantes conquistas da sociedade na democracia contemporânea, e seus conceitos e características são relevantes para a renovação do Direito em suas várias dimensões de atuação. Constituem, na verdade, valores fundantes da Constituição e do Estado em uma democracia.⁵⁹ No plano da positivação constitucional, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais

55 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ed. 3 reimp. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 28.

56 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ed. 3 reimp. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 28.

57 ALEXY, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2010, p. 19-27.

58 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ed. 3 reimp. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 43.

59 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*: fundamentos do direito. Tradução por Bruno Miragem e notas e revisão da tradução por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

formam um conjunto de princípios irradiantes do sistema jurídico, com força normativa em grau máximo e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CR/1988).

A teoria dos direitos fundamentais constitucionais adotada no Brasil, apoiada no modelo de proteção individual e coletiva, é construída com base em princípios como mandamentos de otimização do sistema. Portanto, isso impede interpretações restritivas desses direitos e garantias pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário, proibindo, inclusive, retrocesso das conquistas sociais consagradas constitucionalmente. E, além disso, impõe novos conceitos para o Direito em suas mais diversas dimensões de atuação.

A Constituição Brasileira consagrou dois grandes modelos de direitos e de garantias fundamentais, o individual e o coletivo (Título II, Capítulo), sendo que esse modelo encontra amparado nos critérios justificadores da titularidade, dos mecanismos de acesso à Justiça e das situações de lesão e de ameaças a direitos, que poderão ser de dimensão individual ou coletiva.⁶⁰

Nesse contexto, e levando-se em orientação a cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais consagrada no art. 5º, § 2, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente na ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade.

A *multifuncionalidade* dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais permite, por exemplo, a releitura da atuação do Ministério Público. Aqui podem ser destacados no âmbito dessa multifuncionalidade: a aplicabilidade imediata; a interpretação ampliativa; e a proibição de retrocesso. Além disso, essa multifuncionalidade impõe a adoção de mecanismos que garantam a tempestividade e a duração razoável da tutela jurídica. Em relação ao Ministério Público, ressalta-se que essa multifuncionalidade impõe a adoção de novas técnicas de atuação, principalmente na tutela coletiva, como, por exemplo, a utilização de projetos sociais como mecanismos de atuação da Instituição com o objetivo de contribuir, ao lado da sociedade, para a promoção da transformação positiva da realidade social.

A título de exemplo, como efeito dessa multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, verifica-se que ação civil pública, que está no rol das atribuições constitucionais do Ministério Público, possui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CR/88), não lhe sendo compatível interpretação restritiva. A ação civil pública também está inserida entre as cláusulas superconstitucionais e, assim, não poderá ser restringida ou eliminada da Constituição (Título II, Capítulo IV, arts. 127, *caput*, e 129, III, da CR/1988). Ela possui prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e valores jurídicos por ela tuteláveis, e seu objeto material, por se tratar de direito fundamental (Título II, Capítulo I, da CR/1988), no caso os direitos coletivos em geral, deverá receber interpretação aberta e flexível, o que tem plena incidência sobre a causa de pedir e o pedido nela formulado, afastando-se a aplicabilidade do art. 293 do CPC. E mais: a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva deve ser conferida à ação civil pública e às ações coletivas em geral, com a admissibilidade de formulação de todos os pedidos e causas de pedir, desde que compatíveis com o direito material coletivo a ser discutido, assegurado ou efetivado pela via jurisdicional. A máxima utilidade da tutela jurisdicional coletiva, com a possibilidade da sua transferência *in utilibus* para o plano individual, também tem incidência na coisa julgada coletiva, favorável à sociedade, formada em decorrência do ajuizamento de uma ação civil pública. Além disso, a imprescritibilidade formal e substancial da ação civil pública é outra consequência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Todas essas diretrizes interpretativas, decorrentes da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da concretização e das reformas legislativas relacionadas à atuação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais.

60 Conferir sobre o tema, a tese de ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* constitucionalizada direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Essa incidência deverá ocorrer tanto no Modelo do Ministério Público Resolutivo, que atua no plano extrajudicial, quanto no plano do Modelo do Ministério Público Demandista, que atua perante o judiciário e que necessita ser revisitado à luz da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Levando-se em consideração a nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil (direito coletivo e direito individual, Título II, Capítulo I, da CR/1988), e mais precisamente no que tange à atuação do Ministério Público, essa multifuncionalidade deverá ter incidência em relação a todos os direitos e garantias constitucionais de natureza coletiva, amplamente considerados, e em relação aos direitos e garantias constitucionais de natureza individual indisponível (Título II, Capítulo I, e arts. 127, *caput*, e 129, III, da CR/1988).

A multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, em suas dimensões subjetiva e objetiva, é hoje o caminho necessário para a compreensão e a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados expressamente no art. 3º da CR/1988, os quais, em síntese, formam o princípio constitucional da transformação positiva social, eixo que deverá conduzir a atuação de todas as Instituições de defesa dos direitos fundamentais, especialmente do Ministério Público, que é constitucionalmente fiscal da própria ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CR/1988).

Nesse sentido da importância da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, em seu aspecto também objetivo, na atuação do Ministério Público, destaca-se o art. 31 da Recomendação Geral nº 02, da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de 24 de julho de 2017, 1ª Edição, que assim dispõe:

Art. 31. O Ministério Público deverá alinhar a sua atuação para garantir, na sua condição de Instituição constitucional incumbida da defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CR/1988), a observância, nos processos autocompositivos extrajudiciais e nos processos judiciais, autocompositivos ou não, dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais nos seus aspectos também objetivos, relativos à organização e à adequação procedimental.

Já sustentamos que o Ministério Público, em razão da sua função constitucional (arts. 127 e 129 da CR/1988), possui a natureza jurídica de Instituição do Acesso à Justiça, ao lado do Poder Judiciário e de outras instituições que formam a garantia constitucional de acesso à Justiça. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inserir o Ministério Público no Título IV, Capítulo IV – “Das Funções Essenciais à Justiça”, confirma essas assertivas. Ademais, como afirmado, o acesso à Justiça é método de pensamento com conceito ampliado, no sentido de se constituir o mais importante direito-garantia fundamental de acesso a todo meio legítimo de proteção e de efetivação adequada dos direitos individuais e coletivos, amplamente considerados.⁶¹

A concepção sobre o acesso à Justiça defendida neste texto não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o acesso ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à arbitragem etc. Também inclui o acesso a Cortes Internacionais de direitos humanos.

Até no plano jurisdicional, o direito de acesso à Justiça não é só o direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o Direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/1988). A decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas, como resultado da prestação jurisdicional, deverá ser constitucionalmente adequada e justa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois sistemas internos de acesso à Justiça. O *sistema de acesso por adjudicação*, que se viabiliza, geralmente, pelo judiciário por intermédio de liminares, sentença e medidas executivas (art. 5º, XXXV, da CR/1988). E, também, o *sistema de resolução*

61 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça*. In Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel ALMEIDA, Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, vol. 1, 2016, p. 49-107.

consensual de conflitos, conforme orienta o Preâmbulo da Constituição, quando prevê que a República Federativa do Brasil é fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, *com a solução pacífica das controvérsias*. No mesmo sentido, dispõe o art. 4º, inciso VII, da CR/1988 que a República Federativa do Brasil será regida, nas relações internacionais, pela solução pacífica dos conflitos.⁶²

Ademais, como escrevemos,⁶³ o próprio Estado Democrático de Direito, rompendo com a concepção dualista (Sociedade X Estado), está dentro da Sociedade, como sua força organizativa em grau máximo, e sua função básica é proteger e efetivar os direitos fundamentais individuais e coletivos, visando à transformação social, até porque a CR/1988, além de estabelecer, expressamente (art. 1º, parágrafo único), que todo poder emana do povo, que o exerce por seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, consagra o princípio da transformação social ao fixar, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a necessidade de criação de uma sociedade livre, justa, solidária, da erradicação da pobreza, da diminuição das desigualdades sociais (art. 3º).

Por outro lado, apesar da forte influência, atualmente, das classificações doutrinárias bipartidas das normas jurídicas, em regras e princípios, sendo inúmeros os estudos sobre o tema envolvendo as concepções de Alexy e Dworkin, este texto parte da concepção, já defendida por seu autor,⁶⁴ no sentido de que as normas jurídicas possuem três categorias: a) regras, que são normas direcionadas para casos concretos; b) princípios, que são mandamentos de otimização do sistema e, portanto, diretrizes generalizantes; c) garantias, que asseguram mecanismos de proteção dos direitos e das próprias garantias. Assim, as garantias compõem-se de duas dimensões. De um lado estão as garantias instrumentais, como são as ações constitucionais em geral. De outro, as garantias constitucionais fundamentais, que são as instituições de promoção do acesso à Justiça, destacando-se aqui o Ministério Público.⁶⁵

Essa visão a respeito do Ministério Público aqui sustentada, com natureza de garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça da sociedade (o que abrange o indivíduo e a coletividade, no contexto das atribuições constitucionais do Ministério Público, arts. 127 e 129 da CR/1988), possui importantes horizontes que podem ser explorados no plano da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais e do papel constitucional do Ministério Público.

Mesmo antes da Constituição de 1988, o STF já tinha decidido que “A custódia da lei, deferida ao Ministério Público, não pode sofrer restrição na exegese da norma processual, coarctando-lhe o pleno desempenho do ofício”.⁶⁶ Com mais razão agora, em que o Ministério Público é uma garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça da sociedade e do indivíduo, a interpretação das suas atribuições e mecanismos de atuação deverá ser ampliativa. Ademais, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais são valores fundantes da Constituição e do Estado em uma democracia e, ao mesmo tempo, são o centro irradiante, com carga de eficácia em grau máximo, do sistema jurídico. O Ministério Público, nesse contexto, possui a natureza jurídica de garantia fundamental institucional de acesso à Justiça.

Por isso, à luz dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, principalmente com base na cláusula constitucional aberta prevista no § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o rol dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais que devem ser protegidos pelo Ministério Público é meramente exemplificativo. Da mesma forma, tem-se que o rol dos mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional do Ministério Público também é meramente exemplificativo.

62 ALMEIDA, Gregório Assagra de: *Houve, portanto, um grande erro no Brasil ao concentrar quase toda prática que envolve o acesso à Justiça no sistema de resolução por adjudicação (art. 50, XXXV, da CR/1988). É essa, portanto, uma das razões de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatar, em suas pesquisas (destacando-se aqui o Justiça em Números), que no País há mais de cem milhões de processos em tramitação. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça*. In Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, vol. 1, 2016, p. 49-107.

63 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo – superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 183-193.

64 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça*. In Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, vol. 1, 2016, p. 49-107.

65 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça*. In Revista Jurídica da Corregedoria Nacional – O Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, vol. 1, 2016, p. 49-107.

66 STF: RE 92656-9-RJ, 1ª, Rel. Min. Néri da Silveira, v.u., Lex-JSTF, 92/73 – j.. 3.12.1984.

A título de ilustração, convém destacar que o Ministério Público, em suas atuações jurisdicionais, poderá utilizar-se de todas as ações, provas e medidas judiciais, mesmo que atípicas, mas desde que necessárias e adequadas para proteger e/ou efetivar direitos fundamentais. A Instituição poderá, por exemplo, utilizar-se de provas por estatísticas, por amostragem ou valer-se de diagnósticos sociais em suas demandas judiciais e, além disso, todos os tipos de pedidos e medidas judiciais podem ser utilizadas pela instituição no exercício das suas atribuições constitucionais. Quanto ao plano extrajurisdicional, com base nesse mesmo entendimento, sustenta-se que o Ministério Público poderá utilizar-se de mecanismos atípicos, mas jurídica e socialmente legítimos, tais como acordos para a pactuação com o poder público sobre a implementação de políticas públicas, projetos sociais e institucionais, reuniões coletivas, poderá utilizar-se, também, do direito de petição, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CR/1988, assim como de outros mecanismos legítimos, mesmo que não previstos expressamente na Constituição ou na lei.

Não há dúvida, com efeito, de que é inconstitucional medida ou decisão que imprima interpretação restritiva ao papel constitucional do Ministério Público, das suas atribuições e dos seus mecanismos de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional na defesa dos direitos fundamentais (arts. 1º, 3º, 5º, XXXV, § 2º, arts. 127 e 129, todos da CR/1988).⁶⁷

No contexto dessas reflexões, convém destacar aqui a Carta de Brasília, firmada e aprovada, após amplos debates e discussões no procedimento de estudos e pesquisas instaurado pela Corregedoria Nacional (artigo 2º da Portaria CN nº 87, de 16 de maio de 2016), em sessão pública ocorrida no dia 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do CNMP, ocasião em que a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União celebraram o acordo, aprovando e assinando a denominada Carta de Brasília, com os considerandos e diretrizes no sentido da Modernização do Controle da Atividade Extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público bem como o Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro.

A Carta de Brasília,⁶⁸ quando fixa, em especial, diretrizes voltadas para as Corregedorias, a Nacional e as Corregedorias dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, traz um compromisso normativo por intermédio de cláusulas-diretivas que deverão ser cumpridas para garantir a eficácia social da atuação do Ministério Público como instituição constitucional de acesso à justiça e comprometida com o princípio da transformação social (art. 3º e arts. 127 e 129 da CR/1988) e alinhada à defesa efetiva dos direitos fundamentais, ressaltando-se aqui a título ilustrativo, entre outras, as seguintes diretrizes, consagradas na Carta de Brasília, dirigidas à Corregedoria Nacional e às Corregedorias de cada um dos Ministérios Públicos para a avaliação, orientação e fiscalização das atividades extrajurisdicionais: a) *Renovação dos métodos de avaliação, orientação e fiscalização da atividade-fim e das atividades administrativas pelas Corregedorias, para aferir a atuação resolutiva do Ministério Público e a sua relevância social*; b) *Avaliação, orientação e fiscalização do cumprimento do Planejamento Estratégico, do Plano Geral de Atuação e dos Programas de Atuação dos Órgãos de Execução e dos seus respectivos Projetos Executivos*; c) *Estabelecimento de orientações gerais e de critérios de avaliação, orientação e fiscalização com a priorização de demandas a partir do Planejamento Estratégico, do Plano Geral de Atuação e dos Programas de Atuação dos Órgãos de Execução e dos seus respectivos Projetos Executivos*; d) *Valorização do resultado da atuação das Corregedorias dos Ministérios Públicos, de modo a ultrapassar o controle meramente formal, quantitativo e temporal nas causas em que atuam o Ministério Público*.

Assim, entre as diretrizes mais importantes da Carta de Brasília, destaca-se a necessidade de superação da valorização meramente formal e taxativa pelas Corregedorias do Ministério Público da atuação extrajudicial e jurisdicional, geralmente amparada no controle quantitativo e temporal das causas em que

67 ALMEIDA, Gregório Assagra de; DAHER, Lena Luciana Nunes; LOPES, Ludmila Reis Brito. **O Ministério Público como Garantia Constitucional Fundamental de Acesso à Justiça da Sociedade**: interpretação ampliada dos seus mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional. Tese aprovada no XXII Congresso Nacional do Ministério Público: "Três Décadas da Constituição Federal de 1988: Os Novos Desafios do Ministério Público", realizado em Belo Horizonte nos dias 27 a 29 de setembro de 2017.

68 CARTA DE BRASÍLIA: Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. Consultar: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9713-congresso-de-gestao-do-mp-corregedorias-do-ministerio-publico-aprovam-a-carta-de-brasilia>>. Acesso em: 19.12.2016, às 10h. Também: ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. In *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público*. Vol. I – O papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, Vol. I, ano 2016, p. 49/107.

atuam o Ministério Público. Nos termos daquele Documento, as Corregedorias dos Ministérios Públicos devem se portar como garantias fundamentais de boas sinalizações nas suas atividades de avaliação, orientação e fiscalização quanto à atuação funcional da Instituição.

E foi justamente nesse contexto que o atual Corregedor Nacional do Ministério Público, Orlando Rochadel Moreira, assinou e expediu, no dia 15 de março de 2018, a Recomendação de Maceió-AL, que dispõe sobre o estágio probatório dos membros do Ministério Público brasileiro e estabelece outras disposições. Entre os considerandos desta Recomendação, destaca-se o seguinte:

CONSIDERANDO que o Ministério Público é garantia constitucional fundamental de acesso à justiça (arts. 30, 50, § 20, 127 e 129, todos da CR/1988), sendo fundamental o aprimoramento da sua atuação jurisdicional e extrajurisdicional visando à concretização e à efetivação dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais afetos às atribuições constitucionais da Instituição;

E mais: logo no artigo 1º desta Recomendação são arrolados vários princípios que devem ser observados para avaliar a confirmação carreira de membros do Ministério Público em Estágio Probatório:

Art. 1º Considera-se estágio probatório o período compreendido pelos dois primeiros anos de efetivo exercício na carreira, durante os quais será examinada pelos respectivos órgãos de competência do Ministério Público brasileiro, notadamente por suas Corregedorias e por seus Conselhos Superiores, a conveniência da permanência e do vitaliciamento na carreira do membro do Ministério Público, observados, entre outros, os seguintes princípios:

I - capacidade de resolução humanizada dos conflitos, controvérsias e problemas;

II - eficiência, pontualidade e assiduidade;

III - idoneidade ética e moral revelada por meio de condutas pública e privada compatíveis com a dignidade do cargo e que não exponham a imagem do Ministério Público e não gerem desconfiança no cidadão;

IV - proatividade, capacidade técnico-jurídica, ponderação e bom senso na tomada de decisões;

V - integração comunitária do membro do Ministério Público em estágio probatório no que estiver afeto às atribuições do cargo, aferida, inclusive, pela residência na comarca ou na localidade onde exerce as suas atribuições;

VI - atuação adequada e eficiente do membro do Ministério Público em estágio probatório em relação ao atendimento ao público e no que tange à sua inserção no ambiente jurídico;

VII - inteligência emocional, aferida pela postura equilibrada que revele amor e respeito aos valores e compromissos institucionais do Ministério Público e à defesa dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais do cidadão;

VIII - vocação para o exercício das funções jurisdicionais e extrajurisdicionais do Ministério Público, a ser aferida pelo comprometimento e pelas iniciativas do membro em estágio probatório que revelem amor em face das causas institucionais e do exercício das atribuições nas diversas áreas de atuação;

IX - gentileza, paciência, temperança e capacidade de exprimir sentimentos nobres no trato com as pessoas, principalmente as mais carentes e humildes e aquelas que estejam em situações de exclusão social;

X - empenho e dedicação ao aperfeiçoamento funcional periódico e multidisciplinar;

XI - capacidade de gestão administrativa e funcional dos órgãos ou unidades de atuação no Ministério Público;

XII - disposição e iniciativas para atuar em rede e de forma integrada e cooperativa tanto no âmbito do Ministério Público quanto em relação a outros órgãos ou instituições de defesa de interesses sociais e/ou de interesses legítimos do Estado;

XIII - observância das formas respeitosas de tratamento quando se dirigir aos cidadãos, aos servidores, às instituições, às entidades, aos seus pares e colegas, aos integrantes da Administração Superior e da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Entre esses princípios acima transcritos, destacam-se, de maneira muito especial, os arrolados nos incisos I e VII do artigo 1º da Recomendação de Maceió, os quais se referem à capacidade de resolução humanizada dos conflitos, controvérsias e problemas e à exigência de inteligência emocional, aferida pela postura equilibrada que revele amor e respeito aos valores e compromissos institucionais do Ministério Público e à defesa dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais do cidadão. Nota-se, portanto, a preocupação, muito acertada por sinal, da Corregedoria Nacional do Ministério Público com formação, a avaliação, a orientação e a fiscalização da atuação adequada dos membros do Ministério Público em Estágio Probatório na defesa dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

10. CONCLUSÕES

1. Os direitos fundamentais são as mais importantes conquistas da sociedade na democracia contemporânea, e os seus conceitos e características são relevantes para a renovação do Direito em suas várias dimensões de atuação.
2. A teoria dos direitos fundamentais constitucionais adotada no Brasil, apoiada no modelo de proteção individual e coletiva, é construída a partir de princípios como mandamentos de otimização do sistema. Portanto, isso impede interpretações restritivas destes direitos e garantias pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário, proibindo, inclusive, retrocesso das conquistas sociais consagradas constitucionalmente. E, além disso, impõe novos conceitos para o Direito em suas mais diversas dimensões de atuação.
3. A Constituição Brasileira consagrou dois grandes modelos de direitos e de garantias fundamentais, o individual e o coletivo (Título II, Capítulo), sendo que esse modelo encontra amparado nos critérios justificadores da titularidade, dos mecanismos de acesso à justiça e das situações de lesão e de ameaças a direitos, que poderão ser de dimensão individual ou coletiva.
4. Nesse contexto, e levando-se em orientação a cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais consagrada no art. 5º, § 2, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente na ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade.
5. Os direitos e as garantias constitucionais Fundamentais são valores fundantes da Constituição e do Estado Democrático de Direito e também núcleos essenciais do sistema jurídico.
6. A multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais são muito relevantes na formação e na atuação dos Membros do Ministério Público em Estágio Probatório.
7. A Carta de Brasília, aprovada pelas Corregedorias do Ministério Público e a Recomendação de Maceió sobre o Estágio Probatório no Ministério Público brasileiro, expedida pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, confirmam, de forma expressa, a importância dos direitos e das constitucionais fundamentais na formação, na avaliação, na orientação e na fiscalização dos membros do Ministério Público.

11. REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-HoC S.R.L, 2010.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1ed. 3 reimp. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – superação da *summa divisio* constitucionalizada direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. In **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público**. Vol. I – O papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, Vol. I, ano 2016, p. 49/107.

_____. DAHER, Lena Luciana Nunes; LOPES, Ludmila Reis Brito. **O Ministério Público como Garantia Constitucional Fundamental de Acesso à Justiça da Sociedade**: interpretação ampliadora dos seus mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional. Tese aprovada no XXII Congresso Nacional do Ministério Público: “Três Décadas da Constituição Federal de 1988: Os Novos Desafios do Ministério Público”, realizado em Belo Horizonte nos dias 27 a 29 de setembro de 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, v. I, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Teoria do Estado**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CARTA DE BRASÍLIA: Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. Consultar: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9713-congresso-de-gestao-do-mp-corregedorias-do-ministerio-publico-aprovam-a-carta-de-brasilia>>. Acesso em: 19 dez. 2016, às 10h.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Recomendação Geral CGMP 02, de 24 de julho de 2017, 1ª Edição**. Disponível: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C9E3-28-rec_cgmp_02_2017.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

_____. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Traducción Carlos Ramos, Jürgen Saligmann y César Landa. Lima: Pontificia Universidad Catolica del Peru – Fondo Editorial, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. Tradução por Bruno Miragem e notas e revisão da tradução por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho e Constitucion**. Segunda Edicion. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1986.

_____. **Los derechos fundamentales**. 3ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1988.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. São Paulo: Atlas Editora S.A., 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os ‘novos’ direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.