

Jurisdição

(inter)nacional
e direitos
fundamentais

Organizadores

Alexandre Coutinho Pagliarini

Daniel Ferreira

Marcelo Porciuncula

Sumário

9 · *Seção 1 Convidados estrangeiros*

11 · ¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?

Dieter Grimm

37 · Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Luigi Ferrajoli

67 · Sobre principios y reglas

Manuel Atienza

Juan Ruiz Manero

95 · Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos

Robert Alexy

117 · *Seção 2 Convidados brasileiros*

119 · Direitos fundamentais, mínimo existencial e jurisdição constitucional no Brasil e na Alemanha

Ingo Wolfgang Sarlet

159 · Sistema jurídico e proteção da pessoa humana: a opção constitucional pela primazia dos direitos humanos

Luiz Edson Fachin

Melina Girardi Fachin

Roberto Dalledone Machado Filho

187 · O controle de convencionalidade e sua projeção no ordenamento jurídico brasileiro: uma mirada sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos na jurisdição nacional

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

249 · Seção 3 Coordenadores do livro e coautores

251 · A estatura hierárquica do direito internacional nas constituições da Espanha e do Brasil: um estudo de direito comparado

Alexandre Coutinho Pagliarini

Marcelo Porciuncula

Vinicius Hsu Cleto

279 · Os direitos humanos como legitimadores das cláusulas sociais na contratação pública estratégica ou sustentável: panorama normativo do Brasil, da Espanha e de Portugal

Daniel Ferreira

Luciano Elias Reis

301 · Seção 4 Discentes do PPGD Uninter (Curitiba-PR)

303 · O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas e os limites de sua atuação à luz de acordos internacionais e direitos fundamentais

Anderson Ricardo Fogaça

331 · Repressão às drogas no Direito Internacional Público

André Luis Pontarolli

357 · A importância da supremacia dos direitos humanos no atual
contexto migratório

Bruno Thiago Krieger

373 · Convenção Americana de Direitos Humanos versus legislação
brasileira: pela supremacia da CADH

Bryan Bueno Lechenakoski

397 · A tradição estadunidense do sistema jurídico do common law

Carolina Heloisa Guchel Berri

431 · Parlamento Supranacional na América Latina: o Parlasul e a
separação de poderes

Cintia Maria Leal da Silva

455 · Políticas de austeridade e direitos fundamentais sociais no
Direito Comunitário europeu: o caso português

David Roverso Musso

485 · Necessidade de observância das decisões da Corte
Interamericana de Direitos Humanos pelos órgãos jurisdicionais
brasileiros

Eduardo Novacki

507 · O Ministério Público brasileiro e os amici curiae na jurisdição
interamericana: influências da teoria da sociedade de intérpretes

Gustavo Marques Krelling

541 · A proteção do consumidor no comércio eletrônico: globalização
e transnacionalidade contratual

Hellen Caroline Pereira Fernandes

565 · Uma reflexão acerca dos desafios atuais da Corte Internacional
de Justiça

Jefferson Holliver Motta

589 · Violações brasileiras às “garantias judiciais”: uma visão a partir
da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Luciana Benassi Gomes Carvalho

625 · A implementação da audiência de custódia no Brasil como
cumprimento tardio da Convenção Americana sobre Direitos
Humanos

Paulo Silas Taporosky Filho

653 · A influência do Direito Internacional na criação de políticas
públicas de combate à corrupção no Brasil

Renata Brindaroli Zelinski

Seção 1

Convidados estrangeiros

Dieter Grimm

Juan Ruiz Manero

Luigi Ferrajoli

Manuel Atienza

Robert Alexy

Dieter Grimm

Professor das Universidades de Humboldt (Berlim) e de Yale (Estados Unidos).

[Traducción de Raúl Sanz Burgos]

Resumen: El presente estudio trae la discusión saludable acerca de los derechos fundamentales, no solo como una conducta unilateral del Estado (intervención – deber de acción estatal), sino también como normativos para el orden social (componente negativo – derecho de defensa). Para ello, se discute la diferencia y la coexistencia o, muchas veces, el choque entre los derechos fundamentales como derechos de defensa contra la intervención y como deberes de acción estatal. La discusión alcanza el análisis de los límites jurisdiccionales entre política y justicia, estableciendo, para evitar discrecionalidades, que la ley dirige el mínimo indispensable de manera declaratoria y que, en caso de omisión del legislador, la administración y los tribunales deben conceder el mínimo de derechos fundamentales, estando restringidos a ese mínimo, bajo pena de intervención presupuestaria indebida y, a menudo, de distribución de recursos en condiciones de escasez.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Deber de acción estatal. Derecho de defensa.

Resumo: O presente estudo traz a discussão salutar a respeito dos direitos fundamentais, não só como uma conduta unilateral do Estado (intervenção – dever de ação estatal), mas também como normativos para a ordem social (componente negativo – direito de defesa). Para tanto, discute-se a diferença e a coexistência ou, muitas vezes, o choque entre os direitos fundamentais como direitos de defesa contra a intervenção e como deveres de ação estatal. A discussão alcança a análise dos limites jurisdicionais entre política e justiça, estabelecendo, para evitar discricionariedades, que a lei dirige o mínimo indispensável de maneira declaratória e que, em caso de omissão do legislador, a administração e os tribunais devem conceder o mínimo de direitos fundamentais, estando restritos a esse mínimo, sob pena de intervenção orçamentária indevida e, muitas vezes, de distribuição de recursos em condições de escassez.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dever de ação estatal. Direito de defesa.

Abstract: The present study brings the salutary discussion about fundamental rights, not only as an unilateral conduct of the state (intervention – duty of state action), but also as normative for the social order (negative component – right of defense). To do so, it is discussed the difference and coexistence or often the clash between fundamental

rights as rights of defense against intervention and as duties of state action. The discussion reaches the analysis of the jurisdictional limits between politics and justice, establishing, in order to avoid discretion, that the law directs the indispensable minimum in a declaratory way, being that in case of omission of the legislator, the administration and the courts must grant the minimum of fundamental rights, being restricted to this minimum, under penalty of improper budget intervention and often distribution of resources in conditions of scarcity.

Keywords: Fundamental rights. Duty of state action. Right of defense.

Tabla de contenidos: 1 Sobre la situación. 2 ¿Es la defensa a la intervención la función clásica de los derechos fundamentales? 3 Razones de la expansión de la protección otorgada por los derechos fundamentales. 4 Posibilidad de concebir en términos de prestación los derechos fundamentales negativos. 5 Una salida.

Sumário: 1 Sobre a situação. 2 A defesa da intervenção é a função clássica dos direitos fundamentais? 3 Razões para a expansão da proteção concedida pelos direitos fundamentais. 4 Possibilidade de conceber direitos fundamentais negativos em termos de benefício. 5 Uma saída.

Summary: 1 About the situation. 2 Is the defense of intervention the classical function of fundamental rights? 3 Reasons for the expansion of protection granted by fundamental rights. 4 Possibility of conceiving negative fundamental rights in terms of benefit. 5 An exit.

1

Sobre la situación

El descubrimiento del principio de proporcionalidad y el despliegue del contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales se han mostrado como las innovaciones de mayores consecuencias en la dogmática de los derechos fundamentales de la posguerra. Pero, a la vez que el principio fundamental de proporcionalidad progresa en el marco de la conocida defensa negativa de los derechos fundamentales y se refuerza decisivamente el poder defensivo de estos contra las intromisiones del Estado en la libertad, la comprensión jurídico-objetiva abre a

los derechos fundamentales un área de aplicación enteramente nueva. De esta interpretación de los derechos fundamentales se derivan, de forma paulatina, su irradiación a las relaciones de derecho privado, la denominada eficacia frente a terceros, los derechos originarios a prestaciones o derechos de participación de los individuos frente al Estado, el derecho de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por derechos fundamentales, las garantías procesales de los procesos estatales de decisión de los que puedan derivarse perjuicios para los derechos fundamentales, los principios de organización de las instituciones públicas y privadas en las cuales los derechos fundamentales se hacen valer según el principio de la división de funcionesⁱ; y aún serían posibles nuevos pasos. Así, los derechos fundamentales, en primer lugar, no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos también para el orden social; en segundo lugar, se desvinculan de la función unilateral de protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal.

Por supuesto, sería erróneo esperar que los componentes negativos y de intervención de los derechos fundamentales se pudiesen sumar sin problemas. Antes bien, el mandato estatal de defensa de la libertad asegurada mediante los derechos fundamentales no puede cumplirse, por regla general, sino mediante el recorte de otras libertades o de la misma libertad con respecto a otras. Por consiguiente, las exigencias de actuación del Estado que se derivan de los derechos fundamentales elevan el número de las intervenciones en el área protegida por estos y conducen, a juzgar por las apariencias, a un debilitamiento de su fuerza protectora. Mientras que una interpretación exclusivamente negativa de los derechos fundamentales contribuye a estabilizar el *statu quo* social, su comprensión en términos de intervención genera un impulso transformador. Por eso, no sorprende que se haya impuesto sin dificultad el principio fundamental de proporcionalidad como una intensificación de la habitual función protectora de los derechos fundamentales y, sin embargo, se practique de forma casi indiscutida la interpretación jurídico-objetiva de estos, aunque el tema sigue siendo objeto de continua discusión. Precisamente, en los tiempos más recientes ha vuelto a

i Válidas como líneas de división del Tribunal Constitucional alemán para la eficacia frente a terceros (Drittwirkung): BVerfGE n. 7, p. 198 (1958); para los derechos de prestación y de participación: BVerfGE n. 33, p. 303 (1972); para los deberes de defensa: BVerfGE 39, p. 1 p. 1 (1975); para las garantías de procedimientos: BVerfGE n. 53, p. 30 (1979); y para los principios de organización: BVerfGE n. 57, p. 295 (1981).

aumentar la críticaⁱ, que sigue teniendo una base fundamentalmente metodológica. Los críticos hacen responsable a la comprensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales de la elevada discrecionalidad en la interpretación de estos derechos, así como de la consiguiente pérdida de racionalidad de la aplicación jurídica, y ven en ello la causa más importante de usurpación de competencias políticas por los tribunales, en particular por el Tribunal Constitucional federal.

Pero entre la vieja y la joven generación de críticos, las diferencias saltan a la vista. La mayoría de las veces, tras las objeciones metodológicas de la postura tradicional es posible percibir reservas contra la comprensión de la libertad en términos social-estatales que se atribuye a las fundamentaciones jurídico-objetivas. La limitación a la protección negativa de los derechos fundamentales que se reclamaba en nombre de la aplicación racional del derecho tiende a salvaguardar a las clases propietarias burguesas. Este motivo no desempeña papel reconocible alguno en la mayoría de los críticos actuales: al contrario, las metas sociales y estatales de la interpretación amplia de los derechos fundamentales se aceptan de manera generalizada. Sin embargo, el recurso a la interpretación jurídico-objetiva de los derechos fundamentales parece demasiado costoso desde los puntos de vista jurídico-estatal y democrático. Por ello, de nuevo se exhorta a apartarse del contenido jurídico-objetivo e intervencionista de los derechos fundamentales y a restringirlos a su función jurídico-subjetiva y negativa. Toda la doctrina desea conservar la protección frente a las intervenciones del Estado en la esfera de la libertad; pero algunos críticos pretenden superar los problemas de la libertad en el moderno Estado de bienestar con la dogmática tradicional de la defensa frente a la intervención. Un artículo de Schlink, que preconiza enérgicamente esta vía, se titula, de manera característica, “La libertad mediante la defensa de la intervención: la reconstrucción de las funciones clásicas de los derechos fundamentales” (SCHLINCK, 1984, p. 457).

Naturalmente, a efectos de justificar la invitación a utilizar los derechos fundamentales solo en función negativa, la cuestión de si esto

i Véase, sobre todo: SCHLINCK, 1984, p. 475; ya antes: SCHLINCK, 1976; además, quizá: DEGEN, 1981; acaso también: HAVERKATE, 1981; anterior, pero durante mucho tiempo sin partidarios: SCHWABE, 1978; la antigua dirección crítica está acuñada en diferentes artículos de Forsthoff de los primeros años sesenta, recogidos en: FORSTHOFF, 1976; en este punto, especialmente, los artículos de los capítulos III y V; véase también: KLEIN, 1974. Una discusión crítica con la posición de Schlink se halla en: LADEUR, 1986, p. 197.

supone o no restablecer su función clásica carece de importancia, pero distinguirla con este sello otorga a esta postura un mayor poder de convicción. Por ello merece la pena preguntarse si en la defensa frente a la intervención se encuentra, de hecho, la función clásica de los derechos fundamentales. Incluso en el caso de que sea así, hay que aceptar que la ampliación de funciones de los derechos fundamentales tiene causas sociales explicables; solo cuando estas son conocidas es posible pronunciarse sobre si la ampliación está justificada. Asimismo, se hacen visibles las pérdidas que amenazan si las nuevas funciones de los derechos fundamentales son abandonadas; pérdidas que, naturalmente, no resultan inevitables, pues por regla general los problemas pueden resolverse de más de una manera. Por eso se hace necesario revisar la afirmación de que los riesgos para la libertad que han conducido a ampliar en términos jurídico-objetivos la defensa de los derechos fundamentales pueden también superarse con la ya probada dogmática de la protección frente a la intervención, evitando precisamente las tan criticadas pérdidas de seguridad y racionalidad. Si no es este el caso, cabe preguntarse si las soluciones concebibles satisfacen la pretensión de racionalidad de la interpretación constitucional sin dejar irresueltos los acuciantes problemas de la libertad desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

2

¿Es la defensa a la intervención la función clásica de los derechos fundamentales?

En la forma moderna de entender el término, los derechos fundamentales son obra de la revolución americanaⁱ. Los colonos americanos reaccionaron oponiendo estos derechos al característico déficit de los derechos de libertad ingleses, anclados exclusivamente en el plano de la ley ordinaria y que, por tanto, no constituían defensa alguna contra las limitaciones de la libertad decididas en el parlamento. Estos tenían más bien la condición de autolimitaciones del titular de la libertad y no podían dar lugar a infracción jurídica alguna. Los colonos americanos lamentaban la carga impositiva antiigualitaria del parlamento británico, en el que no estaban representados, y la intransigencia de aquel les

i Véase, para las funciones de los derechos fundamentales desde un punto de vista histórico, el segundo capítulo de este volumen. También véase: GRIMM, 1987b, p. 192.

forzó a romper con la metrópoli apelando al derecho natural y a constituir un poder estatal propio. En este contexto, como consecuencia de las experiencias con el parlamento inglés, los derechos de libertad ingleses vigentes en las colonias fueron elevados al rango constitucional, con escasas modificaciones de contenido, y antepuestos al poder legislativo. Su importancia jurídica se hallaba en que desde hacía mucho tiempo protegían un orden social liberal contra abusos estatales como el que se experimentaba en ese momento, y lo hacían concediendo al afectado un derecho a exigir la omisión judicialmente imponible. De ahí que la historia del surgimiento de los derechos fundamentales en su país de origen abogue, de hecho, por la defensa frente a la intervención como función originaria de los derechos fundamentales.

Pero cuando se dirige la mirada a Francia, el país europeo donde se originan los derechos fundamentales, la imagen se modifica. La Revolución Francesa se asemeja a la americana en que eliminó el poder estatal hereditario de manera revolucionaria y erigió uno nuevo, asimismo sobre la base de una constitución escrita que definía las condiciones de legitimidad del poder político al tiempo que fundaba y limitaba sus atribuciones. Pero ambas revoluciones se diferencian en el punto de partida y en la meta: mientras, las colonias americanas ya disfrutaban en el siglo XVIII de un orden social considerablemente liberal, que solo de forma muy ocasional era perturbado por la metrópoli, el orden social en Francia no se caracterizaba por la libertad ni por la igualdad sino por deberes y obligaciones, límites estamentales y privilegios. De ahí que la revolución americana se agotara en el cambio del poder político y en la adopción de precauciones frente a su abuso, mientras que para la francesa el cambio del poder político no constituyó sino el medio para la postergada reforma del orden social. La verdadera meta de la Revolución se hallaba en la reorganización de aquel en torno a las máximas de libertad e igualdad. Su realización, por tanto, exigía una renovación radical de los derechos civil, penal, procesal, etc., mientras que nada sabemos de tales grandes reformas tras la revolución americana.

A la vista de esta situación, sorprende que la Asamblea Nacional francesa, con considerable mayoría, se decidiese a comenzar su obra reformadora no con la reorganización del derecho común, sino con la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales, mientras que el derecho feudal-estamental del *Ancien Régime*, propio de un Estado-policía, solo posteriormente sería sustituido por el liberal-burgués. Esta secuencia revela por sí sola que los derechos fundamentales no pueden concebirse aquí como derechos subjetivos de protección: esta

función habría sido contraria a la meta de la Revolución, inmunizando precisamente contra la transformación en sentido liberal al viejo orden jurídico considerado injusto. En tales circunstancias, los derechos fundamentales hicieron más bien las veces de principios supremos conductores del orden social, llamados a dar firmeza y continuidad a la trabajosa y complicada reforma del derecho. Por consiguiente y ante todo, no señalaban límites al Estado, sino que se dirigían a él con un mandato de actuación. Los derechos fundamentales eran, por definición, guías para que el legislador llevase a cabo la reforma del derecho ordinario conforme a ellos: pero esto no es otra cosa que la función jurídico-objetiva de tales derechos. Solo después de haber concluido la transformación del orden social en términos de libertad e igualdad pudieron replegarse en Francia, como desde el principio había ocurrido en América, a su función negativa.

En Alemania, donde a comienzos del siglo XIX surgieron en diversos estados constituciones con catálogos de derechos fundamentales (no conseguidas por la vía revolucionaria, sino otorgadas libremente por los monarcas por una serie de circunstancias relativas al Estado, lo que hizo que quedaran rezagadas con respecto a los derechos fundamentales americanos y franceses en su contenido y alcance), aquellas tropezaron con un orden jurídico que había comenzado su transformación desde los orígenes feudal-estamentales a los liberal-burgueses, aunque sin completarla. En esta situación, a los derechos fundamentales les correspondió un doble papel: por una parte, se extendieron sobre las conquistas alcanzadas para asegurarlas; por otra, prometieron la continuación de las reformas. Puesto que estas últimas se demoraban en el clima restaurador posterior a 1820, la doctrina del derecho público sostenida en el Premarzo, de orientación profundamente liberal, dio prioridad al carácter objetivo y de mandato de los derechos fundamentales sobre su significado negativo y los interpretó como principios objetivos a los cuales debía adaptarse el derecho ordinario. Materializar los derechos fundamentales mediante la legislación de derecho privado, penal, procesal y de policía fue también el tema prioritario de los parlamentos del Premarzo. Solo en la segunda mitad del siglo, cuando la libertad prometida mediante los derechos fundamentales se asentó ampliamente en el derecho ordinario, comenzó la reducción de estos a su función negativa, que hoy se hace pasar por clásicaⁱ.

Ciertamente, este desarrollo estaba previsto en la lógica del liberalismo, de cuya ideología brotaron los derechos fundamentales. Una

i Véase: GRIMM, 1987a, p. 308.

vez establecidas jurídicamente la libertad y la igualdad, ambas debían producir de forma automática la prosperidad y la justicia mediante el mecanismo del mercado. En tales circunstancias, cualquier intervención estatal en la sociedad que no sirviera a la protección frente a cualquier clase de perturbación, sino que persiguiese ambiciones de gobierno, no podía sino desfigurar el libre juego de las fuerzas y cuestionar el acierto del sistema. Por ello, la función capital de los derechos fundamentales en la sociedad burguesa ya materializada consistió en trazar una línea de separación entre Estado y sociedad. Considerados desde el punto de vista del Estado, eran límites a su actuación. En este punto aparece el componente jurídico-objetivo, como estadio de transición a la concepción liberal-burguesa de los derechos fundamentales. Al final, solo el efecto negativo sobreviviría; pero el significado jurídico-objetivo, lejos de desaparecer por ello, permaneció latente. Persistió, por así decirlo, en posición de espera, presto a irrumpir de nuevo cuando hubiera amenaza de desviaciones respecto al objetivo o el automatismo fuera perturbado. Eso hace que solo en muy escasa medida pueda hablarse de la función negativa de los derechos fundamentales como de su función clásica.

3

Razones de la expansión de la protección otorgada por los derechos fundamentales

El redescubrimiento del componente jurídico-objetivo de los derechos fundamentales se basa precisamente en el rechazo de las premisas liberales de acuerdo con las cuales la libertad jurídicamente igual, sin la intervención del Estado, conduce automáticamente a la prosperidad y a la justicia. Esta presunción se ha mostrado absolutamente hipotética. La consecuencia es que ya no se puede seguir hablando de la libertad jurídico-fundamental prescindiendo de sus condiciones efectivasⁱ: estas también han de ser tenidas en cuenta con respecto a la cuestión de si debe volverse a la comprensión negativa de los derechos fundamentales. A este respecto, podemos distinguir un estrato antiguo y otro nuevo de problemas:

i Véase, entre la doctrina alemana: BÖCKENFÖRDE, 1974, p. 1.529; HÄBERLE, 1972, p. 43; HESSE, 1978, p. 427; GRIMM, 1982, p. 39. De la doctrina suiza: SALADIN, 1982; MÜLLER, 1981; MÜLLER, 1978, p. 270.