

## OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978 E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

COMPARISON OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS GUARANTEED UNDER THE 1978'S  
SPANISH CONSTITUTION AND UNDER THE 1988'S BRAZILIAN CONSTITUCION

Daniel Adriano Araldi Martins<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo realiza uma breve comparação entre o rol de direitos e garantias fundamentais instituído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Constituição espanhola de 1978. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação legislativa e jurisprudencial. O estudo tem por finalidade constatar quais são as diferenças entre os dois sistemas e, ao final, propor o aperfeiçoamento do sistema pátrio de proteção à pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição espanhola de 1978. Direito geral de personalidade. Cláusula de consciência. *Ombudsman*.

**ABSTRACT:** The present article carries out a brief comparison between the list of fundamental rights and guarantees established in the Brazilian Constitution of 1988 and in the Spanish Constitution of 1978. It is a research that uses a descriptive methodology, fundamentally based on legislative and jurisprudential investigation. The study aims to ascertain the differences between the two systems and, in the end, propose the improvement of the national system for the protection of human rights.

2712

**Keywords:** Intellectual Property. Fundamental rights. Brazilian Constitution of 1988. Spanish Constitution of 1978. General personality rights. Conscience clause. Defender of the People. *Ombudsman*.

### 1. INTRODUÇÃO

A partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passaram a ganhar um papel de destaque nos ordenamentos jurídicos ocidentais, completando um ciclo de proteção jurídica à pessoa humana que havia se iniciado na Revolução Americana e na Revolução Francesa. No âmbito interno, diversos países adotaram novas constituições com um alargado rol de direitos e garantias fundamentais. No âmbito internacional, foram assinados a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Cidadão em 1948 e, posteriormente, diversos tratados multilaterais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

No Brasil não foi diferente. Após o período do governo autocrático militar, que se estendeu de 1º de abril de 1964 até 15 de março de 1985, foi editada uma nova constituição em 1988, que erige a dignidade da pessoa humana ao posto de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) e conta com um extenso rol de direitos e garantias fundamentais (artigos 5º ao 17).

A despeito desse importante e relevante passo na direção de uma tutela efetiva do ser humano enquanto tal, é preciso estar vigilante, pensando e repensando o nosso sistema de proteção aos direitos fundamentais como uma forma de garantir uma vida digna, livre e justa e todos que aqui se encontrem.

Uma das melhores formas de fazê-lo é lançar um olhar inteligente sobre os demais ordenamentos jurídicos, comparando-os com o nosso, de modo a sempre buscar novas soluções. Isso, é certo, não pode ser feito de maneira ingênua e sem considerar o contexto cultural, social e histórico de cada país.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar comparativamente o tratamento dado aos direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Constituição Espanhola de 1978, de modo a permitir um aperfeiçoamento em nosso sistema pátrio de tutela à dignidade da pessoa humana.

Inicialmente far-se-á uma breve análise do contexto histórico em que cada um desses documentos foi elaborado, o que nos ajudará a entender quais foram as principais ideias e preocupações que influenciaram os constituintes em sua importante missão de editar uma nova constituição.

Na sequência, serão indicados direitos e garantias fundamentais que estão previstos na Constituição Espanhola de 1978 e não foram previstos em nosso texto constitucional. Também serão destacadas aquelas situações em que um direito é previsto em ambas as constituições, mas de forma mais protetiva no caso espanhol.

Após, firmes no pressuposto de que texto e norma não se confundem, mas sim que a norma é o texto interpretado, será perquirido como efetivamente esses direitos e garantias

positivados vêm sendo aplicados na prática constitucional, de modo a aquilatar se a ausência de positivação no caso brasileiro de fato se traduz em uma proteção inferior ao ser humano.

Por fim, serão apontadas sugestões de aperfeiçoamento do nosso texto constitucional, com a finalidade de incrementar o nosso sistema de proteção à pessoa humana.

## 2. BREVE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

A Constituição Espanhola de 1978 foi editada após a queda do governo autocrático do General Francisco Franco, que durou por quase quatro décadas, de 1939 até a sua morte em 1975.

Com a morte de Franco, Juan Carlos I assumiu o papel de Chefe de Estado, o que representou não só o retorno da monarquia, mas a volta da Casa Bourbon ao poder da Espanha. Inicialmente, foi mantido o primeiro-ministro do governo franquista, Carlos Arias Navarro, mas, em 1976 este pediu demissão e, em seu lugar, foi nomeado Adolfo Suárez.

Abriu-se, então, o caminho para a realização de uma efetiva transição democrática. Os partidos clandestinos foram legalizados e foram realizadas eleições democráticas, com sufrágio universal e voto direto e secreto. Para colocar uma pedra nas fraturas do passado, e com o intuito de incluir todas as facções políticas no processo de elaboração de uma nova constituição, foi concedida, em 1977, anistia geral.

Nessa conjuntura, foi editada a nova Constituição, de caráter marcadamente democrático e humanista. Com ela, também se garantiu maior autonomia às províncias bascas e da Catalunha, regiões espanholas historicamente separatistas.<sup>2</sup>

A Constituição Espanhola de 1978 consagra a dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes como fundamento da ordem política e da paz social. Ela é baseada nos princípios da igualdade, liberdade e pluralismo político. O Estado é definido como democrático e social de direito e organiza-se como monarquia parlamentar.

---

<sup>2</sup>Para um maior aprofundamento sobre o momento histórico em que a Constituição Espanhola de 1978 foi editada, ver: VALDEÓN, Julio et al. **História de Espanha**. Trad. Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2014; e PHILLIPS JR., William D.; PHILLIPS, Carla Rahn. **História concisa da Espanha**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2015.

Comparativamente ao contexto histórico-social em que foi elaborada, vê-se claramente algumas importantes similitudes ao exercício do poder constituinte originário do Brasil, em 1987 e 1988, oportunidade em que houve uma transição de um governo autocrático para uma real democracia. A preocupação com os direitos fundamentais também são uma marca das duas Constituições, sendo certo que ambas alçaram o homem à posição de centro do ordenamento jurídico e finalidade última do Estado.

### 3. COMPARAÇÃO ENTRE OS PREÂMBULOS

O preâmbulo é o texto anteposto ao corpo permanente da constituição. Apesar de não haver uma segura uniformidade ao longo do tempo e do espaço, os preâmbulos tendem a ser textos que traduzem, em tom grandiloquente, os valores e ideais que inspiraram os autores do texto constitucional.<sup>3</sup>

Ainda que em nossa realidade constitucional o Supremo Tribunal Federal não venha reconhecendo força normativa ao preâmbulo<sup>4</sup>, a comparação não perde seu sentido justamente por permitir-nos aquilatar quais são os valores que inspiraram os constituintes de ambos os países.

O preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978 afirma que:

A Nação espanhola, desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover o bem de quantos a integram, no uso da sua soberania, proclama a sua vontade de:

Garantir a convivência democrática no âmbito da Constituição e das leis conforme a uma ordem econômica e social justa.

Consolidar um Estado de Direito que assegure o império da lei como expressão da vontade popular.

Proteger a todos os espanhóis e povos de Espanha no exercício dos direitos humanos, das suas culturas e tradições, línguas e instituições. Promover o progresso da cultura e da economia para assegurar a todos uma digna qualidade de vida.

Estabelecer uma sociedade democrática avançada, e colaborar no fortalecimento de relações pacíficas e de eficaz cooperação entre todos os povos da Terra.

Assim sendo, as Cortes aprovam e o povo espanhol ratifica a seguinte (...)<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Hans Kelsen ensina que “uma parte tradicional dos instrumentos chamados ‘constituições’ é uma introdução solene, um assim chamado ‘preâmbulo’, que expressa as ideias políticas, morais e religiosas que a constituições pretende promover” em KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 372.

<sup>4</sup> No julgamento da ADI n. 2.076/AC, o Supremo Tribunal Federal expressamente afirmou que o preâmbulo da Constituição de 1988 não possui força normativa, ou seja, não autorizando que dele se extraiam normas ou direitos subjetivos. Contudo, admite-se que o preâmbulo possa servir de reforço argumentativo a uma decisão judicial (STF, Plenário, ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.8.2002).

<sup>5</sup> Tradução livre de: *La Nación española, deseado establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y*

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu turno, assevera:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como se vê, os valores e ideais que inspiraram ambos os constituintes são muito próximos. Há viva preocupação com a democracia, a igualdade, a justiça, a proteção aos direitos do homem, a dignidade da pessoa humana e com a promoção da paz e colaboração com outros povos.

Por outro lado, há uma pequena diferença de enfoque. Ainda que ambas prevejam a justiça e a igualdade como valores estruturantes, em nosso preâmbulo está destacado que há o objetivo na construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, já indicando uma especial atenção à proteção de minorias.

Já no preâmbulo da Constituição Espanhola, há uma acentuada preocupação com a proteção de suas culturas e tradições, línguas e instituições, resultado de um histórico de lutas por determinadas regiões, com destaque para a região basca e a região da Catalunha, por uma maior autonomia e, até mesmo, por independência.

Essa opção posteriormente se concretizará, em seu texto permanente, com a garantia de uma maior autonomia às regiões espanholas, inclusive cultural. O artigo 3º, por exemplo, permite a cada Comunidade Autônoma estabelecer outras línguas oficiais, além do castelhano, que é a língua oficial de todo o país, considerando essa pluralidade linguística como “objeto de especial respeito e proteção”.

---

*pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente.*

## 4. COMPARAÇÃO ENTRE O ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

### 4.1. DIREITO GERAL À PERSONALIDADE

O artigo 10 da Constituição Espanhola de 1978 prevê, de maneira expressa, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>6</sup>, previsão essa que não encontra paralelo em nosso texto constitucional.

O direito geral de personalidade pode ser definido como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana.<sup>7</sup>

É bem verdade que constituinte pátrio não se olvidou completamente dos direitos fundamentais ligados à personalidade da pessoa humana, tutelando-os de maneira fragmentária em diversas passagens, como nos incisos IX, X, XI, XII e LXXIX do artigo 5º da CRFB/88, nos quais são previstos, respectivamente: o direito à liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação; a inviolabilidade a intimidade, vida privada, a honra e a imagem; a inviolabilidade do domicílio; a inviolabilidade das comunicações e dados; e a proteção aos dados pessoais.

2717

Também há vozes na doutrina que afirmam ser perfeitamente possível extrair o direito geral da personalidade a partir de uma combinação do art. 5º, §2º, da CRFB/88 e do direito geral de liberdade trazido no *caput* do mesmo dispositivo. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Da mesma forma, admite-se, forte na dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, uma cláusula geral de tutela da personalidade, visto que no direito brasileiro não houve recepção expressa, tal como ocorreu na Alemanha e em Portugal, de um direito geral da personalidade.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Artigo 10, 1, da Constituição Espanhola: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social.” (tradução livre).

<sup>7</sup> SOUSA, R. V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 93.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao artigo 5º, §2º, da CRFB/88**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 516/518.

Contudo, o tratamento fragmentado e a necessidade de extração de um direito geral da personalidade pela via interpretativa do art. 5º, §2º, da CRFB/88 pode não ser suficiente à integral proteção da personalidade humana.

Como ensinam Leonardo Zanini e Odete Queiroz, a importância do reconhecimento do direito geral à personalidade se dá não só por uma razão ontológica, afinal a pessoa humana, enquanto valor unitário, não pode ser fracionada em situações autônomas, mas também por um fator consequencialista, qual seja, a impossibilidade de proteger integralmente a personalidade humana, que é complexa e dinâmica, por meio de direitos típicos e esparsos.<sup>9</sup>

As dificuldades trazidas pela não positivação em nosso ordenamento jurídico de um direito geral da personalidade ficaram evidenciadas em recente caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADI n. 6.649, discutiu-se a constitucionalidade do compartilhamento de dados pessoais pelo Serviço Federal de processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com lastro normativo no Decreto nº. 10.046, de 9 de outubro de 2019. Em decisão cautelar, o Ministro Relator Gilmar Mendes apontou que era dever do Supremo Tribunal Federal analisar o regime jurídico de compartilhamento de dados entre órgãos e instituições do Poder Público. Para tanto, valeu-se de uma ampla releitura do direito à privacidade. Segundo sua visão, nos séculos XX e XXI o direito constitucional à privacidade (art. 5º, caput e incisos X, da Constituição Federal) passou por uma alteração em seu âmbito de incidência, passando a abarcar também a autodeterminação informacional. Como argumento de apoio à tese, foi realizado um paralelo com o direito geral de personalidade previsto expressamente na Alemanha – como ocorre, como vimos, na Constituição da Espanha de 1978 –, e a decisão tomada em 1983 pelo Tribunal Constitucional alemão que, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei do Censo alemã, redefiniu os contornos do direito de proteção de dados pessoais, situando-o como verdadeira projeção do direito geral de personalidade.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> QUEIROZ, Odete Novais Carneiro; ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. n. 13, v. 1, 2021, p. 193/216.

<sup>10</sup> Brasil. STF, Plenário, ADI 6.649, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.9.2022.

Não se olvida, aqui, que posteriormente a esse julgado, a EC n. 115 de 2022 adicionou o inciso LXXIX, assegurando expressamente o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, em nosso ordenamento constitucional. Também há que se ponderar que, mesmo sem o direito geral de personalidade positivado em nosso texto, foi possível alargar o âmbito de proteção da personalidade humana por meio do direito à privacidade.

Todavia, a positivação do direito geral de personalidade teria tornado mais evidente e fácil o reconhecimento do direito à proteção dos dados quando da prolação da decisão. E isso é um relevante indicativo de que a positivação desse direito pode, no futuro, facilitar e permitir o reconhecimento de novas posições jurídicas ligadas à personalidade que surgirem ao longo do tempo. Não é demais recordar que os direitos fundamentais são históricos e, portanto, novos direitos surgem conforme a sociedade passa por mudanças.

Assim, parece-nos recomendável a positivação, em nosso ordenamento constitucional, do direito geral da personalidade, o que permitirá a facilitação do reconhecimento de outros direitos ligados à personalidade humana universal e permitirá uma tutela à personalidade que considere cada ser humano com um todo unitário.

#### 4.2. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA NORMATIVA

O artigo 9, 3, da Constituição Espanhola de 1978 garante junto à legalidade, publicidade das normas e não retroatividade, a hierarquia normativa, previsão que não encontra paralelo em nosso texto constitucional de 1988.

À luz do princípio da hierarquia normativa, as normas de uma faixa inferior do ordenamento jurídico não podem se opor àquelas que se encontram em uma faixa superior. Dessa forma, o ordenamento está ordenado hierarquicamente, estando a Constituição no seu ponto mais alto.

O Tribunal Constitucional espanhol, na *Sentencia* 17/1981, valeu-se desse princípio expresso para afirmar que os juízes ordinários podem deixar de aplicar as leis que estão em desconformidade com a constituição.<sup>11</sup> Reconheceu, portanto, a plena possibilidade do controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>11</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. *Sentença* 17/1891.

Embora nossa constituição não preveja expressamente o princípio da hierarquia normativa não há dúvidas de que ele – e, também, a supremacia da constituição – não só é reconhecido, como intensamente aplicado por nossos Tribunais.

Como bem ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, desde o caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, passou-se a reconhecer nos países que possuem constituições rígidas – ou seja, em que o procedimento de modificação do texto constitucional é mais dificultoso do que aquele adotado para editar e alterar a legislação infraconstitucional – que há uma evidente hierarquia normativa, devendo todos os atos normativos infraconstitucionais guardarem estrita observância às normas constitucionais.<sup>12</sup>

No caso brasileiro, não foi diferente. O Supremo Tribunal Federal, em mais de oitenta julgados faz menção expressa à supremacia da constituição e à hierarquia normativa. A título de exemplo, pode-se destacar o julgamento da ADI 5.693, em que há menção no acórdão de que o Ministério Público tem o dever de zelar pela supremacia da Constituição, contestando, pelos meios processuais adequados, os atos do Poder Público com ela conflitantes.<sup>13</sup>

Como se vê, seja pelo amplo reconhecimento no âmbito jurisprudencial, seja pela própria previsão expressa no texto constitucional da possibilidade de controle de constitucionalidade, não há qualquer acréscimo à proteção da pessoa humana a recomendar a inclusão de um dispositivo específico que expressamente inclua o princípio da hierarquia normativa no texto constitucional pátrio.

#### 4.3. VEDAÇÃO À ARBITRARIEDADE DOS PODERES PÚBLICOS

O artigo 9, 3, da Constituição Espanhola de 1978 traz ainda outra previsão que, a partir de um olhar perfunctório, não consta de nosso texto constitucional. Cuida-se da vedação à arbitrariedade dos poderes públicos.

---

<sup>12</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 23 ed., rev. e atual. Santana do Parnaíba: Monole, 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. STF, Plenário, ADI n. 5.693, Rel. Min. Rosa Weber, j. 11.11.2021.

Com base nessa disposição, o Tribunal Constitucional da Espanha vem reconhecendo e afastando atos e decisões tomadas pelo Poder Público que sejam arbitrárias e contrárias à legalidade, em desvio de poder.

Segundo a Suprema Corte Espanhola, o Poder Judiciário poderá syndicar atos administrativos e mesmo leis e atos normativos que estejam em desconformidade com o ordenamento jurídico. Destaque-se, contudo, que esse controle poderá ser mais alargado quando da análise de atos administrativos, uma vez que estes estão submetidos hierarquicamente não só à Constituição, mas também à legislação infraconstitucional; quando o objeto de análise for uma lei, a atuação deve ser mais autocontida, devendo-se prestigiar as opções políticas legítimas democraticamente votadas no Parlamento.<sup>14</sup>

Comum também tem sido a aplicação da vedação às arbitrariedades dos poderes públicos para cassar atos praticados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário por violação à isonomia. O Tribunal Constitucional da Espanha já afirmou, por exemplo, que atos legislativos que perpetrem desigualdade são arbitrários e, portanto, estão em desconformidade com o art. 9, 3, da Constituição da Espanha.<sup>15</sup> Também já decidiu que a conduta judicial de decidir dois casos similares de maneira diversa, sem justificativa razoável para tanto, era arbitrária e violava o art. 9, 3, da Constituição.<sup>16</sup>

2721

Embora não tenhamos uma previsão com o mesmo *nomen iuris*, é certo que a vedação ao arbítrio e ao desvio de poder e a observância da legalidade estão positivadas em nosso ordenamento jurídico. Em relação aos atos administrativos, temos o *caput* do artigo 37 da CRFB/88, que, dentre outros princípios voltados à Administração Pública, prevê a impessoalidade, moralidade e a legalidade. Em relação às leis, como já analisamos no tópico anterior, adotamos um amplo sistema de controle de constitucionalidade, que pode se dar pela via difusa-incidental ou pela via concentrada-principal.

Mesmo nas hipóteses em que o Tribunal Constitucional espanhol aplicou a vedação às arbitrariedades dos poderes públicos, prevista no art. 9, 3, da Constituição espanhola, para

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, ver a ATC 72 de 26 de fevereiro de 2008, em que o Tribunal Constitucional da Espanha resume bem a sua doutrina acerca do tema: “Em relação ao princípio da interdição de arbitrariedade na atividade legislativa, este Tribunal tem reiterado que o controle de constitucionalidade das leis deve ser exercido sem impor constrições indevidas ao Poder Legislativo e respeitando suas opções políticas, o que é ainda mais verdadeiro quando o Tribunal aplique preceitos gerais e indeterminados, como é o da interdição da arbitrariedade.” (tradução livre).

<sup>15</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentença 27, de 20 de julho de 1981.

<sup>16</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentença 71, 1 de março de 1993.

cassar atos praticados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário por violação à isonomia, parece-nos que não há necessidade de inclusão em nosso texto constitucional da referida garantia, uma vez que o direito à igualdade já está positivado no *caput* do artigo 5º, e especificado em diversas outras disposições, como os artigos 3º, III; 5º, I; 7º, XXXIV; art. 170, VII; e 206, I, todos da CRFB/88.

#### 4.4. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

O artigo 15 da Constituição espanhola prevê expressamente que todos têm direito à integridade física e moral.<sup>17</sup> Em paralelo, não temos uma previsão ampla e genérica em nosso texto constitucional que garanta a integridade física.

Essa aparente distinção, contudo, não traz impacto em nosso sistema protetivo. Isso porque o direito à integridade física é facilmente extraído do direito à vida, previsto principalmente no *caput* do artigo 5º da CRFB/88. Também pode ser reconhecido a partir do art. 5º, III, da CRFB/88, que consigna que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

Na mesma linha, o inciso XLIX do art. 5º da CRFB/88 expressamente assegura a integridade física dos presos, sendo pressuposto que se os presos que estão submetidos a custódia estatal e que podem ter seus direitos fundamentais limitados de maneira mais intensa, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, inegavelmente também aqueles que estão livres e não cumprem pena privativa de liberdade devem ter a sua integridade física assegurada.

Dessa forma, é inequívoco que o direito fundamental à integridade física já está previsto e é tutelado em nosso ordenamento jurídico, sendo desnecessária a alteração do texto constitucional.

---

<sup>17</sup> Art. 15 da Constituição da Espanha: “Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos a tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Fica abolida a pena de morte, salvo no que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra.” (tradução livre).

<sup>18</sup> No julgamento do HC 70.814, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84 é constitucional. Esse dispositivo permite que a direção penitenciária intercepte a correspondência remetida pelos sentenciados, o que restringe a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar prevista em nossa Constituição (STF, Primeira Turma, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º.3.1994).

#### 4.5. DIREITO A NEGAR-SE A DECLARAR SUA IDEOLOGIA, RELIGIÃO OU CRENÇA

O Artigo 16.2. da Constituição espanhola afirma que ninguém será obrigado a declarar sobre a sua ideologia, religião ou crença, o que qualifica esses dados como sensíveis e, conseqüentemente os vincula ao direito à privacidade. Isso lhes garante a maior proteção conferida pela L.O. 15/1999, que estabelece um regime especialmente protetivo aos dados pessoais considerados sensíveis.

Não há em nossa Constituição semelhante dispositivo que garanta expressamente o direito a negar-se a declarar sua ideologia, religião ou crença. Isso, contudo, não parece reduzir o nosso grau de proteção a tal circunstância. É inequívoco que tais informações fazem parte da intimidade e vida privada, o que atrairia a aplicação do art. 5º, X, da CFRB/88. Além disso, está assegurado em nosso texto constitucional a liberdade de consciência e religiosa (artigo 5º, VI, da CFRB/88) e o sigilo de dados pessoais (art. 5º, LXXIX, da CFRB/88). Assim, ninguém é obrigado a declarar informações acerca de suas posições ideológicas e religiosas, tampouco poderá ser por elas discriminado.

Mais interessante seria, como já dito anteriormente, a previsão do direito geral da personalidade, que certamente permitiria abrigar mais facilmente a garantia a negar declarar tais informações, como também outras garantias e direitos ligadas à personalidade humana.

#### 4.6. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

A inviolabilidade do domicílio garante que a pessoa humana desfrute de um espaço físico livre da intromissão de terceiros, onde possa desenvolver, com tranquilidade, sua privacidade e intimidade.

O Artigo 18.2. da Constituição Espanhola de 1978 previu tal direito fundamental, expressamente vedando qualquer entrada ou busca domiciliar seja realizada sem o consentimento do titular ou por decisão judicial, salvo em caso de flagrante delito.

Por conseguinte, o constituinte espanhol estabeleceu três exceções à inviolabilidade domiciliar, quais sejam: i) o consentimento do morador; ii) decisão judicial; e iii) em caso de flagrante delito.

A nossa Constituição, em seu artigo 5º, XI, também previu a inviolabilidade domiciliar, mas trouxe quatro exceções: i) o consentimento do morador; ii) por

determinação judicial, durante o dia; iii) em caso de flagrante delito ou desastre; e iv) para prestar socorro.

Nesse cenário, poderíamos imaginar que o nosso ordenamento constitucional foi mais restritivo em relação à inviolabilidade domiciliar, pois previu um número maior de exceções ao seu exercício. Todavia, essa primeira impressão é falsa, porque a legislação espanhola admite que a inviolabilidade domiciliar seja excepcionada em casos de estado de necessidade.

Com efeito, o artigo 21.3. da L.O. 1 de 1992 disciplina que a necessidade de evitar danos eminente e graves às pessoas e coisas em situação de catástrofe, calamidade, ruína eminente e outras situações semelhantes de extrema e urgente necessidade será causa legítima suficiente para a entrada em domicílio.

Assim, embora haja diferença nos termos em que a inviolabilidade domiciliar foi positivada em ambos os textos constitucionais, na prática forense não há diferença de tratamento, não sendo recomendada qualquer supressão ou adição à nossa Constituição.

#### 4.7. CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA

O artigo 20.1. d. da Constituição espanhola prevê que a lei regulará o direito aos profissionais da informação à cláusula de consciência. Embora tal direito seja reconhecido como plenamente eficaz independentemente de intermediação legislativa, foi editada a L.O. 2 de 1997 para garantir maior precisão a seu conteúdo.

A cláusula de consciência tem por finalidade garantir a independência dos jornalistas e demais profissionais da informação no desempenho de suas atividades (artigo 1 da L.O. 2 de 1997).

Em virtude dela, os jornalistas têm o direito de solicitar a rescisão da relação de trabalho com a empresa de comunicação que os emprega quando haja uma mudança substancial de orientação informativa ou linha ideológica e quando a empresa adquira outro meio de comunicação que, por sua linha editorial, faça presumir uma ruptura patente com a orientação profissional do informador. Nesses casos, o profissional terá direito a indenização não inferior ao valor do contrato (artigo 2 da L.O. de 1997).

Ainda, a cláusula de consciência garante aos profissionais da informação que se neguem, motivadamente, a participar na elaboração de informações contrárias aos princípios

éticos da comunicação, sem que, por isso, possam sofrer sanções ou qualquer prejuízo (artigo 3 da L.O. 2 de 1997).

A nossa Constituição de 1988 não positivou esse importante direito ligado à liberdade de informação, expressão e imprensa.

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros prevê a cláusula de consciência em seu artigo 13:

Art. 13. A cláusula de consciência é um direito do jornalista, podendo o profissional se recusar a executar quaisquer tarefas em desacordo com os princípios deste Código de Ética ou que agridam as suas convicções. Parágrafo único. Esta disposição não pode ser usada como argumento, motivo ou desculpa para que o jornalista deixe de ouvir pessoas com opiniões divergentes das suas.

Tal disposição, contudo, não se trata de lei em sentido formal, o que lhe retira boa parte de sua força coercitiva. Ainda que o fosse, não gozaria da mesma proteção que é conferida aos direitos fundamentais, que estão positivados no texto constitucional.

Por isso, dada a importância da cláusula de consciência, há a necessidade de conferir um *status* mais assertivo em nosso ordenamento jurídico, sugerindo-se que tal direito seja expressamente incluído no rol de direitos fundamentais trazido em nossa Constituição.

#### 4.8. DIREITO DE REUNIÃO

2725

O Artigo 21 da Constituição da Espanha positivou o direito de reunião, desde que ela seja pacífica e sem armas. Dispensou, de forma expressa, a necessidade de autorização prévia, exigindo tão somente comunicação prévia à autoridade nos casos em que se trate de manifestação ou em que as reuniões ocorram em lugares de trânsito público.

A partir de um primeiro contato com aludido dispositivo, pode-se notar uma diferença com o tratamento que foi dado pelo artigo 5º, XVI, da CRFB/88. A Constituição Espanhola exigiu a necessidade de comunicação prévia somente quando a reunião se tratar de uma manifestação ou ocorrer em lugares de trânsito público, enquanto a nossa Constituição não fez qualquer ressalva, exigindo, em todos os casos, o prévio aviso à autoridade competente.

Essa distinção, a princípio, poderia se traduzir em um menor grau de proteção ao direito de reunião em nosso ordenamento jurídico. Contudo, não é isso o que ocorre na prática, mormente após a decisão com repercussão geral tomada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 806.339.

Nessa oportunidade, o STF estabeleceu que o aviso prévio, que se presta a permitir que o poder público zele para que o exercício do direito de reunião se dê de forma pacífica e que não fruste outra reunião no mesmo local, não precisa ser pessoal ou registrada. Afirmou, ainda, que a ausência de aviso prévio não torna a manifestação ilegal e tampouco sujeita os organizadores a punições penais ou administrativas, uma vez que as manifestações espontâneas não estão proibidas pelo texto constitucional.<sup>19</sup>

Dessa forma, a partir da leitura feita pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 5º, XVI, da CRFB/88, a diferença em relação à positivação do direito de reunião em nossa Constituição com a fórmula prevista na Constituição da Espanha não se traduz em um menor nível protetivo ao ser humano e, portanto, não exige reparos em nosso texto constitucional.

#### 4.9. DEFENSOR DO POVO (OMBUDSMAN)

O artigo 54 da Constituição espanhola prevê que uma lei orgânica regulará a instituição do Defensor do Povo, como alto comissário das Cortes Gerais, designado por estas para a defesa dos direitos compreendidos neste Título, para o qual poderá inspecionar a atividade da Administração, dando conta às Cortes Gerais.

2726

O Defensor do Povo é uma instituição que supervisiona a atuação administrativa e a quem os cidadãos podem recorrer, sem qualquer formalidade, para denunciar os casos de violações de direitos fundamentais. A maior parte dos autores apontam que a figura do *Defensor del Pueblo* é inspirada no *Ombudsman* previsto no direito escandinavo, sendo a Constituição Sueca de 1809 a primeira a positivá-lo.

É certo que a Constituição de 1988 não adotou nenhuma instituição com esse *nomen iuris*. Em 1986, no seio da Comissão Afonso Arinos, Cândido Antônio Mendes de Almeida tentou incluir no texto da nova Constituição o Defensor do Povo, nomeado pela Câmara dos Deputados e com poderes de proteção das pessoas prejudicadas por atos abusivos das autoridades. Nos trabalhos da Assembleia Constituinte, iniciados em 1º de fevereiro de 1987,

---

<sup>19</sup> BRASIL. STF, Plenário, RE 806.339, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2020.

ainda que novamente sugerida a inclusão do Defensor do Povo, decidiu-se pela sua não inclusão no texto final.<sup>20</sup>

A partir desse cenário normativo, há divergência doutrinária se a função do “Defensor do Povo” não foi atribuída a outras instituições ou órgãos nacionais.

Para que, de fato, uma instituição seja considerada um Defensor do Povo ou um Ombudsman, ela deve partilhar uma estrutura, função e garantias mínimas. Donald C. Rowat aponta que esses traços essenciais são: i) ter assegurada independência; ii) ocupar-se de queixas específicas do público contra injustiças e erros administrativos; e iii) ter o poder de investigar, criticar e dar publicidade às ações administrativas, ainda que não possa revogá-las.<sup>21</sup>

A partir desses parâmetros, afasta-se, desde logo, a pretensão de considerarmos a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos como instituição idêntica ou, ao menos similar à figura do *Ombudsman*.

A Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos é um órgão interno do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (art. 28, III, da Lei n. 14.600/23), que tem entre suas atribuições: i) receber, examinar e encaminhar denúncias e reclamações sobre violações de direitos humanos; ii) coordenar ações que visem à orientação e à adoção de providências para o tratamento adequado dos casos de violação de direitos humanos, sobretudo os que afetam grupos sociais vulneráveis; iii) coordenar e manter atualizado arquivo da documentação e banco de dados informatizado acerca das manifestações recebidas; iv) coordenar o serviço de atendimento telefônico gratuito destinado a receber as denúncias e reclamações, garantido o sigilo da fonte de informações, quando solicitado pelo denunciante; v) atuar diretamente nos casos de denúncias de violações de direitos humanos e na resolução de tensões e conflitos sociais que envolvam violações de direitos humanos, em articulação com o Ministério Público, com os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo federal, com os demais entes federativos e com organizações da sociedade civil; vi) solicitar aos órgãos e às entidades públicas informações, certidões, cópias de documentos relacionados

---

<sup>20</sup> BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Defensor do Povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira.** Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 36, p. 46 a 73, jan/jun, 2010.

<sup>21</sup> ROWAT, Donald C. **El Ombudsman: El defensor del ciudadano.** Traducción de Eduardo L. Suárez. 1ª ed en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

com investigações em curso, em caso de indício ou suspeita de violação dos direitos humanos; e vii) propor a celebração de termos de cooperação e convênios com órgãos públicos ou organizações da sociedade civil que exerçam atividades congêneres, para o fortalecimento da capacidade institucional da Ouvidoria Nacional e criação de núcleos de atendimento nos Estados e Distrito Federal (artigo 10 do Decreto n. 11.341/23).

À Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, assim como a qualquer outra ouvidoria, não pode ser reconhecido o *status* de verdadeiro “Defensor do Povo” ou Ombudsman porque: i) não goza de independência, estando suscetível à vontade da autoridade que lhe nomeou e a pressões políticas; ii) é mantido pelo Poder Executivo, funcionando com um controle interno administrativo, e não um controle externo; iii) não possui assento constitucional.

Há um maior número de autores que sustentam que o Ministério Público, com a Constituição de 1988, teria absorvido as funções que seriam atribuíveis ao Defensor do Povo. Isso porque, a partir do artigo 129 da CRFB/88, o Ministério Público tem a função de zelar pelo interesse público primário e social. Além disso, lhe são asseguradas garantias institucionais e prerrogativas aos seus membros (art. 127 da CRFB/88) que garantem sua autonomia e imparcialidade para investigar as arbitrariedades da administração pública.<sup>22</sup>

2728

Mais recentemente, surgiram vozes que pretendem atribuir à Defensoria Pública essa importante função.<sup>23</sup> Com o advento das Emendas Constitucionais n. 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014, a Constituição Federal passou a firmar expressamente a independência institucional da Defensoria Pública, reconhecendo a sua autonomia administrativa, funcional e orçamentária. Além disso, a Constituição de 1988 passou expressamente a atribuir-lhe a incumbência de promover os direitos humanos aos necessitados (artigo 134 da CRFB/88).

Não há qualquer dúvida de que tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública exercem importante papel na concretização dos direitos fundamentais e na

<sup>22</sup> Nesse sentido, ver: GUIMARÃES, Márcio Souza. **Ministério Público, Ombudsman e Ouvidor na fiscalização dos serviços públicos**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 27, p. 227/245, jan./mar. 2008.

<sup>23</sup> Melo, Daniela Vieira de. **Os reais contornos da Defensoria Pública Brasileira: exercendo função de Ombudsman em defesa dos direitos humanos**. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília, n. 9, p. 67/93, jan/dez, 2016.

fiscalização da administração pública em prol da sociedade brasileira. Além disso, são instituições com sede constitucional e as quais estão garantidas autonomia e independência para o exercício de suas funções.

A despeito disso, não se confundem com a figura do Defensor do Povo, por uma simples razão: embora tais instituições atuem de forma exemplar na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, realizando atendimentos ao público e adotando as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis para a tutela de seus direitos crente aos abusos da administração pública, as suas competências são mais amplas, de modo que tal atuação não é exclusiva.

Por isso, parece-nos importante incluir a figura do Defensor do Povo em nosso texto constitucional, o que ampliaria ainda mais o nosso sistema de garantias e conferiria uma nova camada protetiva aos direitos fundamentais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição espanhola de 1978 foram editadas em momentos histórico-políticos muito parecidos, sendo ambas um marco na redemocratização e no reconhecimento e ampliação dos direitos fundamentais em seus respectivos Estados.

Assim, a partir comparação dos dois textos constitucionais, podemos extrair muitas similitudes, mas, também, algumas diferenças. Algumas dessas distinções, vimos, são meramente redacionais, não representando verdadeiras diferenças na prática constitucional. Outras, contudo, se traduzem no reconhecimento de um estatuto protetivo mais alargado à dignidade da pessoa humana. São elas: a previsão do direito geral da personalidade, inscrita no art. 10 da Constituição espanhola de 1978; a cláusula de consciência, positivada no artigo 20.1. d. da Constituição espanhola de 1978; e a instituição da figura do “Defensor do Povo” no artigo 54 da Constituição espanhola de 1978.

Considerando que os direitos fundamentais são históricos e que o rol de direitos e garantias estabelecidos em nossa Constituição de 1988 não é taxativo, tampouco está imune a acréscimos, a positivação desses dois direitos fundamentais e a inclusão do *Defensor del Pueblo* se mostram recomendáveis e de grande valia à proteção integral da pessoa humana, centro e finalidade última do nosso ordenamento jurídico constitucional.

Não se olvida, aqui, que os direitos fundamentais estão intimamente relacionados à natureza humana, devendo ser reconhecidos a todos os seres humanos, independentemente de posituação expressa, mormente quando podem ser extraídos da própria sistemática constitucional já estabelecida.<sup>24</sup> Contudo, a posituação, de forma expressa e inequívoca, desses direitos e garantias fundamentais tem o condão de assegurar maior segurança à proteção conferida à pessoa humana pela Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 23 ed., rev. e atual. Santana do Parnaíba: Monole, 2021.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. **Defensor do Povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 36, p. 46 a 73, jan/jun, 2010.

GARCIA, Enéas Costa. **O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

GARCIA, Maria. **Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2.º do artigo 5º da CF/1988**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 67/2009, p. 244 – 257, Abr – Jun, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PHILLIPS JR., Willian D.; PHILLIPS, Carla Rahn. **História concisa da Espanha**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2015.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro; ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. n. 13, v. 1, 2021.

ROWAT, Donald C. **El Ombudsman: El defensor del ciudadano**. Traducción de Eduardo L. Suárez. 1ª ed en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao artigo 5º, §2º, da CRFB/88**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, Maria Garcia ensina que: “os direitos humanos fundamentais, porque humanos, como da essencialidade do ser, indiferentemente do seu surgimento e do seu reconhecimento: aquele, porque sendo da essência do ser, esta essência independe da subjetividade do observador em fixá-los no tempo; e de reconhecê-los, porquanto a sua existência ou possibilidade independem, igualmente, da vontade do sujeito observador, seja outro homem, seja o Estado.” Ver: GARCIA, Maria. **Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2.º do artigo 5º da CF/1988**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 67/2009, p. 244 – 257, Abr – Jun, 2009.

SOUSA, R. V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

VALDEÓN, Julio et al. **História de Espanha**. Trad. Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2014.