

**PROCESSO DE REALIZAÇÃO  
DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: UM  
CAMINHO TEÓRICO PARA  
DISTINGUIR OS  
FENÔMENOS “EFETIVAÇÃO”  
E “CONCRETIZAÇÃO”**

123

*Fabio Gonzaga de Carvalho, José Augusto Pereira Nunes Cordeiro, José Carlos Augusto Cabral, Raphael Barbosa Freixeira, Robson Luiz Adami Louro Souza de Campos, Vaney Iori; sob coordenação do Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado*

**Sumário**

1 Perspectiva histórica dos direitos fundamentais. 1.1 Antecedentes históricos dos direitos fundamentais. 1.2 Desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. 1.3 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2 Geração dos direitos fundamentais. 3 Teoria dos direitos fundamentais: alguns aspectos. 3.1 A importância da teorização. 3.2 Direitos fundamentais: aspectos materiais e formais. 4 Processo de realização dos direitos fundamentais. 4.1 Introdução. 4.2 O fenômeno da “Positivização”. 4.3 O fenômeno da “Efetivação”. 4.3.1 Aplicabilidade imediata da norma. 4.4 O fenômeno da “Concretização”.

**Resumo**

Após uma breve abordagem acerca da “positivação” dos direitos fundamentais no Constitucionalismo brasileiro, o presente estudo examina a divergência terminológica que repousa nos escritos que procuram estabelecer os conceitos de “efetivação” e “concretização”. O tema é analisado com o escopo de distinguir

cada um dos fenômenos e, por conseguinte, apontar o momento em que ocorre a consumação de cada um deles – partindo da criação da norma até o verdadeiro uso e gozo do direito fundamental pelo cidadão.

**Palavras-chave**

Direitos e garantias fundamentais. Norma constitucional.

**Abstract**

*After a short approach about the “positivation” of the fundamental rights in the Brazilian Constitutionalism, the present study looks over the terminological conflict exposed by the studies that try to establish the concepts of “enforcement” and “concretization”. The subject is analyzed with the target to distinguish each phenomenon and, therefore,*

*show the moment when each of them has its accomplishment – beginning from the process of elaborating the rule until the true use and enjoyment of the fundamental rights by the citizens.*

**Key Words**

*Fundamental rights. Constitutional rule.*

Um embasamento para o estudo da concretização dos direitos fundamentais no Município de Osasco

**1 Perspectiva histórica dos direitos fundamentais****1.1 Antecedentes históricos dos direitos fundamentais**

A expressão “dignidade da pessoa humana”, objeto de proteção dos direitos fundamentais, vem insculpida no artigo 1º de nossa atual Carta Magna e é tida por ela como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

Embora ao longo da história a questão da dignidade humana tenha sido enfrentada sob diversos ângulos – religioso, filosófico e científico<sup>1</sup>, sua positivação ou reconhecimento, enquanto objeto dos direitos fundamentais, é coisa recente<sup>2</sup>. Interessante observar que tal evolução, na perspectiva estritamente jurídica, se deu lenta e progressivamente, não sem muitos percalços e retrocessos, até chegar aos nossos dias com a qualificação de “fundamentais”.

Já no terceiro milênio a.C., são apontados vestígios desses direitos no antigo Egito<sup>3</sup> e Mesopotâmia. Posteriormente, já de forma mais coordenada, surgem na Grécia, o

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-68.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 153.

<sup>3</sup> “No século XVI, com a XVIII dinastia, reencontra-se um sistema jurídico que se assemelha ao do Antigo Império, tanto no domínio do direito público como no domínio do direito privado: preponderância da lei, igualdade jurídica dos habitantes, desaparecimento da escravidão, igualdade dos filhos e das filhas, liberdade de testar” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa, 2001. p. 56).

berço da filosofia e da cultura ocidentais, várias regras jurídicas protetivas da dignidade humana, traduzidas na defesa do cidadão grego<sup>4</sup>. Contudo, foi o Direito Romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais mais importantes. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão<sup>5</sup>. No entanto, José Afonso da Silva, em tom de advertência, afirma: “não nos iludamos, contudo, porque essas medidas (complexo mecanismo de interditos) tinham alcance limitado aos membros da classe dominante”<sup>6</sup>.

Mas, na verdade, foi só na Idade Média que surgiram os textos legais antecedentes do que hoje conhecemos como direitos fundamentais. Aí floresceram os forais e as cartas de franquias, outorgantes de proteção de alguns direitos relevantes da pessoa humana, dentre os quais, conforme Gomes Canotilho, a mais célebre foi a Magna Charta Libertatum, elaborada na Inglaterra em 1215<sup>7</sup>. “Não se tratava, porém”, como afirma Canotilho, “de uma manifestação da idéia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano”<sup>8</sup>. E prossegue o constitucionalista português: “A finalidade da Magna Charta era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre os reis e barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquias”. E, mais à frente, conclui que, não obstante conter em seu bojo tão-somente direitos estamentais, a Carta do rei João Sem Terra “fornecia já ‘aberturas’ para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem”<sup>9</sup>.

Naquele país, além dessa Carta, outras cartas e estatutos assecuratórios de direitos concernentes à dignidade da pessoa humana foram elaborados, a saber: a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Como bem ressaltou José Afonso da Silva<sup>10</sup>, “não são, porém, declarações de direitos no

---

<sup>4</sup> “Nas leis que nos regem, Atenienses, contêm-se prescrições tão precisas como claras sobre todo o processo a seguir na propositura das leis. Antes de mais, fixam a época em que acção legislativa é admitida. Em segundo lugar, mesmo então, não permitem a todo cidadão exercê-la à fantasia. É necessário, por um lado, que o texto seja transcrito e afixado à vista de todos perante os Epónimos; por outro lado, que a lei proposta se aplique igualmente a todos os cidadãos; enfim, que as leis contrárias sejam derogadas; que sem falar doutras prescrições, cuja exposição, parece-me, não teria interesse para nós neste momento. Em caso de infracção a uma só destas regras, qualquer cidadão pode denunciá-las”. Demóstenes: discurso contra Timócrates, 353 a.C. In: GILISSEN, John. *op. cit.* p. 78.

<sup>5</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 154-155.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 502.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 502.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 502.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p.155.

126 sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa”.

Com a Revolução americana, inúmeras declarações de direitos surgiram, dentre as quais: a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-6-1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4-7-1776; a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787.

Ainda no século XVIII, a França, tomando de empréstimo a técnica das declarações americanas<sup>11</sup>, revolucionou com suas idéias o mundo<sup>12</sup> ao promulgar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos, na qual foram expostos

os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, exceto as liberdades de reunião e de associação que ela desconheceu, firmada que estava numa rigorosa concepção individualista.<sup>13</sup>

Em sua evolução, os direitos fundamentais fizeram-se sentir também no século XIX, como, por exemplo, na Constituição espanhola de 19-9-1822, a Constituição belga de 7-2-1830.

O início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se percebe por seus principais textos: Constituição mexicana de 31-1-1917, Constituição de Weimar de 11-8-1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17-1-1918, seguida pela Constituição Soviética

---

<sup>11</sup> Observa José Afonso da Silva, baseado na obra de Mirkin Guetzévitch, que as fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como a francesa são européias, como bem assinalou Mirkin Guetzévitch, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas, ‘mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII – dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal (...)’. (*Op. cit.*, p. 161).

<sup>12</sup> Cotejando a revolução francesa com a americana, o historiador Eric J. Hobsbawm relata-nos que “...entre todas as revoluções contemporâneas, a Revolução Francesa foi a única ecumênica. Seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas idéias de fato o revolucionaram. A revolução americana foi um acontecimento crucial na história americana, mas (exceto nos países diretamente envolvidos nela ou por ela) deixou poucos traços relevantes em outras partes. A revolução francesa é um marco em todos os países. Suas repercussões, ao contrário daquelas da revolução americana, ocasionaram os levantes que levaram à liberação da América Latina depois de 1808. Sua influência direta se espalhou até Bengala, onde Ram Mohan Roy foi inspirado por ela a fundar o primeiro movimento de reforma hindu, predecessor do moderno nacionalismo indiano”. (**A era das revoluções 1789-1848**. 12. ed. Paz e Terra. p. 72-73).

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 162.

(Lei Fundamental) de 10-7-1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado fascista italiano em 21-4-1927.

## 1.2 Desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras

Tal qual o ser humano (que nasce, cresce, desenvolve-se e morre), o Estado, salvo esta última circunstância, desde seu nascimento com a proclamação da independência em 1822, vem crescendo e conseqüentemente florescendo ao longo do tempo, sendo cada etapa de sua existência registrada em solenes e fundamentais escritos: as Constituições. Até o presente estágio do seu evoluir, elaboraram-se oito constituições, incluído neste cômputo a atual (Constituição Federal de 1988), nas quais estão estampadas as vicissitudes e metamorfoses por que passaram os direitos fundamentais em quase dois séculos.

A primeira delas foi a Constituição do Império, jurada e outorgada em 25 de março de 1824 por D. Pedro<sup>14</sup>, cujas “bases refletiram”, no dizer de Pinto Ferreira, “as tendências do pensamento político-social dominante na época, sofrendo a influência da teoria de Benjamin Constant sobre o chamado poder Neutro ou Moderador”.<sup>15</sup>

Garantindo, no artigo 179, os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, a Constituição imperial consagrou, v.g., os

princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.<sup>16</sup>

A despeito dessa declaração de direitos, por encontrar-se arraigada em sua estrutura, servindo de base a uma monocultura latifundiária, o Império ainda não abria mão da escravidão, instituto jurídico que decerto contrastava, e muito, com a essência daqueles direitos.

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Almir de. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>15</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. p. 49.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 32.

Em menos de um mês, contado da proclamação da República, o Marechal Deodoro designou uma comissão especial para elaborar um projeto de Constituição que seria votada pelo Congresso Constituinte, ainda por ser eleito, nomeando como líder daquela comissão ninguém menos que o eminente Rui Barbosa. Este, copiando a Constituição americana, elaborou uma Carta que, decretada pelo Governo provisório ad referendum do Congresso, tornou-se a nossa primeira Constituição Republicana (24-02-1891).

Conquanto a Constituição de 1891 não fosse tão pródiga como fora sua predecessora ao dispor sobre os direitos fundamentais, inovou ao dotá-los de um escudo, cometendo a proteção deles aos tribunais. Além dessa, outras alterações se introduziram no regime daqueles direitos, tais como as relativas ao júri, que

ganhou status de constitucionalidade, mas perdeu a competência, que tinha no Império, para matéria cível, e teve-a restrita aos crimes políticos a quem alegasse motivo religioso para isentar-se de qualquer obrigação imposta pela lei aos cidadãos, como a do serviço militar e a de participar no júri.<sup>17</sup>

Publicada a Constituição de 1934, esta “imprimiu ao Estado brasileiro feição muito diferente da que tivera até então”<sup>18</sup>, visto que “as anteriores – 1824 e 1891 –”, conforme nos lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais”<sup>19</sup>. Assim,

---

<sup>17</sup> Para Almir de Oliveira, a Constituição assegurou aos acusados a mais ampla defesa com todos os recursos e meios a ela essenciais, abolindo as penas de galés, de banimento judicial e de morte, ressaltando, quanto a esta, a legislação militar em tempo de guerra. Assegurou, outrossim, o direito autoral para obras artísticas e literárias e o de propriedade das marcas e patentes industriais. (Cf. OLIVEIRA, Almir de. *Op. cit.*, p. 135).

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Almir de. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>19</sup> FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 285.

<sup>20</sup> Almir de Oliveira constata que a Constituição de 1934 mandou que a lei promovesse o amparo da produção e estabelecesse condições de trabalho visando à “proteção social do trabalhador” e que a legislação do trabalho observasse os preceitos da isonomia salarial, independente de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; do salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador; do limite de oito horas para o trabalho, permitida a prorrogação nos casos estabelecidos em lei; da proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 anos, de trabalho insalubre a menores de 18 anos e a mulheres; do repouso semanal obrigatório; das férias anuais remuneradas; da indenização ao trabalhador por despedida injusta; da assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante; do descanso para a gestante antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego; da previdência social a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente do trabalho; do regulamento do exercício de todas as profissões; equiparou o trabalhador comum ao profissional liberal para efeito de garantias e benefícios da legislação social; declarou inexistente distinção entre trabalho intelectual, manual e técnico para efeito de legislação social; previu uma legislação especial para o trabalho rural, visando a fixar o homem no campo, mandando preferir o trabalhador brasileiro no aproveitamento de terras públicas. (Cf. OLIVEIRA, Almir de. *Op. cit.*, p. 136).

com a sua promulgação, o Brasil “substituiu o Estado liberal pelo Estado social. E, pela primeira vez, cuidou-se de matérias que visavam à instituição de uma ordem social justa”.<sup>20</sup>

“Durou pouco a Constituição de 1934. Sua semente, entretanto, estava bem plantada. Consagrara conquistas sociais irreversíveis e preparara o terreno para o aperfeiçoamento do Estado social, que substituíra o liberal”.<sup>21</sup>

Três anos depois, foi outorgada ao Brasil, mediante golpe de Estado, nova Constituição: a Constituição de 1937, inspirada no regime fascista italiano.

Consoante a lição de Alexandre de Moraes,

apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo dezessete incisos em seu artigo 122. Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe como novidades constitucionais os preceitos da impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; da maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares; da criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular<sup>22</sup>.

Ideologicamente distinta de sua antecessora, a “Constituição de 1946 foi elaborada ao calor de uma grande euforia nacional e inspirada no forte desejo de dotar o Brasil, novamente, de instituições livremente formuladas e capazes de assegurar a realização de uma sociedade justa”<sup>23</sup>. A fim de concretizar tal ideal, “assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Almir de. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Almir de. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>24</sup> Miguel Jorge lista os seguintes direitos fundamentais: 1) princípio da isonomia: a igualdade perante a lei; 2) liberdade de fazer e de não fazer; 3) a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; 4) a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. É o princípio de inafastabilidade do controle judicial; 5) liberdade de pensamento; 6) a inviolabilidade de correspondência; 7) liberdade de consciência e de crença; 8) liberdade de culto; 9) liberdade de reunião; 10) liberdade de associação. (Cf. JORGE, Miguel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 81-82).

<sup>25</sup> Tais direitos, conforme Miguel Jorge, vinham dispostos no artigo 150 daquela Constituição, que assegurava “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: a igualdade perante a lei; ação ou omissão só por força de lei; a lei nova não prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; nenhum ato lesivo pode ser excluído de apreciação judicial; liberdade de consciência, crenças religiosas e convicção filosófica ou política; liberdade de pensamento; inviolabilidade de correspondência e do sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas; inviolabilidade do domicílio; humanização das penas; individualização da pena; *habeas corpus*; soberania do Tribunal do Júri; mandado de segurança; direito de propriedade; liberdade de reunião e associação; direito de petição e de ação popular”. (*Op. cit.*, p. 100). MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 33.

130 liberdade, à segurança individual e à propriedade, consagrando, expressamente, direitos e garantias”<sup>24</sup>.

Por seu turno, “a Constituição de 24 de janeiro de 1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais”<sup>25</sup>.

Aos 30 de outubro de 1969, entraria em vigor a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição Federal, a qual, a nosso ver, é tida como a sétima ou penúltima Constituição brasileira. Isso porque,

teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil<sup>26</sup>.

Com esse acréscimo, introduziram-se “na Constituição cerca de 200 alterações. Muitas não passaram de simples aprimoramento de redação, mas, de um modo geral, visou a fortalecer ainda mais o Poder Executivo, acentuando o caráter autoritário do regime”<sup>27</sup>.

### 1.3 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

E nessa névoa de desilusão e desencantos permaneceu o Estado brasileiro por quase vinte anos, até que, dissipando-a, adveio a abertura política e a atual Constituição, de 05 de outubro de 1988, que inaugurou uma nova etapa da positivação dos direitos fundamentais, marcada pelo aprimoramento qualitativo e quantitativo dos direitos que recebem da Lei Maior tal qualificação. Tanto que isto lhe rendeu o título “Constituição Cidadã”, locução imortalizada nas palavras do saudoso deputado Ulysses Guimarães.

Em seu bojo, destaca-se, inicialmente, a nova localização topográfica desses direitos. Com efeito, de mera figurante, a pessoa humana passa a ser considerada como verdadeira

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>27</sup> Caráter inescapável e prejudicial aos direitos fundamentais, diga-se de passagem, porquanto, conforme Almir de Oliveira, aquela emenda “incluiu a possibilidade de pena de morte, prisão perpétua, banimento e confisco para os casos de ‘guerra psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva, o que foi retirado pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978; suprimiu a soberania do júri; tornou possível a exigência e a majoração do imposto sobre produtos industrializados ‘sem que a lei o estabeleça’, possibilitando-lhe a cobrança ‘sem que a lei que o houver instituído esteja em vigor antes do exercício financeiro’, agravando-se assim o arbítrio fiscal. Sujeitou a limitações e restrições da lei ordinária aquisição da propriedade rural, visando à defesa da integridade do território, à segurança do Estado e à justa distribuição da propriedade. Dispensou da prévia licença da Casa do Congresso, a que pertencer o parlamentar, seu processo sob acusação de ‘abuso de direito individual ou político com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção’. Revogou a regra do voto secreto e da maioria qualificada de dois terços para cassação de mandato de parlamentar, em caso de estado de sítio, deferindo a possibilidade de suspensão das imunidades parlamentares durante o estado de sítio, por deliberação da Casa do Congresso a que pertencesse o representante” (OLIVEIRA, Almir de. *Op. cit.*, p. 143).



protagonista do enredo constitucional, o que é revelado pelo fato de os direitos fundamentais precederem às normas de organização do Estado, pela primeira vez na história constitucional brasileira.

Outra importante inovação consistiu no surgimento de novos remédios, com os quais a Constituição buscou fortalecer a malha de defesa dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, na reestruturação de antigos (do próprio mandado de segurança e da ação popular) e na ampliação de instrumentos voltados ao controle de constitucionalidade (a legitimação para a ação direta, a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da declaratória de inconstitucionalidade por omissão). Tudo para garantir o cidadão contra o Estado, como pensaram os primeiros constitucionalistas, e proporcionar o arsenal jurídico adequado à defesa dos seus mais relevantes direitos no contexto de uma sociedade democrática.

## 2 Gerações dos direitos fundamentais

Foi em Estrasburgo, sob a pena do jurista tcheco Karel Vasak, que pela primeira vez a expressão “gerações de direitos” foi utilizada. Era uma alusão ao lema da Revolução Francesa (igualdade, liberdade e fraternidade) e à evolução dos direitos humanos. A teoria ganha defensores como Norberto Bobbio<sup>28</sup> e, no Brasil, é acolhida por Celso Lafer e Paulo Bonavides<sup>29</sup>. Este último acrescentou uma quarta geração como efeito de uma globalização política.

Na primeira geração, encontramos o pensamento iluminista como base. Tal corrente filosófica fortaleceu a idéia de igualdade entre os homens e colaborou para a criação de diversas Declarações de Direitos. Surgem aqui, os direitos oponíveis ao governo que muitos doutrinadores entendem como uma liberdade garantida por uma obrigação de não fazer do Estado. Como exemplo, pode-se citar a livre iniciativa econômica<sup>30</sup>, a igualdade dos homens perante a lei, o direito à honra, à vida privada e outros. Aqui se encontra a instituição das garantias dos direitos civis e políticos.

---

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>30</sup> Comentando a idéia de liberalismo, A. Cuvillier aduz que é um sistema que pretende limitar a ação do Estado para melhor desenvolvimento da humanidade. Nas palavras deste filósofo: “Por isso os individualistas reduzem ao mínimo a função do Estado e em particular lhe recusam as atribuições económicas que os socialistas querem conferir-lhe.”. (CUVILLIER, A. **Manual de filosofia**. Porto/Portugal: Educação Nacional de Adolfo Machado, 1956. Versão do Prof. Doutor Vieira de Almeida da Faculdade de Letras de Lisboa. p. 672).

Para José Alfredo de Oliveira Baracho, a teoria dos direitos individuais deriva da idéia do direito natural, que dá origem também às concepções de estado da natureza e de contrato social. Em suas palavras:

O primeiro interesse e o primeiro direito do indivíduo são o de poder desenvolver livremente suas próprias faculdades, daí que o melhor meio para assegurar este aprimoramento é permitir que ele próprio dirija a sua vontade, de maneira espontânea, com os riscos e perigos que decorrem deste exercício quando tiver pela frente pessoa com igual direito. Assegurando-se este livre desenvolvimento, obtêm-se os diversos tipos de liberdades que compõem os direitos individuais<sup>31</sup>.

Sintetizando, a liberdade foi o mote da evolução dos direitos e garantias<sup>32</sup>. O homem é livre e igual. O Estado deve respeitar os direitos de seus cidadãos e assim é possível o bom caminhar da coletividade. Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, foi outro pensador que pregou intensamente a idéia de um Estado não interventor, afirmando que quanto menos interferência, melhor seria para a sociedade. Era a doutrina do *laissez-faire*<sup>33</sup>.

Ainda sobre a relação entre liberdade e direitos fundamentais, merece destaque a seguinte passagem de Luiz Afonso Heck:

Direitos fundamentais devem criar e manter pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana. Isso apenas se deixa alcançar quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. Ambas estão relacionadas mutuamente de modo inseparável. Liberdade particular somente pode haver em uma comunidade livre; ao contrário, essa liberdade pressupõe homens e cidadãos que são capazes e dispostos a decidir mesmo sobre

<sup>31</sup> DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo. Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis – Teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de numeração. In: **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: Perspectivas Brasileiras (Seminário de Brasília 1991). Editor Antônio Augusto Cançado Trindade. IIDH San José de Costa Rica/Brasília, Brasil – 1992.

<sup>32</sup> Wilson de Souza Campos Batalha afirma que ocorreu: “... um movimento cultural e político que rompeu as tradições medievais, ilustrando a confiança dos homens em si mesmos. O humanismo foi a sua característica fundamental. O Direito Intermédio representou o período revolucionário das instituições políticas e jurídicas, encerrando-se com a codificação napoleônica de 1804 e com a codificação germânica de 1900”. (DE SOUZA CAMPOS BATALHA, Wilson. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 530).

<sup>33</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Livro I - Col. Os Economistas)

<sup>34</sup> HECK, Luís Afonso. **Os direitos fundamentais e o recurso constitucional reciprocamente**. Caderno n. 1, ago. 1997. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Centro de Ciências Jurídicas – centro 4 – Curso de Mestrado em Direito.

seus próprios assuntos e a cooperar auto-responsavelmente nos assuntos da comunidade<sup>34</sup>.

Quanto à segunda geração de direitos, parece interessante registrar desde logo, que ela tem seu nascedouro no pensamento antiliberal do início do século XX que surgiu das crises econômicas e que ganhou força com o *welfare state*. Na base desta concepção estava a idéia de que os homens não são iguais, e que a liberdade bradada pelos ideais iluministas significavam apenas a ditadura dos mais fortes sobre os mais fracos. Surge a preocupação com a criação de direitos sociais, a “igualdade” do lema da Revolução Francesa. Esta preocupação com a questão social, não se pode deixar de acentuar, reside na constatação segundo a qual o avanço do sistema liberal que, sem qualquer dúvida, trouxera grandes frutos para a humanidade, também havia gerado a marginalização do homem e a dantesca desigualdade entre os donos do capital e a massa operária<sup>35</sup>.

Tal situação de desigualdade nas relações sociais deu oportunidade à divulgação, por todo o mundo, das idéias comunistas, anarquistas e socialistas. Como já afirmamos, a situação de desigualdade era enorme: homens, mulheres e crianças trabalhavam até a exaustão sem nenhum direito que lhes resguardasse. A miséria crescia nos grandes centros.

John Kenneth Galbraith, comentando o nascimento do pensamento antiliberal e sua força de persuasão, ensina que:

O instrumento marxista foi, esmagadoramente, o poder condicionado, quase excluídos os outros dois meios de imposição. Foi a este poder condicionado que Marx se devotou durante toda sua vida, assim como o fizeram seus seguidores. Suas obras – *O Capital*, *O Manifesto Comunista* e numerosos tratados menores – tornaram-se escrituras, à semelhança mesmo da Bíblia e do Corão para os fiéis religiosos<sup>36</sup>.

Analisando a Constituição de 1891 e a reforma constitucional de 1926, Luís Roberto Barroso assevera que:

Não se deve desprezar o fato de que o processo de industrialização, estimulado por injunções da primeira guerra, fez nascer nas cidades o operariado, que começa a despertar como

---

<sup>35</sup> Robert Heilbroner em sua obra, *A história do pensamento econômico*, explica: “... Era para qualquer um que se desse ao trabalho de olhar que o desabrochante sistema fabril estava produzindo uma dívida social de assustadoras proporções e que o dia do acerto de contas não poderia ser adiado para sempre”. (HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. 6. ed. São Paulo: Nova Cultural. p. 101).

<sup>36</sup> GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. 4. ed. Tradução de Hilário Torloni. São Paulo: Pioneira.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19 .

força política. As organizações de trabalhadores, que antes tinham mero caráter associativo e beneficente, assumem seu papel reivindicatório. O Partido Comunista do Brasil, depois Partido Comunista Brasileiro, é fundado em 1922, por Astrojildo Pereira. Com algum atraso, a questão social chegara ao Brasil<sup>37</sup>.

Alexandre de Moraes, por sua vez, já discorrendo especificamente sobre os direitos de segunda geração, afirma que os direitos sociais correspondem às liberdades positivas do homem, e que um Estado Social de Direito deve, obrigatoriamente, observá-los. Salienta também que a definição dos direitos sociais, no título II da Carta Magna, tem dois efeitos imediatos. O primeiro é a aplicabilidade imediata do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal; o segundo, a viabilidade do mandado de injunção em casos de omissão do poder público na regulamentação de tais direitos<sup>38</sup>.

Kildare Gonçalves de Carvalho<sup>39</sup>, por outro lado, entende que tais direitos têm como intento “... a melhoria das condições de existência, através de prestações positivas do Estado, que deverá assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habitação, dentre outros, para a sua realização”. Sobre o ponto, Paulo Bonavides aduz que, apesar de a maioria dos direitos sociais corresponderem a normas programáticas, boa parte deles já tem eficácia, não só no Brasil, mas em diversos países<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 202-203.

<sup>39</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 315.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 564.

<sup>41</sup> Bonavides afirma que: “Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. O publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. (*Op. cit.*, p. 569).

<sup>42</sup> Édis Milaré, comentando a CF1988 em relação ao capítulo do meio ambiente aduz: “Na verdade, a nova Constituição captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza -, traduzindo em vários dispositivos o que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. A dimensão conferida ao tema não se resume, bem de ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social, mas alcança também inúmeros outros regramentos inseridos ao longo do texto nos mais diversos Títulos e Capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria.”. (MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 211).

<sup>43</sup> Rizzatto Nunes, discorrendo sobre a elaboração do Código de Defesa do Consumidor declara: “A Lei nº 8.078/90 tinha de vir, pois já estava atrasada. O Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, não davam mais conta de lidar com as situações tipicamente de massa”. (NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80).

Já no que concerne aos direitos fundamentais de terceira geração<sup>41</sup>, o que se deve reconhecer de pronto é que eles vêm ganhando força nestes tempos de integração mundial e que expressariam o lema “fraternidade” da Revolução Francesa. Elencam-se aqui, como exemplos, o direito ao meio ambiente equilibrado<sup>42</sup> (CF, art. 225), à proteção ao consumidor<sup>43</sup> (CF, arts. 5º, XXXII e 170,V), ao justo desenvolvimento econômico (CF, arts. 3º, II e III, e 170, *caput*), etc. A novidade é que o direito passa a abranger a coletividade, surgindo como decorrência, a idéia dos direitos difusos e coletivos<sup>44</sup>.

Observe-se, de outra parte, que a importância dessa terceira geração aparece quando é dificultosa a missão de definir, de encontrar um único sujeito de direito. Como exemplo, cite-se o meio ambiente, que é bem comum do povo, devendo o poder Público e a coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>45</sup>. Para os defensores da teoria das gerações dos direitos, trata-se da realização da idéia de fraternidade, pois o homem, neste contexto, tem a dispor a defesa dos seus próprios direitos, mas também os de um grupo determinado ou indeterminado.

O que se pode dizer, concluindo, é que as novas condições da coletividade chegaram a um nível de complexidade tal que se tornou necessária a atenção da ordem jurídica para os direitos difusos. Se para alguns autores a primeira geração é um não fazer, e a segunda geração um fazer estatal, a terceira geração corresponderia a uma integração do homem ao Estado, em que os dois colaboram para o amparo aos direitos difusos e

---

<sup>44</sup> BOBBIO Norberto. *Op. cit.*

<sup>45</sup> Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>46</sup> A afirmação vem da constatação de várias leis, órgãos reguladores e doutrinadores que defendem a idéia da participação do cidadão na gestão pública. Verificamos a existência de tais normas que exigem participação popular em diversos setores. Como exemplo, no Consema (Estado de São Paulo), no Orçamento Participativo (Município de São Paulo), em Conselhos Escolares. Enfim, somente com a participação do cidadão teremos um resultado mais satisfatório das atividades públicas. A respeito dos Conselhos Escolares registremos o que dispõe o artigo 205 da CF1988: “A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (grifo nosso).

<sup>47</sup> Com a ação popular, o cidadão ganhou força para tutelar os interesses da coletividade. O autor da ação a propõe sempre em benefício do povo, pelo interesse coletivo, e não de um interesse em particular. O artigo 5º, inciso LXXIII da CF1988 prevê: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>48</sup> Maria Regina Ferro Queiroz, a respeito da eficiência da prestação de serviços pelo poder público, escreve: “A lei de improbidade administrativa é um dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para o controle jurisdicional da Administração, e, mais especificamente, para o controle dos atos administrativos do administrador público”. (FERRO QUEIROZ, Maria Regina. O princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos e a lei de improbidade administrativa. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, ano 2, v. 10. dez. 2001.

136 coletivos. Trata-se, enfim, da idéia de participação da sociedade civil<sup>46</sup> nas ações governamentais, tomando corpo também, a ampliação do acesso à justiça<sup>47</sup> e da democratização das decisões estatais<sup>48</sup>.

Por derradeiro, observe-se que, para Paulo Bonavides, existe uma quarta geração de direitos fundamentais. Segundo o jurista, tal geração vem complementar as gerações anteriores (mormente a segunda e a terceira), permitindo, destarte a melhor integração política dos povos. Seriam eles o direito à democracia direta (CF, art. 14)<sup>49</sup>, que se torna possível pelo avanço tecnológico dos meios de comunicação<sup>50</sup>, o direito à informação (CF, arts. 5º, XIV e XXXIII, 220)<sup>51</sup> e ao pluralismo político (CF, art. 1º, V). Diz o constitucionalista: “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Nas palavras de Paulo Bonavides: “Já na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direito enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.” (*Op. cit.* p. 572).

<sup>50</sup> O texto da Carta de Brasília – elaborada no Encontro Nacional de Direitos Humanos – datada de 18 de agosto de 2005, declara que: “1. A Comunicação é um direito humano que deve ser tratado no mesmo nível e grau de importância que os demais direitos humanos. O direito humano à comunicação incorpora a inalienável e fundamental liberdade de expressão e o direito à informação, ao acesso pleno e às condições de sua produção, e avança para compreender a garantia de diversidade e pluralidade de meios e conteúdos, a garantia de acesso equitativo às tecnologias da informação e da comunicação, a socialização do conhecimento a partir de um regime equilibrado que expresse a diversidade cultural, racial e sexual; além da participação da sociedade na definição de políticas públicas, tais como conselhos de comunicação, conferências nacionais e regionais e locais. A importância do direito humano à comunicação está ligada ao papel da comunicação na construção de identidades, subjetividades e do imaginário da população, bem como na conformação das relações de poder. 2. O direito de ter voz e de se fazer ouvir vincula-se à necessária existência de um sistema que viabilize o exercício da liberdade de expressão mediante o acesso à uma mídia livre e pluralista que faça distinção entre opinião e relato dos fatos; respeite e incorpore as diversidades étnicas, raciais, sexuais, culturais, regionais e das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida; que atue na educação em direitos humanos e na difusão de informações sobre as questões políticas, sociais, econômicas e culturais de maneira veraz e ética, em processos institucionais que tenham efetiva participação da sociedade e controle social. O monopólio e o oligopólio em todas e em quaisquer partes dos ramos institucional e empresarial das comunicações é impedimento e barreira para o exercício desse direito humano”. (Disponível em: <[www2.camara.gov.br/cdhm](http://www2.camara.gov.br/cdhm)>).

<sup>51</sup> Rizzato Nunes nos ensina que o direito de informação se apresenta de três maneiras: o direito de ser informado, o de se informar e, concomitantemente, o dever de informar. (NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49)

<sup>52</sup> *Op. cit.* p. 571

<sup>53</sup> LOPES, Edgard de Oliveira. **Os direitos fundamentais sob ótica das influencias ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>.

Lembramos, ainda, o pensamento de Edgar de Oliveira Lopes que escreve:

Enquanto direito de quarta geração, a democracia positivada há de ser, necessariamente, uma democracia direta que se torna a cada dia mais possível, graças a avanços tecnológicos dos meios de comunicação, e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema<sup>53</sup>.

É de se ressaltar que, apesar do mérito da teoria das gerações, existem alguns pontos delicados que devem ser apontados. Inicialmente, é preciso tomar cuidado para não se pensar que uma geração somente surge quando sua antecessora está “perfeita”, harmonizada plenamente com o ordenamento jurídico. Para contestar tal conclusão, basta lembrar da experiência estadunidense e das diversas declarações de inconstitucionalidade que foram realizadas pela Suprema Corte Americana no período do *New Deal*, em que leis federais voltadas para o patrocínio de direitos sociais (como a limitação de jornada de trabalho, pisos salariais e melhorias de condições de trabalho) foram declaradas inconstitucionais com fundamento no pensamento liberal que sustentava diversos direitos de primeira geração<sup>54</sup>.

Reforçando também a idéia de que estamos longe da perfeição em relação aos direitos fundamentais, recordamos o caso *Brown versus Board of Education*, de 1954, em que a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da segregação de estudantes negros nas escolas públicas, retirando assim, o apoio à doutrina do “*equal but separate*”<sup>55</sup>.

Outra ponderação interessante, que não pode deixar de ser feita, diz respeito ao cuidado com que se deve examinar a lógica da evolução dos direitos fundamentais. Sobre o ponto, escreve George Marlmestein de Lima:

---

<sup>54</sup> George Marmelstein Lima pondera que: “Naquele país, a própria Suprema Corte norte-americana, na chamada “Era Lochner” (primeiras décadas do século XX), declarou a inconstitucionalidade de diversas leis federais, editadas no período do *New Deal*, que concediam aos trabalhadores direitos sociais mínimos, como a limitação da jornada de trabalho e pisos salariais. As decisões baseavam-se justamente na idéia de que a “livre iniciativa” ou a “liberdade contratual” era um direito assegurado constitucionalmente, e que o legislador não poderia interferir nessa liberdade, sob pena de violar o “*due process of law*”, em seu sentido material. Fica subentendido, nessas decisões, que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma nítida hierarquia entre esses direitos. Interessante notar também que, nesse período, o ativismo judicial foi bastante intenso, sendo constantemente invocada a cláusula do “*substantial due process*” para impedir o surgimento de direitos sociais, o que demonstra que nem sempre o ativismo judicial é próprio de juízes “revolucionários”...”. (LIMA, George Marmelstein. *Criticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Artigo disponível no site [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br))

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003. 7ª edição. pág. 54

<sup>56</sup> LIMA, George Marmelstein. Op. cit.

<sup>57</sup> Numa visão radical contrária ao valor da teoria das gerações, encontramos o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, que em palestra proferida, declarou: “Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937 – 1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados.<sup>56 57</sup>

### 3 Teoria dos direitos fundamentais: alguns aspectos

#### 3.1. A importância da teorização

Os desmandos do Absolutismo reacendeu, no espírito dos homens, a antiga discussão grega, traduzida no questionamento sobre se é melhor um governo de homens ou um governo de leis. Os súditos franceses<sup>58</sup>, cansados do despotismo do monarca, optaram pelo governo de leis. Impuseram, destarte, ao Estado Moderno, a condição de Estado de Direito, Estado caracterizado pela submissão de todos às normas de Direito.

Esse novo Estado<sup>59</sup> é composto pela conjugação de três elementos essenciais<sup>60</sup>, que são: a legalidade (ou constitucionalidade), a separação de poderes e os direitos fundamentais. A legalidade (ou constitucionalidade) corresponde à idéia de acordo

---

fragmentadora, atomista e toma os direito de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade”. Esclarece também que a concepção de que primeiro vieram os direitos fundamentais e, posteriormente, os direitos econômicos-sociais e os direitos coletivos corresponde à visão do direito constitucional, pois este tem como foco a evolução interna de cada país. Já no plano internacional, a evolução teria sido contrária, posto que primeiramente teriam aparecido os direitos econômicos e sociais. Cite-se de exemplo que as primeiras Convenções da OIT são anteriores à criação das Nações Unidas. Desta forma, o direito ao trabalho e suas condições são considerados de primeira geração sob o ponto de vista do Direito Internacional. Saliente-se, também, que, segundo o palestrante, o próprio Karel Vasak não leva a teoria a sério, uma vez que formulou a idéia apenas a título ilustrativo. Por fim, Caçado Trindade concluiu que a teoria de gerações de direitos fundamentais tem causado grandes danos à evolução dos direitos humanos. Como exemplo, citou que atualmente a discriminação é combatida e criticada apenas em relação aos direitos civis e políticos, sendo tolerada em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. (TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. Direitos humanos das mulheres: a proteção internacional. In: CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS, 5., 25 maio 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>.

<sup>58</sup> E não só eles, mas também os norte-americanos.

<sup>59</sup> Este Estado recebe de alguns doutrinadores o nome de Estado Constitucional. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 197.

<sup>60</sup> “O Estado moderno, também chamado Estado de Direito, caracteriza-se pela separação de poderes e a garantia de direitos fundamentais...” Alusão feita pelo professor Amílcar de Castro, remetendo o leitor às idéias de Carl Schmitt, J. Gaspar Bluntschli, Hermam Heller e Manuel Garcia Pelayo. (CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8).



com a qual há uma Lei Maior que constitui e organiza o Estado, subordinando a todos, inclusive os governantes ao império da Constituição e da lei. O segundo elemento se traduz na divisão do exercício do poder soberano do Estado entre órgãos independentes e autônomos (o Executivo, o Legislativo e o Judiciário) com o fito de formar um sistema de freios e contra-pesos, que obste a preponderância de um deles, evitando, assim, um novo absolutismo ditado por um dos poderes. Como último elemento integrativo, se encontram os direitos fundamentais, objeto desse estudo.

Em que pese a matéria “direitos fundamentais” ser tema de muitos trabalhos, poucos são os que apontam a importância dessa teorização<sup>61</sup>. Paulo Bonavides, enfocando a falta, escreve que

a teorização dos Direitos Fundamentais se acha no estado atual da doutrina rodeada de obscuridades e incertezas. Tudo isso apesar da freqüência com que são debatidos e da copiosíssima bibliografia existente sobre a matéria. Contudo, já foi possível reconhecer a importância capital que a teorização assume para fixar os rumos do Estado e guiar a jurisprudência, por via interpretativa, num sentido que permita concretizar a proteção da liberdade em termos de plena eficácia social.<sup>62</sup>

Assim, não se deve vislumbrar tal teorização como discurso meramente acadêmico, mas enquanto instrumento metodológico interpretativo da Constituição rumo à concretização dos direitos mais relevantes do homem.

### 3.2 Direitos fundamentais: aspectos materiais e formais

É com muita cautela que se deve buscar um conceito para os direitos fundamentais, malgrado tratar-se de um elemento integrativo necessário do Estado de Direito e a sua falta representar a sua descaracterização. Por isso, ao perseguir tal conceituação, deve-se partir da realidade de um Estado, particularizadamente considerado, e não eleger um conceito rígido a ponto de comprometer a aceitação de outros. Caso contrário, seria negada a condição de Estado de Direito a muitos países, principalmente orientais, que rejeitam certos direitos que, no ocidente, são considerados fundamentais. Mas apesar de

---

<sup>61</sup> Robert Alexy assevera que os direitos fundamentais são postos de forma muito vaga, logo têm sua aplicação ao caso concreto dificultada, pois o juiz encontra dificuldade para motivar suas decisões quando envolvidos tais direitos. Portanto, cabe à ciência dos direitos fundamentais assumir a tarefa de dar respostas racionalmente sustentáveis às questões vinculadas aos direitos dessa categoria. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.23-24).

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 340.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 514.

os conceitos de direitos fundamentais poderem variar em função do tempo e do espaço, em regra eles se encontram vinculados a determinados substratos axiológicos constantes.

Ao tratar do tema, Paulo Bonavides, valendo-se da doutrina do jus-publicista alemão, Konrad Hesse, fala de uma acepção lata e de outra restrita para a cláusula dos direitos fundamentais. Pela primeira acepção, os direitos fundamentais são aqueles que almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana”; já pela segunda acepção, os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”<sup>63</sup>. Portanto, não basta a concepção lata, ou a estrita, devem-se conjugar ambas para que se tenha uma noção mais apurada de direitos fundamentais.

Também Carl Schmitt, outro teórico alemão citado por Bonavides, estabelece dois critérios formais e um material<sup>64</sup> para a conceituação dos direitos fundamentais<sup>65</sup>. Pelo primeiro critério formal, “podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”; pelo segundo critério formal, “os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, ou são imutáveis ou têm modificação dificultada”. E, pelo critério material, “direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”<sup>66</sup>. Eis aqui o motivo pelo qual falamos alhures da necessidade de considerar, no trato dessa matéria, um Estado particularizadamente.

O que se percebe é que direitos fundamentais, numa perspectiva formal, são uma categoria jurídico-constitucional de direitos, que ou são imutáveis ou têm modificação dificultada e guardam, materialmente, ligação com os princípios e valores de determinado Estado, variando a categoria de acordo com as características de cada sociedade<sup>67</sup>.

Parece não ser correto afirmar que Carl Schmitt identifique os direitos fundamentais somente como direitos negativos. O que ocorre é que, ao elaborar seus estudos frente ao Estado Liberal, apontou como direitos fundamentais os direitos de liberdade (ou anti-estatais). Todavia, ao enfocá-los na perspectiva do Estado Social, ele constata a existência de “direitos objetivos”, os quais também integram a categoria dos direitos

<sup>64</sup> Jorge Miranda leciona que os direitos fundamentais são identificados por um critério formal e outro material, contudo, faz uma distinção no tocante ao caráter material de tais direitos, que, segundo ele, se traduz na positivação de um sentimento jurídico coletivo. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 8. Tomo 4).

<sup>65</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. p. 85).

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 515.

<sup>67</sup> Ana Maria acredita ser inconveniente atrelar os direitos fundamentais a uma concepção de Estado (LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Op. cit.*, p. 85).

<sup>68</sup> Ana Maria assevera que, para Carl Schmitt, as garantias institucionais não se confundiam com os direitos fundamentais, não sendo este uma nova categoria daquele. (*Op. cit.*, p. 169).

fundamentais. Tais “direitos objetivos” correspondem, na visão de Carl Schmitt, às garantias institucionais<sup>68</sup>, que passam agora a ser o novo conteúdo dos direitos fundamentais, somando-se aos direitos de liberdade. Essas garantias são uma proteção que se dá a determinado instituto, impondo uma atuação objetiva do Estado. Por exemplo: o trabalho, considerado uma instituição, quando ganha o status de garantia institucional, é porque o Estado avocou para si a proteção dessa instituição, pondo-se a agir nesse sentido. Se aqui nasce uma nova idéia de direitos fundamentais, nasce, também, um novo agente de grande importância para a efetivação e concretização de tais direitos: O Estado<sup>69</sup>.

Encerrando a abordagem que Paulo Bonavides faz sobre os estudos de Carl Schmitt, cumpre-nos tratar da categoria, criada pelo professor alemão, denominada “direitos fundamentais genuínos”. Compõem essa categoria apenas os direitos denominados de liberdade (direito à vida, liberdade, propriedade, liberdade de crença, integridade física). Estes direitos formam uma barreira que protege o particular do eventual arbítrio estatal, fixa assim os limites do poder público. O caráter limitativo desses direitos os coloca numa condição de inalterabilidade, sendo admitida sua modificação somente como exceção (raríssima), por via de norma constitucional de mesma categoria. Percebe-se que se todo direito fundamental tem sua modificação dificultada, os “direitos fundamentais genuínos” têm sua modificação proibida, isto é, só com o surgimento de outro direito fundamental genuíno se substitui aquele que não mais se adapta às opções do Estado. É importante lembrar que a força ativa da Constituição não era aceita por Carl Schmitt, o que o leva a identificar mais facilmente um bloco de direitos imutáveis, uma vez que, segundo ele, os direitos refletem a realidade política (Realpolitik). Modernamente, é mais difícil aceitar os “direitos fundamentais genuínos”, pois a norma constitucional assume grande força modificadora<sup>70</sup> (ativa) da realidade política; logo é possível que a Constituição suprima um direito de liberdade em prol de um direito social que será implementado, quebrando com isso a quase imutabilidade da qual gozam os direitos fundamentais genuínos. Resta elucidar que a indicação, por Carl Schmitt, de uma categoria genuína não indica que para ele somente esses são direitos fundamentais, e sim, que estes são direitos fundamentais que estarão presentes em todas as sociedades, vez que tratam da limitação da interferência do Estado na vida particular. Mas, como vimos, tal afirmação é questionável modernamente.

José Afonso da Silva, ao abordar a temática, equipara as expressões “direitos fundamentais do homem”, “direitos fundamentais da pessoa humana” e “direitos

---

<sup>69</sup> *Op. cit.*, p. 519.

<sup>70</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 13; 15-16.

<sup>71</sup> AFONSO, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. p. 178.

142 fundamentais”, e as diferencia de tantas outras expressões que dificultam a compreensão. Para ele, a expressão “direitos fundamentais do homem” se constitui na mais adequada ao estudo,

porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.<sup>71</sup>

Explica, ainda, que o qualitativo “fundamentais” indica que “se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” Percebe-se que as idéias esposadas por José Afonso da Silva têm abrigo na teoria dos publicistas alemães, que enfatiza a circunstância de que essa categoria de direitos varia de acordo com o modelo de Estado, e com perfil político-ideológico de cada Constituição, mas sempre, é óbvio, desde que reconhecido pela Lei Maior.

Seguindo com as definições em que tanto o aspecto formal quanto o material são imprescindíveis, fazemos referência aos apontamentos de Vidal Serrano e David Araújo:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). Formam, como afirmado, uma categoria jurídica. Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, tornando-se, assim, uma classe de direitos. Nessa medida, possuem peculiaridades individualizadoras que forjam traços diferenciais das demais categorias jurídicas.<sup>72</sup>

J. J. Gomes Canotilho também vislumbra os direitos fundamentais como categoria jurídico-constitucional, e chega a afirmar que “sem esta positivação jurídico-constitucional, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”<sup>73</sup>. Entende o professor português, respaldado na

<sup>72</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR NUNES, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>73</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 497.

<sup>74</sup> Sobre a fundamentalidade, cf. conferir ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, *Op. cit.*, capítulo décimo.

tese de Robert Alexy, que os direitos fundamentais apresentam dois aspectos: Constitucionalização e Fundamentalização<sup>74</sup>. A constitucionalização seria “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh)”. Por seu turno, a fundamentalização deve ser entendida como “a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. Normalmente se associa a fundamentalidade formal com a constitucionalização, isto significa que as normas de direito fundamental são de grau superior na ordem jurídica, com modificação dificultada, constituindo o limite material do poder constituinte reformador e, ainda, por serem “normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”. Por derradeiro, a fundamentalidade material, “significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”<sup>75</sup>.

Interessante notar que todos os autores acima elencados identificam um objetivo a ser alcançado por esta categoria de direitos. Muito embora abordem esse fim de forma diferente, concordam que sem o respeito a tais direitos não se alcançará a dignidade humana. Assim, em que pese a expressão “dignidade humana” corresponder a uma grande abstração, uma coisa se pode concluir: só se alcança a dignidade humana com a concretização dos direitos fundamentais.

Com isso, fechamos nossa abordagem sobre o conceito dos direitos fundamentais, mas sabemos que eles podem ser objeto de estudo de todas as ciências sociais, havendo muitos enfoques para sua análise; contudo, o que se buscou nessas linhas foi um conceito, que não é absoluto, mas nos parece o mais acertado, pois é passível de permanecer no tempo e no espaço.

## 4 Processo de realização dos direitos fundamentais

### 4.1 Introdução

Todo e qualquer direito nasce para ser concretizado, mas para que se chegue ao momento da concretização, é necessário percorrer um longo caminho que se inicia com a positivação e passa pela efetivação. A esse recurso dá-se o nome de realização dos direitos fundamentais. Tal processo é análogo ao de concretização tratado por Friedrich

---

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 497/450.

<sup>76</sup> MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>77</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

144 Muller<sup>76</sup>, Canotilho e Eros Roberto Grau<sup>77</sup>. Por uma questão de precisão terminológica, identificamos concretização apenas como a última etapa deste processo que preferimos chamar de realização, representando a atuação concreta da norma. No entanto, neste diapasão tem-se a assertiva do constitucionalista português: “a concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para a norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma decisão para a solução de casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”<sup>78</sup>. Extraí-se do pensamento de Canotilho que o processo de concretização engloba, então, três etapas básicas: 1º) existência de enunciados normativos, que são a forma lingüística de expressão de um determinado significado<sup>79</sup>; 2º) descoberta da norma, que reflete a proposição prescritiva contida no enunciado; 3º) surgimento da norma decisão, caracterizada pelo confronto da norma com o caso concreto, e conseqüente aplicação para sua solução.

Dentro desta proposta metodológica, o processo de realização será observado, também, em três etapas que, em parte, identificam-se com as idéias de Canotilho, porém sob outro enfoque.

Para que possamos compreender o processo de realização dos direitos fundamentais, que representam avanço e prestígio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, C.F.), torna-se indispensável analisarmos *de per si* suas etapas:

#### 4.2 O fenômeno da “Positivização”

A positivização dos direitos fundamentais representa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados em determinada sociedade, imprescindíveis ao indivíduo, retirando do legislador constituído seu reconhecimento e garantia. O questionamento acerca dos direitos fundamentais só se faz presente no Estado Constitucional (Estado de Direito), visto que nele a legalidade (constitucionalidade) atua

<sup>78</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina. p. 1185.

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001. p. 73.

<sup>80</sup> “A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão ‘direitos fundamentais do homem’ refere-se a situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Desde que, no plano interno, assumiram o caráter concreto de *normas positivas constitucionais*, não tem cabimento retomar a velha disputa sobre o seu valor jurídico, que sua previsão em Declarações ou em Preâmbulos das Constituições Francesas suscitava. Sua natureza passara a ser constitucional, o que já era uma posição expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de Constituição.

Mas também não são normas de valor supraconstitucional ou de natureza supra-estatal, como querem Duguit e Pontes de Miranda, embora sejam cada vez mais de dimensão universal.” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57).

como elemento garantidor de tais direitos, uma vez que são colocados no ápice da pirâmide normativa logo, neste modelo de Estado, a fonte positiva ganha maior destaque e rompe, de vez, com a concepção *jus naturalista* dos direitos fundamentais, que vigorou mais como preceito filosófico do que como norma jurídica<sup>80</sup>.

A Assembléia Nacional Constituinte, forma do Poder constituinte originário, via de regra, é o órgão responsável por votar e aprovar a Constituição e conseqüentemente os direitos fundamentais. Portanto, deste trabalho do Poder constituinte originário resulta o texto constitucional, que em seu bojo traz os enunciados normativos dos quais serão extraídas as normas que serão concretizadas.

#### 4.2.1 “Enunciados normativos”

Como quase tudo na vida, a realização tem início e fim. O ponto de partida deste processo está no texto normativo, enunciados que surgem de maneira originária ou derivada, provenientes da fonte formal positiva. Nessa primeira etapa, questiona-se a norma em si, não sendo destacado seu conteúdo e efeitos.

Os enunciados normativos caracterizam-se como a forma lingüística através da qual um determinado significado é expresso, como dissemos acima, não se confundindo com a norma, pois uma mesma norma pode vir trajada sob diversos enunciados. Para Robert Alexy, a norma é o significado do enunciado<sup>81</sup>. O que estamos dizendo pode ser exemplificado da seguinte maneira. Determina o art. 5º, LI, da C.F. que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Esse enunciado expressa a norma de que o brasileiro nato não pode ser extraditado, mas observe-se que essa mesma norma poderia ter sido enunciada de outra forma, como a seguinte: “é proibida a extradição de brasileiro nato” ou, ainda, “apenas o brasileiro naturalizado pode ser extraditado”.

Os enunciados, em si, pouco garantem ao indivíduo, porém são objetos valiosíssimos para que o intérprete possa encontrar a norma.

#### 4.2.2 Validade, vigência e eficácia da norma

##### 4.2.2.1 Descoberta da norma

Para que se possa prosseguir no processo de realização, o exegeta, ao deparar-se com o enunciado normativo, extrairá a norma nele contida, valendo-se do trabalho interpretativo.

---

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1. ed., 3. reimpressão. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 51.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 49.

As normas de direitos fundamentais são dispositivos normativos assim como as demais, gozando dos mesmos defeitos e virtudes.<sup>82</sup> O intérprete, ao extrair do enunciado normativo a norma, verificará se esta é apta a produzir os efeitos desejados, ou seja, se ela pode ser aplicada aos casos concretos. Mas afinal, quando uma norma está apta para ser aplicada? Para José Afonso da Silva

...aplica-se a lei, interpretando... Mas uma norma só é aplicável plenamente se estiver aparelhada para incidir, o que suscita várias questões, além da interpretação, tal como: estará em vigor? Será válida ou legítima? Será apta para produzir os efeitos pretendidos, ou precisará de outras normas que lhe desenvolvam o sentido?<sup>83</sup>.

O que se pode entender da lição mencionada é que uma norma estará apta a incidir desde que seja vigente, válida e eficaz. Faltando qualquer uma dessas condições, em regra, a norma não poderá ser aplicada. Embora a maioria dos constitucionalistas, ao abordar a aplicabilidade das normas, restrinja-se a tratar apenas da eficácia, tal visão parece restritiva demais, uma vez que a atuação concreta da norma depende da presença de todas as condições e não apenas da eficácia. O problema é que as definições de validade, vigência e de eficácia não são objeto de unanimidade na doutrina, chegando alguns autores, como Max Ernest Mayer, Carlos Cossio, Evaristo de Moares Filho a identificá-las como sinônimas, o que em realidade não ocorre<sup>84</sup>. Mostra-se relevante, então, o questionamento particularizado de cada um desses fenômenos para que possamos compreender a realização dos direitos fundamentais.

#### 4.2.2.1.1 Validade das normas

A validade como condição à aplicação das normas é observada por diversos enfoques pela doutrina<sup>85</sup>. Dentre os diversos entendimentos existentes, encontramos a validade como concepção ética ou fundamento axiológico. Utilizando-se deste entendimento de validade, acompanhado da compreensão ocidental de Constituição, tem-se que a Carta Magna será válida se for legítima, ou seja, se provém de Assembléia Constituinte que respeite o senso popular<sup>86</sup>. Mostra-se satisfatório tal entendimento, pois a Constituição é força política que se transforma em força jurídica, não podendo sua validade ser questionada neste último plano, uma vez que é texto originário. Assim, a

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

<sup>85</sup> A validade das normas pode ser questionada em cinco aspectos: constitucional, formal, fática, ideal e ética. DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>86</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 33.



Constituição encontra seu fundamento, sua compatibilidade, além das normas jurídicas, isto é, na força política instituidora do Estado.

#### 4.2.3.1.2. Vigência da norma

De acordo com o pensamento de Maria Helena Diniz<sup>87</sup>, o fenômeno jurídico *vigência* não está relacionado com a norma em si, mas deve ser analisado na perspectiva do relacionamento entre as normas. O problema da vigência localiza-se no campo temporal de incidência da norma, que vai desde a entrada em vigor até a sua revogação. Como regra, a Constituição entra em vigor com sua promulgação, mas pode acontecer que ela só tenha vigência em data posterior, quando então, estaremos diante da *vacatio constitutionis*. Na história constitucional brasileira, tal fenômeno ocorreu apenas com a Constituição de 1967 que, assinada em 24 de janeiro, entrou em vigor em 15 de março daquele mesmo ano.

Não podemos, portanto, confundir vigência com vigor, porque vigência é o campo temporal de incidência da norma, já o vigor é a qualidade da norma relativa a sua força vinculante. Ambos os conceitos estão intimamente ligados, porque mesmo revogada uma norma, ela continuará a ter força vinculante para os atos praticados antes do vigor da lei nova (v.g. art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º§§1º e 2º).

#### 4.2.3.1.3 Eficácia da norma

A idéia de eficácia que se traduz na possibilidade da norma ser aplicada, pode ser examinada de duas maneiras. De um lado, temos a eficácia jurídica, que representa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seus efeitos jurídicos; eficácia jurídica é verdadeiro pressuposto para a aplicação da norma. De outro, temos a eficácia social que se identifica com a observância da conduta prevista pela norma. Observe-se que a eficácia jurídica é pressuposto para concretização da norma, já a eficácia social encontra-se na outra ponta do processo, representando a própria realização social do comportamento esperado pelo direito.

É interessante observar que existem diversas classificações quanto à eficácia jurídica das normas, partindo todas de um padrão importado da Itália<sup>88</sup>, sendo a de maior destaque na doutrina brasileira a apresentada por José Afonso da Silva que classifica as normas em normas de eficácia plena, contida e limitada<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>88</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 164.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Normas de eficácia plena são aquelas que estão aptas a produzir seus efeitos, não necessitando de complementação normativa.(v.g. art 5º, II – legalidade; art 5º, III – proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante).

Normas de eficácia contida são aquelas que estão aptas a produzir seus efeitos, mas, podem ser restringidas por alguma outra norma constitucional ou infraconstitucional, mas sempre por necessidade pública. (v.g. art 5º, I – igualdade; art 5º, XIII – livre exercício das profissões).

Normas de eficácia limitada são as que requerem, para a sua aplicação, integração normativa. Estas últimas dividem-se em duas espécies: de uma parte, as normas de princípio institutivo; de outra, as normas de princípio programático. As últimas veiculam programas a serem realizados pelo Estado, buscando a realização de fins sociais (v.g. art 196-direito à saúde; 205-direito à educação. 227-proteção à criança...). Já as primeiras contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades (v.g. art 18, § 2º; 33; 113; 121...).

O estudo acima realizado quanto à eficácia das normas constitucionais situa-se no campo semântico, isto é, afastado da tensão mútua entre os diversos direitos fundamentais, resultante das relações sociais. Assim, enquanto é possível vislumbrar-se no campo semântico uma totalidade de normas com eficácia plena (ainda que hipoteticamente), no campo pragmático, diante do conflito de normas de direitos fundamentais, ocupantes da mesma posição hierárquica, não encontraremos direitos absolutos, uma vez que as normas provocam entre si restrições recíprocas. Para Willis Santiago Guerra Filho, saindo do campo semântico e ingressando no campo pragmático não teríamos nenhuma norma com eficácia absoluta, pois as normas se encontram em estado de tensão e mútua restrição<sup>90</sup>.

### 4.3 O fenômeno da “Efetivação”

A efetivação é a atividade intermediária dentro do processo de realização. Esta etapa do processo de realização é responsável pelo preenchimento dos espaços normativos e pela utilização da norma, representando o elo entre a norma e a concretização.

Pode-se visualizar a etapa de efetivação em duas atividades diferentes: *integração normativa*, necessária exclusivamente quando se cogitem normas de eficácia limitada; *aplicação*, ato que representa a utilização da norma. Esta última atividade não deve ser

---

<sup>90</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 165.

confundida com a concretização, fenômeno que depende da aplicação da norma, mas que vai além.

O tema, até onde foram nossas pesquisas, nunca foi abordado sob esta ótica, qual seja, a que se propõe a distinguir claramente efetivação e concretização dos direitos fundamentais. Não aspiramos inovação, mas apenas revisitar o assunto sob um enfoque distinto. O fenômeno jurídico por nós denominado de “efetivação” é semelhante ao fenômeno jurídico chamado de “densificação” por Canotilho. Para o constitucionalista português “densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por este preceito, dos problemas concretos”<sup>91</sup>. No entanto, percebe-se que a dimensão por nós atribuída à efetivação é mais abrangente do que a dada pelo autor português à densificação, uma vez que esta é atividade singular (integração normativa) ao passo que aquela é atividade composta (integração normativa e aplicação da norma).

A atividade integrativa (a primeira manifestação do que denominamos “efetivação”) é tipicamente estatal, prevendo a Constituição meios hábeis para romper a inércia do agente público que falta com seu dever legislativo (ou administrativo). Embora os particulares não tenham a obrigação de integrar a Constituição, nada impede que eles, frente a normas de eficácia limitada, estipulem acordos entre si que venham a suprir a ausência normativa<sup>92</sup>.

Já a aplicação da norma (a segunda manifestação do que denominamos “efetivação”) é atividade que pode ocorrer tanto por agentes estatais como por intérpretes populares. Aplicar significa utilizar algo, pôr em prática. Em nosso caso, trata-se de utilizar a norma retirada do enunciado normativo. Assim, tem-se que a sentença proferida pelo juiz (v. g., reconhecendo o direito fundamental à prestação de saúde médico-hospitalar), o decreto do Executivo (determinando, v.g., a construção de rampa para deficientes), a utilização da norma pelos particulares (a empresa dando aplicação ao art. 7º, XI da C.F., definindo como pagará a participação nos lucros), tudo isso corresponde à idéia de aplicação, mas que ainda não se identifica como concretização.

Ao tratarmos da eficácia jurídica, condição para aplicação da norma, constatou-se que algumas normas são suficientes em si, ou seja, não requerem integração normativa, ao passo que outras reclamam tal atividade.

De acordo com o grau de eficácia da norma, o processo de realização pode ter maior ou menor duração. Nas normas de eficácia plena e contida, será menor, uma vez que

---

<sup>91</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 1185.

<sup>92</sup> Cita-se como exemplo o art. 7, XXIII, da C.F., ausente a norma que defina atividade penosa, pode o sindicato de determinada atividade em conjunto com o sindicato da categoria economia determinar, para a relação entre eles, o que seria tal atividade e o adicional cabível.

<sup>93</sup> “A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ (§1ª do art. 5º). Mas certo é que isso não resolve todas

150 tais normas “nascem” prontas para produzir seus principais efeitos em maior ou menor grau e, assim, podem ser aplicadas. No entanto, nos casos de normas de eficácia limitada, o processo se prolonga no tempo, dado que se faz necessária complementação normativa infraconstitucional (eis um aspecto do que chamamos de efetivação)<sup>93</sup>.

A eficácia jurídica indica a possibilidade de aplicação da norma ou, no dizer de José Afonso da Silva, “a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau efeitos jurídicos, ao regular desde logo as situações, relações e comportamentos nela indicados”<sup>94</sup>. Um dos problemas da efetivação reside nas normas de eficácia limitada, pois essas normas necessitam de integração normativa. Tais normas carentes de eficácia jurídica geram o fenômeno jurídico da lacuna técnica, que tem por conseqüência a não aplicação da norma. Nessas hipóteses, é dado ao legislador (ou ao administrador) a tarefa de integrar a Constituição; porém, preocupada esta com o não exercício da atividade legislativa (ou administrativa) necessária para dar eficácia jurídica suficiente às normas, estabeleceu mecanismos hábeis em romper a deficiência trazida pela inércia, ganhando destaque entre elas o mandado de injunção, a iniciativa popular e o controle de constitucionalidade por omissão. Tais instrumentos visam a efetivação da norma para que posteriormente possa ser concretizada.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>95</sup> e Konrad Hess<sup>96</sup> chamam a atenção para a impossibilidade de a Constituição por si só realizar qualquer coisa, ou seja, por melhor que se apresente o texto constitucional, ele não tem força para introduzir nas estruturas sociais os ideais projetados, fazendo-se indispensável a presença da vontade constitucional em toda a sociedade, de sorte a dar aplicação, ainda que inconsciente aos direitos fundamentais.

Conclui-se que a plena eficácia jurídica é indispensável para que a norma seja aplicada e concretizada. Assim, as normas de eficácia plena e contida, por não necessitarem de atividade complementadora, poderão, quando preciso, ser utilizadas. Por outro lado, as normas de eficácia limitada reclamam atividade extra, qual seja, integração normativa, e só após esta atividade poderão sofrer atuação concreta.

---

as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais”. (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57).

<sup>94</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

<sup>95</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito constitucional e democracia. In: ARGÜELLO, Kátie (Org.). **Direito e democracia**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

<sup>96</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

### 4.3.1 Aplicabilidade imediata da norma

Não poderíamos deixar de tratar do art. 5º, §1º, da Constituição, que dispõe: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Normas de aplicabilidade imediata são aquelas dotadas de todos os elementos necessários à sua incidência. Em regra, são de aplicabilidade imediata os direitos individuais e de aplicabilidade indireta as normas de direito fundamental definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos<sup>97</sup>.

Este preceito normativo, de acordo com José Afonso da Silva, não é utilizado pelo STF quando interpreta a Constituição. Para o autor, o órgão máximo do Poder Judiciário analisa as questões constitucionais com olhar privatista. Gilmar Mendes Ferreira, ainda quando Procurador da República, destacou a importância do controle de constitucionalidade como meio hábil em dar efetividade aos preceitos constitucionais, e reforça seu posicionamento com a citação de Erhard Denninger: “A efetividade da proteção dos direitos fundamentais para as minorias socialmente discriminadas e grupos não privilegiados depende em última instância da atuação do Poder Judiciário”<sup>98</sup>. Restamos aguardar.

Como assevera José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos fundamentais “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento”. E, em relação ao Poder Judiciário, assevera que “...sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”<sup>99</sup>.

## 4.4 O fenômeno da “Concretização”

A doutrina nacional não apresenta de maneira muito clara a definição de concretização e, assim como a doutrina alienígena, utiliza a expressão como sinônimo de interpretação, densificação e até de aplicação. Concretização, como fenômeno jurídico relacionado aos direitos fundamentais, representa a execução ou, se se preferir, a atuação concreta

---

<sup>97</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 177.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, 1994, p. 244.

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 177.

<sup>100</sup> “...ato de tornar concreto. De concretizar e suf. ção. Realização, execução.” (BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 785. v. 2).

dessas normas. Com isso, afasta-se qualquer confusão terminológica com outros fenômenos jurídicos<sup>100</sup>. Estando presentes todas as condições de aplicabilidade das normas, inclusive a eficácia jurídica plena (fenômenos estes cogitáveis com a só positividade dos direitos fundamentais, como visto), parte-se para a concretização, que é algo que vai além da utilização da norma (aplicação)<sup>101</sup>; é a realização concreta, tangível, material dos direitos fundamentais.

A concretização dos direitos fundamentais pode dar-se, basicamente, de duas formas: com a participação do Estado ou sem a participação do Estado. Na primeira hipótese, teremos as sentenças judiciais e os atos do Poder Executivo e Legislativos como atos intermediários (efetivação) que visam à concretização; na segunda, temos os cidadãos, verdadeiros titulares do poder, concretizando a Constituição, como por exemplo: matriculando-se em uma escola (art. 205, caput, da C.F), vacinando-se ou levando seu filho ao posto de saúde para vacinação (art. 196, caput, da C.F), respeitando o direito à vida alheia (art. 5º, caput, da C.F). Nota-se que a concretização ocorre quando o cidadão desfruta do direito, de forma que não basta existir a escola, a vacina no posto de saúde, a expectativa de vida, se elas não forem alcançadas concretamente pelo povo.

A não participação do Estado para a atuação concreta da norma constitucional vai ao encontro dos ideais democráticos e representa a existência de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, ou seja, todos aqueles que vivem e aplicam a Constituição são seus intérpretes concretizadores<sup>102</sup>. Tanto diretamente como através do Estado, a atuação do cidadão é imprescindível, pois como se depreende do pensamento de Thomas Hobbes, há coisas que só o cidadão pode fazer por ele<sup>103</sup>, cabendo ao povo, simultaneamente, a provocação, a fiscalização do poder público e a concretização por si próprio da Constituição.

---

<sup>101</sup> A aplicação da norma distingue-se da concretização, porque esta só é alcançada com o gozo do direito, ao passo que a aplicação sugere apenas a utilização da norma. “Aplicação – s.f. Utilização de alguma coisa. Colocação, disposição. Lat. *Applicationem*.” BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 287. v. 1.

<sup>102</sup> HÄRBELE, 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, 1997.

<sup>103</sup> HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

<sup>104</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 229. Tomo 4.

<sup>105</sup> “Por fim, a Constituição, para ser efetiva, deve gozar também de um entranhamento afetivo por arte de seu povo, que suscita um entusiasmo chamativo, público e representativo, aquilo que o *constitucionalista espanhol*/Pablo Lucas Verdú chama de ‘sentimento constitucional’, em contraposição ao ‘ressentimento constitucional’”. (MARIA, Gisela Bester. **Direito constitucional**. Fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. p. 151. v. 1).

Jorge Miranda adverte que um primeiro passo para a defesa dos direitos é o seu conhecimento<sup>104</sup>, o que nos leva à conclusão que muitos concretizam seus direitos ou auxiliam a concretizar os direitos dos outros inconscientemente; porém não se pode negar que quanto mais intenso for o sentimento constitucional<sup>105</sup> em maior grandeza se dará a concretização da Constituição e dos direitos fundamentais. Tal sentimento reclama a compreensão da Constituição quanto ao seu sentido e significados<sup>106</sup>, não se restringe à compreensão dada por juristas; melhor é a compreensão coletiva que produz a interpretação constitucional popular, como adverte Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>107</sup>.

Concluimos que a concretização dos direitos fundamentais só é obtida quando o cidadão, concretamente, alcança o gozo daquilo que a Constituição prescreve. A mera sentença judicial, ou decreto executivo apenas indiretamente contribuem para a concretização; daí falarmos que tais atos correspondem à “efetivação” dos direitos fundamentais. A concretização da Constituição representa o estreitamento entre o ser e o dever ser, a obediência leal do preceito normativo. Em outras palavras, a concretização é a eficácia social da norma. O problema é que no Brasil, ainda hoje, a Constituição, ou grande parte dela permanece ineficaz jurídica e socialmente<sup>108</sup>. A inércia dos órgãos responsáveis pela implementação da Constituição é aflição à dignidade da pessoa humana. A falta de vontade constitucional dos agentes atuantes em órgãos públicos faz com que a Constituição fique a uma distância abismal da realidade, significando um simples pedaço de papel<sup>109</sup>. A ausência de força normativa da Constituição<sup>110</sup>, resultante da ausência de vontade constitucional, faz com que autores cheguem mesmo a proclamar em alto e bom som, como faz Fábio Konder Comparato, que estamos a presenciar, dolorosamente, a “morte espiritual da Constituição”<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> “Desnecessário dizer que uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 211).

<sup>107</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. Max Limonad: 1986. p. 169.

<sup>108</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

<sup>109</sup> LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed. Tradução de Lenandro Farina. Campinas: Minelli, 2005.

<sup>110</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>111</sup> “Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor (...) A Constituição é hoje o que a Presidência (da República) quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14 *apud* COMPARATO, Fábio Konder. **Folha de S. Paulo**, 10 maio 98, p. 1-3)

**Referências**

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1. ed. 3. reimpr. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR NUNES, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis. Teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de numeração. A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. Seminário em Brasília em 1991. Editor Antônio Augusto Cançado Trindade: IIDH San José de Costa Rica/Brasília, Brasil – 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 1-2.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos humanos das mulheres: a proteção internacional. CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., Brasília, 2000. Disponível em: <[www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br)>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARTA DE BRASÍLIA – elaborada no Encontro Nacional de Direitos Humanos. 18 ago. 2005 Disponível em: <[www2.camara.gov.br/cdhm](http://www2.camara.gov.br/cdhm)>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUVILLIER, A. **Manual de filosofia**. Porto/Portugal: Educação Nacional de Adolfo Machado. Versão do Professor Doutor Vieira de Almeida da Faculdade de Letras de Lisboa, 1956



- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Max Limonad, 1986.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GILISSEN, Jhon. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa. 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- \_\_\_\_\_. Direito constitucional e democracia. In: ARGÜELLO, Kátie (Org.). **Direito e democracia**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- HÄRBELE, 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, 1997.
- HECK, Luís Afonso. **Os direitos fundamentais e o recurso constitucional reciprocamente**. Caderno n. 1, ago. 1997. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Centro de Ciências Jurídicas – centro 4 – Curso de Mestrado em Direito.
- HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. 6. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções 1789-1848**. 12. ed. Paz e Terra.
- JORGE, Miguel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2. ed. Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2005.
- LIMA, George Marmelstein. **Criticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>.
- LOPES, Ana Maria D’Avila. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

- 156 LOPES, Edgard de Oliveira. **Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>.
- MARIA, Gisela Bester. **Direito constitucional.** Fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, 1994.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente doutrina, prática, jurisprudência, glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1993. Tomo 4.
- MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional.** 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, Almir de. **Curso de direitos humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- QUEIROZ, Maria Regina Ferro. O princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos e a lei de improbidade administrativa. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, ano 2, v. 10, dez. 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** Investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Livro 1 – Col. Os Economistas).
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.