



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SETOR DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**ALUNO: ARI FERREIRA DE QUEIROZ
ORIENTADOR: PROFESSOR DR. MARCELO FIGUEIREDO**

**EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Interpretação realista art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação do professor Doutor Marcelo Figueiredo.

**SÃO PAULO
2006**

Banca examinadora

DADOS CURRICULARES

NOME: ARI FERREIRA DE QUEIROZ
NASCIMENTO: 03.07.1958 – LONDRINA –PR.
FILIAÇÃO: Estevam Ferreira de Queiroz
Maria Juvenil Saraiva de Queiroz
1985/1990: Curso de graduação em Direito
Universidade Estadual de Londrina – UEL
1990/1991: Pós-graduação *lato senso* em Direito Público
Faculdade Anhangüera de Ciências Humanas
1991: Aprovado no concurso para Juiz de Direito em Goiás
1993/1994: Especialização em Direito Processual Civil
Universidade Federal de Goiás – UFG
1994/1995: Especialização em Direito Penal
Universidade Federal de Goiás – UFG
1995: Aprovado em concurso para Juiz Federal
Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Brasília – DF
1996: Aprovado em concurso para professor de Direito Penal e
Processual Penal
Universidade Federal de Goiás – UFG
1996: Aprovado em concurso para professor de Direito
Constitucional
Universidade Católica de Goiás – UCG
1999/2000: Mestrado em Direito do Estado
Universidade de Franca - UNIFRAN-SP
1999/2005: Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais
Universidad del Museo Social Argentino – Buenos Aires
2006: Juiz de direito da terceira vara da Fazenda Pública
Goiânia – Estado de Goiás

Ao meu falecido pai

À minha mãe

Pai, o exemplo que legou para seus filhos jamais será superado.

Mãe, assim como o pai, você é uma mulher simples, que viveu mais para os filhos do que para você mesma.

O estudo que vocês não tiveram não foi obstáculo para a correta e justa educação de todos nós, e seus exemplos merecem ser seguidos.

Com este trabalho que agora entrego, continuo aprendendo com seus ensinamentos.

Seu filho

Agradecimentos

É impossível desenvolver um trabalho como este sem apoio, compreensão e colaboração de muitas pessoas.

A compreensão da família, especialmente da mulher e dos filhos, é a base. Passei muitas horas de dias, noites e madrugadas, literalmente *fechado*, como se o mundo se resumisse a esta empreita. Como não é a primeira vez, a compreensão tem sido a marca de minha mulher, Eliane, e de meus filhos e estudantes de Direito, Ricardo, Henrique e Fernando, a quem agradeço imensamente.

Apoio, recebi da Universidade Católica de Goiás, que me liberou, mediante licença remunerada, durante três anos, sem o que não teria sido possível nem mesmo fazer frente aos custos do empreendimento.

Também foi de extrema utilidade a compreensão da diretoria da Faculdade Sul-Americana, especialmente da professora Milena Silveira Saraiva que, como doutoranda que é, soube aceitar e tolerar minhas ausências na coordenação de seu Curso de Direito.

Foi valorosa a colaboração especial que recebi de servidores da Câmara dos Deputados, particularmente do Dilson Emílio Brusco, que como grande conhecedor dos anais da Assembléia Nacional Constituinte, cedeu-me sua obra "*O processo histórico da elaboração do texto constitucional*", escrita em três volumes, e me forneceu utilíssimas informações de bastidores que muito facilitaram e enriqueceram a pesquisa sobre o *nascimento da Constituição Federal de 1988*.

Ainda na Câmara dos Deputados, obtive valiosa colaboração do Tarcísio Aparecido Higino de Carvalho e Irismar Soares Matos, ambos do setor de arquivos onde se encontra armazenada toda a documentação da Assembléia

Nacional Constituinte, os quais, como o Dilson, também conhecem como poucos os bastidores e foram extremamente gentis e atenciosos quando lá estive em busca de material.

Também foi de extrema importância a colaboração do Deputado Federal Vilmar Rocha que, como professor de Direito Constitucional sabe quão importante e difícil é a pesquisa, por isso não hesitou em colocar a estrutura de seu gabinete a minha disposição, o que me possibilitou, especialmente, chegar até Dilson, Tarcísio e Irismar.

Também foi de extrema importância a colaboração da Doutora Sônia D'Albuquerque, da Faculdade Sul-americana, de Goiânia, por ter me emprestado toda sua experiência como professora de língua portuguesa em diversos níveis de ensino e orientadora de teses e dissertações. Quando o trabalho já estava praticamente pronto e corrigido, a professora Sônia não mediu esforços para revisá-lo amiudemente, uma última vez, sob os aspectos ortográficos e gramaticais, bem como a concordância de textos e até aspectos formais, apontando erros que puderam ser evitados.

Por último, outras duas pessoas que também colaboraram não podem ser esquecidas: a Rosamaria Shertel e um anônimo operador da fotocopadora, ambos da biblioteca da Câmara dos Deputados.

A Rosamaria, por ter auxiliado na localização da versão impressa do Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 em que foram publicados os trabalhos finais da Comissão de Redação, muito úteis para compreender até mesmo a razão de certos dispositivos da Constituição.

O outro é um servidor anônimo, cujo nome não tive o cuidado de perguntar, que se disponibilizou – quando outros se recusaram – a sacrificar parte de seu tempo de uma tarde de sexta-feira de Copa do Mundo para providenciar-me mais de mil fotocópias daquele Diário.

A todos, o que posso dizer é muito obrigado e rogar ao Grande Arquiteto do Universo para que os ilumine e proteja.

Ari Queiroz

Ao professor Marcelo Figueiredo

Por maior que seja a experiência acumulada como professor e profissional do Direito, atuando há anos como magistrado e já tendo passado por outros cursos de pós-graduação *lato senso* e *stricto senso*, jamais me esqueci de minha condição de aluno e aprendiz.

Nesta condição, estou seguro ao dizer que sem a orientação firme e consistente do professor Marcelo não teria nem mesmo iniciado a empreita, quanto menos a concluído.

Dele recebi as críticas necessárias e a indicação segura do caminho a ser percorrido, especialmente quando, abrindo-me as portas de sua casa e seus arquivos bibliográficos, funcionou como ponto de partida e que agora me espera no ponto de chegada.

Ao professor Marcelo, minhas congratulações.

Ari Queiroz

Aos meus professores

Não foram muitos, mas foram além das expectativas. Refiro-me aos meus professores na fase presencial do curso de doutorado em Direito Constitucional, da PUC/SP.

Aulas brilhantes ministradas pela professora Maria Garcia sobre interpretação constitucional; seminários altamente produtivos conduzidos pela jovem e talentosa professora Samantha Meyer-Pflug; interrogações fantásticas lançadas pelo professor Willis Santiago Guerra Filho; profunda visão de sistema com o professor Márcio Pugliese.

Quanto ao professor Marcelo, só posso dizer que foi meu inspirador, especialmente por sua sapiência aliada à simplicidade própria dos sábios, que com maestria desbastou os mistérios da jurisdição constitucional.

Por último, minhas homenagens sinceras ao saudoso professor Celso Ribeiro Bastos que, já combalido pela doença que lhe ceifaria precocemente a vida, continuou até o último instante transmitindo todo o seu saber.

A este professor de todos os tempos, rogo a Deus que proteja onde quer que esteja; aos demais, apenas meus agradecimentos e votos de que continuem a escalada de sucesso com paz e saúde.

Ari Queiroz

SUMÁRIO

SUMÁRIO	I
RESUMO	III
RESUMEN.....	IV
RÉSUMÉ.....	V
ABREVIATURAS.....	VI
ESTATÍSTICAS	VII
METODOLOGIA.....	VIII
REFERENCIAIS TEÓRICOS	XV
INTRODUÇÃO.....	1

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1. NOÇÕES.....	5
2. DIREITOS E GARANTIAS NA AMÉRICA.....	11
3. O PROBLEMA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	41
4. DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS.....	63
5. DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO NÃO-FUNDAMENTAL	82
6. CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	97
7. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	117
8. O PAPEL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	129
9. POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	140

CAPÍTULO II

DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. NOÇÕES.....	170
----------------	-----

2. EFICÁCIA OU APLICABILIDADE? UM PROBLEMA TERMINOLÓGICO.....	173
3. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	202

CAPÍTULO III

O DISPOSITIVO NO DIREITO COMPARADO

1. NOÇÕES.....	270
2. CRONOLOGIA DA NORMA NO DIREITO COMPARADO	274
3. CONSTITUIÇÕES QUE INSPIRARAM A DO BRASIL DE 1988.....	278
4. A NORMA EM CONSTITUIÇÕES QUE SUCEDERAM À DO BRASIL.....	289
5. CONCLUSÕES.....	295
6. CONSTITUIÇÕES QUE SE APROXIMARAM DA NORMA.....	295

CAPÍTULO IV

SURGIMENTO DO § 1º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. NOÇÕES.....	307
2. PROPOSTAS DE REDAÇÃO DO ATUAL DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL	312
3. QUADRO COMPARATIVO/EVOLUTIVO DO DISPOSITIVO	376
4. CONCLUSÃO.....	386

CAPÍTULO V

CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. NOÇÕES.....	389
2. NEM TODOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS SÃO FUNDAMENTAIS	392
3. ALCANCE LIMITADO DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	414
4. DIREITOS QUE DISPENSAM REGULAMENTAÇÃO	442

PÓS-TEXTO

CONCLUSÕES.....	451
BIBLIOGRAFIA.....	463
ÍNDICE.....	521

RESUMO: Não sendo obras completas, é normal que as constituições escritas contenham apenas o fundamental, deixando a complementação para as leis, as quais a detalharão e possibilitarão a adaptação aos avanços sociais. Mas, uma constituição que deixa demasiado número de matérias a espera de complementação legislativa corre o risco de se tornar *letra morta*, por omissão do legislador, que não elabora as leis necessárias para lhe dar a plena eficácia, frustrando todos os que nela acreditaram. Para evitar isso quanto aos direitos e garantias fundamentais, inseriu-se no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, regra de que as normas que os definem têm aplicação imediata, o que os colocando em posição de superdireitos, se comparados com os demais. A primeira Constituição a conter norma semelhante foi a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, seguindo-se, na década de 60, as constituições venezuelana (1961), paraguaia e uruguaia (1967), portuguesa (1976) e espanhola (1978). Na década de 90, norma semelhante apareceu nas constituições eslovena (1991), russa (1993), ucraniana (1996) e polonesa (1997). Algumas constituições provinciais, como as de Neuquen e Terra do Fogo, na Argentina, também contêm regra semelhante. Por constituir a essência da constituição, os direitos e garantias fundamentais gozam de *status* superior em relação aos demais. O real significado desse dispositivo tem sido objeto de controvérsias, especialmente acerca de sua aplicação quanto aos direitos fundamentais prestacionais, particularmente encontradiços no rol dos direitos sociais, não somente quanto aos trabalhadores (arts. 7º a 11), mas também quanto aos demais, mencionados no art. 6º, porém remetidos para outros capítulos, como os direitos à saúde, educação, previdência social, entre outros. A controvérsia reside em dois pontos básicos: o primeiro, porque, a despeito da expressa utilização da expressão "direitos fundamentais", em lugar de "direitos individuais", a norma consta de um parágrafo do art. 5º, que não veicula todos os direitos fundamentais, mas apenas "direitos e deveres individuais e coletivos"; o segundo independe do *locus* constitucional, mas considera a existência de direitos fundamentais que se realizam pela simples imposição de comportamento negativo em face da parte contrária – Estado ou particulares -, enquanto outros, sem negar esses, exigem a realização de atos materiais, como a construção de escolas ou centros de saúde ou a disponibilidade de dinheiro para custear a previdência social. Para aclarar o dispositivo e encontrar seu real significado e implicações frente aos destinatários dos direitos fundamentais e àqueles que devem efetivá-los, buscou-se, neste trabalho, distinguir entre direitos e garantias fundamentais, direitos individuais e direitos fundamentais, direitos individuais e direitos coletivos e entre estes e direitos sociais. Ao final, concluiu-se que a norma analisada não empresta eficácia jurídica às que, por expressa disposição constitucional ou por simples impossibilidade de se precisar seu alcance, dependem de intermediação legislativa regulamentadora ou intervenção administrativa de cunho patrimonial, como geralmente ocorre com os direitos a prestações positivas. Concluiu-se também que as normas constitucionais que definem garantias, por traduzirem direitos de defesa, nunca dependem, embora admitem regulamentação, por isso sempre gozam da máxima eficácia, mas podem ter o alcance reduzido.

RESUMEN: Si no son obras completas, es normal que las constituciones escritas contengan únicamente lo fundamental, dejando la complementación para las leyes, las cuales la detallarán y posibilitarán la adaptación a los avances sociales. Pero, una constitución que deja demasiado número de temas a la espera de complementación legislativa se arriesga a tornarse *letra muerta*, por omisión del legislador, que no elabora las leyes necesarias que la den plena eficacia, frustrando todos los que en ella acreditaron. Para que eso sea evitado cuanto a los derechos y garantías fundamentales, se enserió en el art. 5º, § 1º, de la Constitución Federal de 1988, regla de que las normas que los definen tengan aplicación inmediata, lo que los ponen en posición de súper derecho, si comparados a los demás. La Primera Constitución a contener norma semejante fue la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, seguida en la década de 60, de las constituciones venezolana (1961), paraguaya y uruguaya (1967), portuguesa (1976) y española (1978). En la década de 90, norma semejante apareció en las constituciones eslovena (1991), rusa (1993), ucraniana (1996) y polonesa (1997). Algunas constituciones provincianas, como las de Neuquen y Tierra del Fuego, en Argentina, también contienen regla semejante. Por constituir la esencia de la constitución, los derechos y garantías fundamentales gozan de *status* superior con respecto a los demás. El real significado de ese dispositivo viene siendo objeto de controversias, especialmente acerca de su aplicación cuanto a los derechos fundamentales prestacionales, particularmente en contradicción en el rol de los derechos sociales, no sólo cuanto a los trabajadores (arts. 7º a 11º), bien como a los demás, mencionados en el art. 6º, sin embargo remitidos para otros capítulos, como los derechos a la salud, educación, previdencia social, entre otros. La controversia reside en dos puntos básicos: el primero, porque, a despecho de la expresa utilización de la expresión “derechos fundamentales”, en lugar de “derechos individuales”, la norma consta de un párrafo del art. 5º, que no vehicula todos los derechos fundamentales, pero únicamente “derechos y deberes individuales y colectivos”; el segundo independe del *locus* constitucional, pero considera la existencia de los derechos fundamentales que se realizan por la simple imposición de comportamiento negativo frente a la parte contraria – Estado o particulares –, mientras otros, sin negar a estos, exigen la realización de actos materiales, como la construcción de escuelas o centros de salud o la disponibilidad de dinero para costear la previdencia social. Para aclarar el dispositivo y encontrar su real significado e implicaciones delante de los destinatarios de los derechos fundamentales y de aquellos que deben efectuarlos, se buscó, en este trabajo, distinguir entre derechos y garantías fundamentales, derechos individuales y derechos fundamentales, derecho individuales y derechos colectivos y entre estos y derechos sociales. Al final, se concluyó que la norma analizada no presta eficacia jurídica a las que, por expresa disposición constitucional o por simple imposibilidad de precisarse su alcance, dependen de intermediación legislativa reglamentadora o intervención administrativa de cuño patrimonial, como generalmente ocurre con los derechos a prestaciones positivas. Se concluyó también que las normas constitucionales que definen garantías, por traducir derechos de defensa, nunca dependen, sin embargo admiten reglamentación, por eso siempre gozan de máxima eficacia, pero pueden tener su alcance reducido.

RÉSUMÉ: étant donné que les constitutions écrites ne sont pas des œuvres complètes, elles ne contiennent que le fondamental et laissent le travail complémentaire aux lois, qui s'occuperont des détails et permettront l'adaptation aux progrès sociaux. Mais une constitution qui laisse trop de matières en attente de complément législatif court le risque de devenir lettre morte, par omission du législateur, qui n'élabore pas les lois nécessaires pour lui donner sa pleine efficacité, frustrant par la même tous ceux qui croient en elle. Pour éviter que les droits et garanties fondamentaux ne subissent pareil sort, on a inséré à l'article 5, § 1^o de la constitution fédérale de 1988 une règle selon laquelle les normes qui les définissent sont d'application immédiate, ce qui les place dans une position de super-droits, si on les compare aux autres. La première constitution à contenir une norme semblable fut la loi fondamentale de Bonn de 1949, suivie, dans la décennie de 60, par les constitutions du Venezuela (1961), du Paraguay et de l'Uruguay (1967), du Portugal (1976) et d'Espagne (1978). Dans la décennie de 90, une norme semblable est apparue dans les constitutions de Slovaquie (1991), de Russie (1993), d'Ukraine (1996) et de Pologne (1997). Certaines constitutions provinciales, comme celles de Neuquén et de la Terre de Feu en Argentine, contiennent également une règle semblable. Du fait qu'ils constituent l'essence de la constitution, les droits et garanties fondamentaux jouissent d'un statut supérieur aux autres. La signification réelle de ce dispositif a fait l'objet de controverses, surtout autour de son application aux droits fondamentaux de prestation, qui figurent particulièrement au rang des droits sociaux, non seulement pour les ouvriers (art. 7 à 11), mais aussi pour les autres personnes, mentionnées à l'art. 6 mais renvoyées à d'autres chapitres, comme les droits à la santé, à l'éducation, à la sécurité sociale, entre autres. La controverse concerne deux points essentiels: le premier est du au fait que, malgré l'utilisation expresse de l'expression "droits fondamentaux" au lieu de "droits individuels", la norme figure dans un paragraphe de l'art. 5, qui ne liste pas tous les droits fondamentaux, mais uniquement "des droits et devoirs individuels et collectifs"; le second est indépendant du locus constitutionnel, mais considère l'existence de droits fondamentaux qui se réalisent par la simple imposition d'un comportement négatif vis-à-vis de la partie opposée – État ou particuliers –, tandis que d'autres, sans nier ces droits, exigent la réalisation d'actes matériels, comme la construction d'écoles ou de centres de santé ou la disponibilité d'argent pour couvrir les dépenses de la sécurité sociale. Pour éclaircir le dispositif et trouver sa signification réelle et ses implications par rapport aux destinataires des droits fondamentaux et à ceux qui doivent les rendre effectifs, nous avons cherché, dans le présent travail, à établir une distinction entre droits et garanties fondamentaux, droits individuels et droits collectifs et entre ceux-ci et les droits sociaux. À la fin, nous avons conclu que la norme analysée ne prête pas efficacité juridique à celles qui, par disposition constitutionnelle expresse ou par simple impossibilité de préciser leur portée, dépendent d'une médiation législative réglemmentatrice ou d'une intervention administrative de type patrimonial, comme il arrive généralement dans le cas des droits à prestations positives. Nous avons également conclu que les normes constitutionnelles qui définissent des garanties, du fait qu'elles traduisent des droits de la défense, ne sont jamais dépendantes, même si elles admettent une réglementation; aussi jouissent-elles toujours de l'efficacité la plus large, mais elles peuvent voir leur portée réduite.

ABREVIATURAS

Art.....	Artigo
a.C.....	Antes de Cristo
Ampl.	Ampliada
Atual.	Atualizada
Aum.	Aumentada
Cfr.....	Conforme
CFRB.....	Constituição da República Federativa do Brasil
Comp.	Compilador
Coord.	Coordenador
Coords.....	Coordenadores
CRP.	Constituição da República Portuguesa
Dirig.	Dirigida
Ed.	Edição
Op. cit., p.	Obra citada e página
Op. cit., pp.	Obra citada e páginas
Org.....	Organizador
Orgs.....	Organizadores
P.	Página
Pp.	Páginas
Pref	Prefácio
Reest.....	Reestruturada
Ref.	Referência
Reimp.....	Reimpressão
Rev.	Revisada
S.a.	Sem ano de edição
S.d.	Sem data de edição
S.ed.	Sem nome de editora
Tb.	Também
Trad. esp.	Tradução para o espanhol

ESTATÍSTICAS

Quantidade de caracteres com espaçamentos.....	687.184
Quantidade de caracteres	587.602
Quantidade de palavras no texto.....	102.813
Quantidade de palavras no rodapé	55.159
Quantidade de linhas	11.825
Quantidade de parágrafos.....	3.516
Quantidade total de páginas	527
Quantidade de tabelas no texto.....	17

METODOLOGIA

Em sua conhecida obra "*Métodos de trabalho do direito constitucional*", Friedrich Müller afirma que metódicas jurídicas não fornecem um catálogo conclusivo de "*técnicas inquestionavelmente confiáveis nem um sistema de hipóteses de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente*", para logo mais adiante concluir que, sem embargo, são úteis recursos auxiliares¹.

Ademais, parece trivial que a metódica varia conforme o objetivo a ser alcançado que, no presente trabalho, é o significado da cláusula constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que confere aplicação imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, partindo, especialmente, do *locus* constitucional e, também, da distinção entre direitos a prestações negativas e direito a prestações positivas.

A metódica empregada deve ser vista sob os enfoques formal e material.

O primeiro serviu como bússola para a formatação, desde o tipo gráfico utilizado, o tamanho da fonte, a forma das citações bibliográficas,

¹MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional* (trad. NAUMANN, Peter). 2.ed., rev., p.21. São Paulo: Max Limonad, 2000.

jurisprudenciais e legislativas, o detalhamento enumerado de cada tema tratado e a linguagem empregada; o segundo orientou o desenvolvimento do conteúdo, para permitir que os quatro capítulos se interliguem e forneçam rápida e fácil conclusão.

Sob o aspecto formal, utilizou-se a fonte verdana tamanho 11 (onze), com espaçamento duplo entre as linhas e uma linha em branco entre os parágrafos. Não há citações bibliográficas, jurisprudenciais ou legislativas no contexto, sendo todas lançadas em notas de rodapé com dados completos para identificação.

Outro cuidado observado foi com o uso de letras maiúsculas no início de palavras como "lei" e "constituição", por exemplo, que, em geral, foram grafadas com minúsculas, salvo quando se referirem a uma lei ou constituição específica, como Constituição espanhola ou Lei de Introdução ao Código Civil.

Redigido de forma impessoal, o trabalho contém estrutura formal própria, dividida em cinco capítulos antecidos de sumário, referenciais teóricos, lista de abreviaturas, estatísticas, resumo e introdução, seguindo-se, ao final, as conclusões por capítulo, a bibliografia completa com divisão das fontes pesquisadas entre doutrina, dicionários, legislação nacional e estrangeira, jurisprudência nacional e estrangeira e Assembléia Nacional Constituinte, e detalhado índice.

Para facilitar a compreensão, iniciou-se discorrendo sobre os direitos fundamentais e sua difícil conceituação, especialmente diante da diversidade

de expressões empregadas para designá-los², ingressando-se a seguir no campo da eficácia das normas constitucionais para, na seqüência, analisar em três capítulos, desde o direito comparado, passando pelo desenvolvimento do tema durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, concluir com uma interpretação realista do dispositivo, conforme o quadro a seguir:

CAPÍTULO	PÁGINAS	ESCOPO RESUMIDO DO CAPÍTULO
CAPÍTULO I DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	5 a 169	Conceituar e distinguir direitos fundamentais em suas diversas acepções, especialmente quanto aos direitos a prestações positivas e aos direitos a prestações negativas.
CAPÍTULO II DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	170 a 269	Analisar os diversos tipos de normas constitucionais quanto aos graus de eficácia, identificando-as como normas completas ou incompletas a ponto de dispensarem ou exigirem a <i>interpositio legislatoris</i> para que a vontade constituinte se realize.
CAPÍTULO III O DISPOSITIVO NO DIREITO COMPARADO	270 a 306	Comparar constituições estrangeiras que contêm dispositivo semelhante ao do 5º, § 1º, da Constituição Federal, para compreender a razão de sua inclusão no direito positivo brasileiro.
CAPÍTULO IV SURGIMENTO DO § 1º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	307 a 388	Analisar as propostas de redação e de localização do atual art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, para compreender a razão que, dispendo sobre norma principal, ocupa apenas um parágrafo, ao invés de ser cabeça de artigo.
CAPÍTULO V CAMPO DE INCIDÊNCIA DO 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	389 a 450	Interpretar o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, para identificar o seu real alcance, tendo em conta que existe certa distância entre o que se pretende e o que é possível fazer, especialmente frente a conceitos indeterminados e, especialmente, quando o que se pretende fazer depende de recursos financeiros indisponíveis, ou técnicos ou científicos inacessíveis.

²Por exemplo, Carl Schmitt aponta nove significados para a palavra "fundamental" quando empregada no sentido de "lei fundamental." Cfr.: SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución* (trad. esp. AYALA, Francisco). Pp.63/64. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

Na formatação dos parágrafos, adotou-se como padrão, tanto quanto possível, a limitação mínimo-máxima aproximada de sessenta palavras – seis linhas.

Para tanto, cada item foi dividido e enumerado com algarismos arábicos, subdividindo-os em até cinco subitens – por exemplo, 2.2.3.4.1, adotando-se, daí diante, a divisão em alíneas com letras minúsculas separadas do texto por um parêntese no final, como, por exemplo: a) em geral, os direitos...

Evitou-se o uso de abreviaturas e de siglas, mesmo as mais conhecidas, como as dos tribunais ou dos códigos. As poucas abreviaturas utilizadas constam de uma tabela inicial, que lhes indica os significados.

Para melhor compreensão ou reforço de fundamentação, vários textos doutrinários, legais – sobretudo da Constituição brasileira, sessenta e três constituições estrangeiras e três constituições de províncias argentinas – e de decisões judiciais foram transcritos em forma de blocos, com três centímetros de margem esquerda, espaçamento 1,5 entre linhas e fonte tipo itálico tamanho 10 (dez), salvo quando o conteúdo é menor que três linhas, caso em que foram inseridos no contexto, também em itálico e entre aspas, mantendo-se o tamanho da fonte.

Para fins estéticos, quanto às notas de rodapé, sempre escritas no tamanho 9,5 (nove e meio), duas foram as técnicas adotadas: Primeiramente, foram suprimidas as divisões dos parágrafos, de modo que os textos aparecem em bloco fechado, sem recuos no que seria o começo de cada um,

mesmo quando se tratam de incisos ou alíneas de artigos, por exemplo. A segunda técnica primou pela completa repetição das fontes de informação, tantas vezes quantas surgirem, mesmo que possam trazer algum excesso, e tudo o que representa cópia – doutrina, legislação ou jurisprudência – encontra-se entre aspas e na fonte tipo itálico.

Outro cuidado com as notas de rodapé se teve quanto a ordem dos elementos, iniciando-se pelo último nome de família do autor, com letras maiúsculas, seguindo-se os demais que o completam com letras minúsculas e se encerrando com um ponto final. Complementos, como Filho, Neto, Sobrinho e Primo, foram inseridos logo após o nome de família, mas com letras minúsculas.

Após, vieram os demais dados, cada qual sempre se encerrando com ponto final: nome da obra; dados da obra (edição, volume, tomo e página); cidade e nome da editora separados com dois pontos; ano de edição. Nos casos de obras com subtítulos, ficaram entre o nome da obra e o do autor.

Os textos em língua estrangeira, eventualmente encontrados no trabalho, foram traduzidos livremente, salvo quanto aos castelhanos, que permaneceram sem tradução.

Foram várias as fontes de pesquisa nacionais e estrangeiras, na doutrina, em decisões judiciais, na Constituição brasileira, em emendas constitucionais, em atos institucionais, em constituições de sessenta e três estados estrangeiros, em três constituições provinciais e, ainda, em algumas leis federais e estaduais brasileiras e leis estrangeiras, como o Código Civil

chileno, para o que a internet se mostrou ferramenta absolutamente indispensável.

Esse moderno recurso – a internet – tornou possível a pesquisa em dezenas de revistas e periódicos nacionais e internacionais – americanos e europeus, sobretudo –, bem como o acesso a arquivos de jurisprudência de tribunais brasileiros, espanhol, português e colombiano, entre outros.

A internet possibilitou, também, a pesquisa nos anais da Assembléia Nacional Constituinte, cujo acervo se encontra em arquivos eletrônicos na página da Câmara dos Deputados contendo números impressionantes, tornando bastante difícil a tarefa de perseguir o curso das propostas de redação do dispositivo.

À enormidade esses dados merece ser acrescida a informação – para ressaltar a dificuldade e envergadura da empreita desenvolvida – de que o arquivo eletrônico – que pode ser acessado no endereço <http://www2.camara.gov.br/publicacoes> – contém mais de 500 volumes arquivados em forma de imagens que, por isso, não contêm índice e não permitem o uso de tradicionais recursos como "seleciona", "copia" e "cola", dificuldade que foi enfrentada manualmente.

Em todos estes casos de uso da internet, além dos dados próprios da fonte de pesquisa, as notas de rodapé contêm o endereço eletrônico e o dia e a hora do acesso, exceto quanto ao Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal brasileira de 1988 que, por gozarem – por assim dizer – de certa notoriedade, foram transcritos sem a indicação da página eletrônica, mas que

podem ser encontrados nos sites www.stf.gov.br e www.planalto.gov.br, respectivamente.

Quanto ao conteúdo, para o desenvolvimento dos três primeiros capítulos, foi decisiva a contribuição da doutrina nacional e estrangeira, mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se mostrou indispensável, confirmando Robert Alexy, quando diz que em sede de direitos fundamentais *"su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal"*³.

Fiel e delimitado ao tema proposto, procurou-se demonstrar o que são direitos e garantias fundamentais e a problemática da eficácia das normas constitucionais como um todo. Em seguida, foram analisados os dispositivos de constituições estrangeiras, anteriores e posteriores à do Brasil, semelhantes do dispositivo-objeto.

Finalmente, depois de profundo esforço histórico do dispositivo durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, encerrou-se o trabalho analisando o seu campo de incidência em vista de dificuldades decorrentes de conceitos indeterminados, falta de recursos financeiros ou impossibilidade de ter acesso a recursos técnicos ou científicos.

Por último, os dados estatísticos constantes do quadro que antecede esta metodologia, dizem respeito apenas ao texto do trabalho em si mesmo, a partir da introdução e até o índice ao final.

³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. P.39. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

REFERENCIAIS TEÓRICOS

A realização de um trabalho desta envergadura seria ainda mais difícil – senão impossível – sem a contribuição da doutrina, inclusive de autores que sustentam pontos de vista divergentes e, às vezes, isolados, porque o Direito não é ciência exata.

Foram centenas os autores pesquisados entre renomados e anônimos, mas nem por isso menos contributivos. Embora não possam ser citados como veículos de doutrina, também foram muitos os ensinamentos colhidos de votos de ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Carlos Mário da Silva Velloso, cujos votos serviram de amparo e orientação decisiva em muitas passagens.

Seria arriscado estabelecer uma escala de prioridades no rol dos autores que lastrearam a elaboração deste trabalho, pois certamente se correria o risco de minimizar a importância de um por ter sido citado uma ou poucas vezes, em benefício de outro, mencionado dezenas de vezes, fazendo preponderar o aspecto matemático sobre o jurídico.

Seria o caso de Mauro Cappelletti, referido apenas uma vez em nota de

rodapé, enquanto outros, menos conhecidos, foram citados tantas vezes mais. A questão não é quantitativa, mas sim de oportunidade e adequação. Jamais se pode negar a importância de Mauro Cappelletti para o Direito Constitucional, porém suas principais contribuições residem no campo do controle da constitucionalidade, e o objeto deste trabalho diz respeito, basicamente, a direitos fundamentais.

Justamente por isso, considerando que o ponto central do trabalho consiste na busca do significado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal – que se relaciona com a eficácia das normas que definem direitos fundamentais – os principais referenciais teóricos foram Robert Alexy e José Afonso da Silva.

Efetivamente, embora outros autores tenham contribuído muito com suas lições e, por isso, foram citados várias vezes em notas de rodapé, como J. J. Gomes Canotilho (39), Segundo V. Linares Quintana (15), Jorge Miranda (17), Néstor Pedro Sagüés (12), Arion Sayão Romita (17), entre outros, Alexy e o mestre brasileiro foram decisivos.

De Alexy, citado trinta e nove vezes por meio de três de suas quatro de suas obras – *"Teoría de los derechos fundamentales"*, *"Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales"*, *"Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios"* e *"Teoria da argumentação jurídica (a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica)"* – extraem-se os conceitos formal, material e instrumental de direitos fundamentais, essenciais para compreender a importância do catálogo constitucional.

Extraí-se, ainda, de Alexy clara distinção entre direitos a prestações

positivas e direitos a prestações negativas, essencial para compreender que nem sempre é possível atribuir a máxima eficácia aos segundos, que não dependem apenas de querer, mas também de poder.

De José Afonso da Silva, extraem-se as valiosas lições sobre o grau de eficácia das normas constitucionais – embora tenha preferência pela expressão "aplicação" em vez de "eficácia" –, servindo como paradigma no Brasil e no exterior, sem embargo de já se deparar com críticos, embora nem sempre corretos.

Deste mestre, ainda são valiosas as lições lançadas em seu *"Aplicabilidade das normas constitucionais"*, de 1967, traduzido e publicado inclusive no exterior, quando ensina que há normas constitucionais que não dependem de intermediação legislativa para se encontrarem aptas a produzir os efeitos que lhe são esperados, enquanto outras, lançando o essencial, clamam pela necessidade de complemento legislativo ou administrativo para, só então, alcançarem eficácia jurídica.

INTRODUÇÃO

Um dos problemas cruciais do Direito Constitucional diz respeito à aplicabilidade das normas constitucionais, porquanto as constituições não podem ter pretensão de completeza, sendo comum existirem normas meramente enunciativas que, embora conferindo direito ou prerrogativa, subordinam o seu exercício à regulamentação legislativa.

Qual a utilidade de um direito se não for possível exercê-lo? Qual a utilidade de um direito positivado na Constituição se o seu exercício se subordina a regras jurídicas de escalão inferior?

Efetivamente, a despeito de nomenclatura nem sempre uniforme, autores dos mais variados matizes e lugares reconhecem que as normas constitucionais podem ser completas ou incompletas. Aquelas, não dependem de regulamentação legislativa para se considerarem aptas a produzir todos os efeitos que lhe são esperados; estas, ao contrário, subordinam-se à *interpositio legislatoris*, não produzindo todos os efeitos antes da regulamentação – que nem sempre ocorrerá.

Em geral, identificam-se as do último tipo pela expressa referência da necessidade da lei no próprio texto da Constituição, como o art. 37, IX, que contém exceção ao princípio do concurso público como forma de ingresso no

serviço público, permitindo a contratação de servidores por tempo determinado para atender necessidades temporárias e de excepcional interesse público¹.

Neste exemplo, tem-se que somente será possível contratar servidores por prazo determinado nos casos definidos em lei que especifiquem, por exemplo, o número de vagas, as funções, o valor da remuneração e o prazo da contratação.

Há casos em que não há referência expressa da necessidade de lei e mesmo assim não há como pôr a norma constitucional em prática sem que haja regulamentação.

Cita-se como exemplo o art. 45 da Constituição Federal², que adota o sistema proporcional na eleição dos membros da Câmara dos Deputados. Mesmo não havendo referência expressa da necessidade de lei regulamentar, não há dúvida de que sem ela a expressão "sistema proporcional" fica vaga, admitindo pelo menos três indagações: proporcional a quê? Qual a proporção? Como proceder no caso de nenhum partido político alcançar a proporção?

Esta problemática – subsunção à necessidade de lei regulamentar – não existe em relação às normas do primeiro tipo, que são claras o bastante para permitir imediata aplicação independente e até mesmo contra a existência de lei.

¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 37. (...). IX. A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal."

Nesta categoria residem, especialmente, as normas constitucionais veiculantes de regras que, justamente por serem regras, são impositivas e determinantes, ao contrário dos princípios, sempre vagos e de menor densidade. Por exemplo, não há necessidade de se regulamentar o art. 45, § 2º, da Constituição Federal, que expressa de forma clara a existência de quatro deputados em território federal.

A tese que ora se apresenta não tem por escopo desvendar o grau de eficácia de todas as normas constitucionais, o que implicaria percorrer caminho de classificação geral já brilhantemente percorrido por grandes juristas³.

Objetiva-se somente analisar o problema particular da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, especialmente em face do comando emanado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, em confronto com a realidade que emerge de dispositivos que, nitidamente, parecem depender de regulamentação.

Sem fazer distinção entre direitos e garantias e, tampouco, entre as diversas classes de direitos fundamentais, o dispositivo-objeto determina que as normas que os definem têm aplicação imediata, embora entre seus vários incisos muitos pareçam exigir – ou admitir – a intervenção legislativa.

Pretende-se, especificamente, interpretar aquele dispositivo e demonstrar que, a despeito de redigido como um parágrafo do art. 5º, não se

³SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998; BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed.. São Paulo: Saraiva, 1992.

aplica a todos os incisos deste mesmo artigo, por um lado, e, por outro, pode ser aplicado a outros artigos que veiculam direitos ou garantias fundamentais, como o art. 12, inciso II, "a", que dispõe sobre a naturalização, assim como nem todos os direitos fundamentais gozam da máxima eficácia ali anunciada.

Enfim, o que se desenvolverá a seguir tem mais a ver com interpretação constitucional do que propriamente com direitos e garantias fundamentais, mas mesmo assim será necessário percorrer ambos os caminhos, começando pelo estudo das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, passando pela interpretação constitucional e residindo, finalmente, na eficácia das normas constitucionais como um todo, e das que definem direitos e garantias fundamentais, em particular.

CAPÍTULO I: DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1. NOÇÕES

Registre-se que este trabalho não tem por objetivo estudar a temática “direitos e garantias fundamentais”, mas sim observando os limites estreitos em que se deve conter uma tese, interpretar o enunciado do § 1º do art. 5º da Constituição Federal⁴, segundo o qual as normas que os definem são aplicáveis imediatamente, sugerindo que normas que definem outros direitos não o sejam.

O alcance do sentido deste dispositivo tem sido palco de dissenso doutrinário⁵ com reflexo sobre a jurisprudência⁶ e, daí, sobre os indivíduos,

⁴BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “§ 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁵Apontam-se, a seguir, apenas alguns autores nacionais que não dizem a mesma coisa acerca da aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais porque o problema é o dispositivo da nossa Constituição: “Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria,

em última análise, negar-lhes a relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais), governam a ordem constitucional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6.ed., p.246. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006). “No que tange ao próprio enunciado da afirmação, encontra-se em um parágrafo do art. 5º, que veicula direitos e garantias fundamentais. A eles também respeitam, no entanto, os arts. 6º a 17 da Constituição – e, aí, os direitos sociais, os direitos relativos à nacionalidade, os direitos políticos e aqueles atinentes à organização dos partidos políticos. Daí a indagação, que pode parecer despropositada, mas que ensejará, por certo, longos debates no torneio floreal que a discussão formal do direito instala: a aplicação imediata a que refere o § 1º do art. 5º abrange apenas os direitos e garantias fundamentais enunciados nesse art. 5º ou a generalidade deles?” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 3.ed., p.323. São Paulo: Malheiros, 1997). “Com o devido respeito ao referido doutrinador – que na sua perspectiva procura extrair o máximo do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal – este plus que se busca conferir aos direitos fundamentais, na prática, significa nada ou muito pouco. É que a propositada “maior aplicabilidade imediata” é, salvo melhor juízo, e na medida das possibilidades que o próprio texto oferece, atributo de todas as normas constitucionais, como resultado do princípio da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Assim, tal dispositivo deve ter sentido próprio, que não pode ser esvaziado de seu conteúdo e muito menos ser identificado com os princípios constitucionais antes referidos.” (GEBRAN Neto, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. p.155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002); “São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular). (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9.ed., p.58. São Paulo: Atlas, 2001); “Em síntese, o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador.” (BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2.v., p.393. São Paulo: Saraiva, 1989); “Nem sempre os incisos do art. 5º, que definem direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata. E se nos valermos da interpretação teleológica, concluiremos que o § 1º registrou a regra, ou seja, terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais que não estiverem obstaculizados por uma determinação legislativa posterior ou por uma menção explícita à lei.” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 4.ed., p.349. São Paulo: Saraiva, 2002).

⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 74.676/SP, relator ministro Ilmar Galvão, julgamento 04/03/1997, DJ 09-05-1997 pp-18129 ement vol-01868-02 pp-00426. “Com efeito, a lei penal nova mais benéfica deve ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente (CF, art. 5º, inc. XL). Aplica-se sempre a lei nova, a ponto de alcançar fatos anteriores, no que se mostre mais favorável ao agente. Este é o comando da Constituição da República.”

que são os destinatários ativos⁷ dos direitos e garantias fundamentais.

Por ela, tem-se que todas as normas constitucionais que definem direitos ou garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata, o que significa dizer que não dependem de regulamentação para conferir ao titular o poder de exigir judicialmente o seu implemento.

Mas, viajando pelo catálogo⁸ das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, cujo capítulo se desdobra em espécies variadas e bem distintas, como as garantias da liberdade e os direitos do trabalhador – só para citar dois exemplos extremos –, parece que nem sempre é possível

⁷Em outro ponto a questão será retomada. Por ora, tenha-se que os direitos fundamentais se direcionam ao indivíduo, tanto como direito de defesa, como direito a prestações: o indivíduo pode exigir abstenção por parte do Estado, no sentido de não invadir seu círculo de liberdade, ou pode exigir prestação positiva, no sentido de que faça algo para tornar efetivos os direitos fundamentais. Neste sentido, cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed., p.541. Coimbra: Almedina, 1993.

⁸A expressão “catálogo” é largamente utilizada pela doutrina. Cfr. a respeito: CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed., p.529, n.4. Coimbra: Almedina, 1993. “O amplo catálogo de direitos fundamentais.”; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.48. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. “Sin embargo, esta vía nos es recomendable si lo que interesa es una teoría referida al derecho positivo. Pues, a las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales.” MARTINS Neto, João dos Passos. *Direitos fundamentais (conceito, função e tipos)*. p.171, n.8.2.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. “Foi diferente com os direitos sociais. De todos aqueles referidos na norma básica (CFRB-88, art. 6º), somente o direito ao trabalho ganhou desdobramento pormenorizado no interior da declaração jusfundamental propriamente dita (CFRB-88, Título II, do art. 5º ao 17). Todos os demais, na ausência de detalhamentos imediatamente subseqüentes, tiveram a sua disciplina remetida para fora do catálogo.”; MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.10, jan./2002. In <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 26.02.2006, às 09h50: “A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 26.02.2006, às 10h30. “Como questão preliminar a ser superada, impõe-se o exame da abrangência material da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Constituição.” BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales* (trad. esp. PULIDO, Carlos Bernal). p.34. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

lhes dar aplicação imediata, aliás, como até mesmo o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido.

Foi o que decidiu em processo de extradição ao negar o pedido sob o fundamento de falta de regulamentação da forma de se comprovar o envolvimento com o tráfico de drogas⁹. Consta da ementa¹⁰:

EMENTA: (...) A norma inserta no artigo art. 5º, LI, da Constituição do Brasil não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata. Afigura-se imprescindível a implementação de legislação ordinária regulamentar. Precedente. (...)

Com base na norma constante do art. 5º, inciso LI, da Constituição Federal¹¹, o relator assim fez constar de seu voto:

9. No que concerne a "comprovado envolvimento em drogas afins", na forma da Extradição n. 541 – República Italiana, relator ministro Sepúlveda Pertence, de cuja ementa destaco o seguinte trecho, verbis:

"(...) para a extradição do brasileiro naturalizado antes do fato, porém, que só a autoriza no caso de seu 'comprovado envolvimento' no tráfico de drogas, a Constituição impõe à lei ordinária a criação de um procedimento específico, que comporte a cognição mais ampla da acusação, na medida necessária à aferição da concorrência do pressuposto de mérito, a que excepcionalmente subordinou a procedência do pedido extraditório: por isso, a norma final do art. 5., LI, CF, não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata."

⁹Presentemente, dispõe acerca dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a Lei nº 6.368, de 21.10.1976, sem a qual, em obediência ao princípio de que não há crime sem lei que o defina, não haveria crime desta natureza.

¹⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ext-QO 934/UR, relator ministro Eros Grau, julgamento 09/09/2004, DJ 12-11-2004 pp-00006 ement vol-02172-01 pp-00121 RT v.94, n. 832, 2005, p.452-453 LEXSTF v.26, n. 312, 2005, p.310-316.

¹¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 5º. (...). LI. 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;"

10. Assim, para que o preceito constitucional tenha imprescindível a implementação de legislação regulamentar. No mesmo sentido a Ext 688, relator o min. Celso de Mello.

11. Além do mais, ainda que se considere o preceito constitucional auto-aplicável – e não desejo debater este ponto – o Estado requerente não trouxe aos autos prova cabal de que o extraditando esteja envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

...

De fato, há certas normas definidoras de direitos ou garantias fundamentais que se apresentam incompletas, deixando entender que dependem de lei que as regulamentem para permitir aplicação e produção dos efeitos por que foram editadas¹².

Ademais, também não parece correto dar às normas que definem garantias o mesmo tratamento dado às que definem direitos. Direitos não se confundem com garantias; as garantias são úteis por si mesmas, como instrumentos de proteção dos direitos, os quais certamente sucumbiriam ante a falta, incompletude ou insuficiência delas. Neste sentido, dizia Bobbio¹³:

(...) o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

...

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles

¹²Mais um exemplo antecipatório: O art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, considera impenhorável a pequena propriedade rural, mas não especifica qual o tamanho do imóvel para ser considerado pequeno, tarefa cometida ao legislador ordinário. Mesmo que haja lei regulamentando o dispositivo, como a Lei nº 8.629, de 25.02.1993, o fato é que a norma constitucional, por si, não é completa, por isso há dificuldade para admiti-la como de aplicabilidade imediata.

¹³BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9.ed., pp.24/25. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

sejam continuamente violados.

Um claro exemplo da necessidade de tratamento diferenciado entre as normas que conferem direitos, das que conferem garantias, pode ser visto no art. 5º, XII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a inviolabilidade das comunicações, ressalvando apenas as comunicações telefônicas, que poderão ser interceptadas ou ter o sigilo quebrado¹⁴ mediante ordem judicial *“nas hipóteses e na forma da lei.”*

Resta claro que sem lei dispondo quais são as “hipóteses” e “forma”, nenhum juiz pode autorizar, validamente, a quebra do sigilo telefônico ou a interceptação das conversas porque, como garantia constitucional, a proibição decorre diretamente da constituição, que admite, por exceção, a violação por ordem judicial, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁵.

EMENTA: Habeas corpus. Formação de quadrilha. Condenação fundamentada em prova obtida por meio ilícito. Nulidade. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida.

Mister é, então, traçar paradigmas para compreender o que são direitos e garantias sob o prisma da fundamentalidade, bem como se há direitos ou garantias que são apenas individuais, enquanto outros seriam coletivos e, também, se a máxima imediata alcança todo o catálogo de direitos

¹⁴Quebra do sigilo telefônico não se confunde com interceptação das conversas telefônicas. A primeira consiste no acesso aos dados da conta telefônica e aos extratos das chamadas realizadas e recebidas; a segunda, verdadeira escuta telefônica para captar o teor das conversas entre os interlocutores.

¹⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81154/SP, relator ministro Maurício Corrêa, julgamento 02/10/2001, DJ 19-12-2001 pp-00004 ement vol-02054-02 pp-00341.

fundamentais ou se limita aos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

2. DIREITOS E GARANTIAS NA AMÉRICA

2.1. Noções

A primeira dificuldade com que o intérprete constitucional se depara reside em como distinguir entre direitos e garantias fundamentais, especialmente quando, a exemplo do Brasil, toma como paradigma o conjunto mais comum, que são as disposições constantes do art. 5º da Constituição Federal¹⁶, em particular para o que se costuma denominar de *direitos de liberdade*.

De fato, nem nesse dispositivo – que está inserido no Título II com a epígrafe se denomina “Direitos e Garantias Fundamentais” –, nem nos correspondentes das constituições anteriores¹⁷ há expressa distinção do que sejam direitos ou garantias fundamentais.

Há constituições que tratam separadamente os direitos e as garantias fundamentais, dedicando um capítulo ou seção para cada um. É o que se verá neste tópico em relação às constituições dos estados do continente americano, iniciando pela dos Estados Unidos em face de sua singular peculiaridade de ser a mais antiga ainda em vigor e a mais sintética de todos os tempos e lugares¹⁸.

¹⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

¹⁷Arts. 179 (1824); 72 (1891); 113 (1934); 122 (1937); 141 (1946); 150 (1967); 153 (1969).

¹⁸SALDANHA, Nelson. *Formação constitucional*. 2.ed., atual. e ampl., pp.61/67. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

2.2. Constituição norte-americana

A Constituição dos Estados Unidos da América é apontada como a mais antiga constituição formal de que se tem notícia e muito sintética por conter apenas sete artigos¹⁹.

A concepção de artigos nesta Constituição não corresponde, exatamente, à que se adota modernamente, que se caracteriza por conter poucas e precisas palavras. Ao revés, nela os artigos representam mais, propriamente, pequenos capítulos com suas subdivisões em seções, tanto que o art. 1º contém dez seções e se estende por cinco páginas²⁰.

O texto original da Constituição de 1787 não chegou a contemplar os direitos fundamentais, resumindo-se, basicamente, a estruturar o novo estado, que nascia após mal-sucedida experiência confederalista iniciada seis anos antes²¹.

Os direitos fundamentais somente ganharam sede constitucional com a declaração de direitos – *Bill of Rights* – ratificado em 15.12.1791, composta por dez emendas constitucionais concebidas *como instrumento de proteção do indivíduo em face do poder central...*²², como dissera Charles Rice²³:

¹⁹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/eeuu.html, acesso em 02.07.2006, às 10h41.

²⁰SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. t.1, p.85, § 83. Buenos Aires: Astrea, 1993.

²¹MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 15.ed., p.183, n.4. São Paulo: Saraiva, 1984.

²²GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. p.81. São Paulo: Manole, 2004.

²³RICE, Charles. *The Bill of Rights and the doctrine of incorporation*. Apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. p.81. São Paulo: Manole, 2004. Tradução livre: "As primeiras oito emendas à declaração de direitos representam a

The first eight amendments to the Bill of Rights were intended by the first Congress and by the states that approved them to protect specified rights against invasion by the federal government.

Na feliz síntese de Burt Neuborne, as dez emendas podem ser assim resumidas:

(...) proibição de religião oficial, livre exercício de religião, liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, direito de petição, de usar armas, de não ser obrigado a alojar tropas, de não se ver importunado por investigações absurdas, necessidade de ordem judicial para buscas em domicílio, especificação da busca na ordem judicial, direito ao júri, de não ser processado mais de uma vez pelo mesmo crime, de não se auto-incriminar, ao devido processo legal, de não se ter propriedade confiscada para uso privado, à justa compensação em caso de desapropriação para o uso público de propriedade privada, ao julgamento criminal por júri imparcial, ao julgamento rápido e público, ao julgamento no distrito da culpa, ao regular intimação de acusação penal, direito de contradita, procedimento compulsório para réus em ações penais, direito de consulta e acompanhamento de advogado em casos penais, júri em causas cíveis, razoável estipulação de fiança e multa, proibição de penas cruéis, declaração de que direitos concedidos não excluem outros direitos e de que poderes não expressamente delegados ao governo central pertencem aos estados e seus habitantes²⁴.

De fato, tomando-se as dez emendas se observa que a preocupação constituinte se limitou a estabelecer direitos de liberdades individuais nos seguintes termos: 1ª: liberdade de crença religiosa; 2ª: direito de portar e usar armas; 3ª: inviolabilidade do domicílio; 4ª: direito à vida privada; 5ª: garantias em matéria penal; 6ª: direito a julgamento rápido, público e

intenção do Primeiro Congresso e dos estados federados no sentido de aprovar medidas de proteção para certos direitos, contra invasão por parte do governo central."

²⁴Apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. p.82. São Paulo: Manole, 2004.

imparcial; 7ª: direito a não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato; 8ª: proporcionalidade das penas; 9ª: reconhecimento de direitos não enumerados; 10ª: competência residual deferida aos estados ou ao povo²⁵.

Depois, entre 1795 e 1992, foram aprovadas mais dezessete emendas constitucionais versando, em geral, sobre direitos políticos, eleições ou providências provisórias tomadas durante a recessão de 1933²⁶, mas não há nenhuma emenda dispendo, expressa e especificamente, sobre garantias ou deveres constitucionais.

2.3. Constituição boliviana

A Constituição boliviana de 1967, com as reformas de 1994, 2002, 2004, 2005, trata dos *“derechos y deberes fundamentales de la persona”* no Título I, e, no Título II, trata das *“garantías de la persona.”*

Primou-se nessa Constituição por separar direitos e deveres em um capítulo e, em outro, as garantias, assim dispendo²⁷:

²⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/eeuu.html, acesso em 02.07.2006, às 11h45.

²⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. ENMIENDA DIECIOCHO (enero 16, 1919). 1. *Un año después de la ratificación de este artículo quedará prohibida por el presente la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de los Estados Unidos y de todos los territorios sometidos a su jurisdicción, así como su importación a los mismos o su exportación de ellos, con el propósito de usarlos como bebidas.* 2. *El Congreso y los diversos Estados poseerán facultades concurrentes para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas.* 3. *Este artículo no entrará en vigor a menos de que sea ratificado con el carácter de enmienda a la Constitución por las legislaturas de los distintos Estados en la forma prevista por la Constitución y dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a los Estados.* In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/eeuu.html, acesso em 02.07.2006, às 11h45.

²⁷BOLÍVIA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.

ARTÍCULO 7º. (Derechos Fundamentales). Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales:

- a) A la vida, la salud, la seguridad e integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad.*
- b) A la libertad de conciencia, pensamiento y religión; a emitir y a recibir libremente ideas, opiniones, creencias e informaciones por cualquier medio de difusión.*
- c) A reunirse y asociarse para fines lícitos y pacíficos.*
- d) Al trabajo y a dedicarse al comercio, la industria y a la profesión, oficio o actividad económica lícita de su elección, en condiciones que no perjudiquen el bienestar colectivo.*
- e) A una remuneración justa por su trabajo, que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano.*
- f) A recibir educación y adquirir cultura.*
- g) A enseñar bajo la supervisión del Estado.*
- h) A ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional.*
- i) A formular peticiones individual o colectivamente y a obtener oportuna respuesta.*
- j) A la propiedad privada, individual o colectiva, siempre que cumpla una función social.*
- k) A la salud pública y a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las Leyes.*
- l) Al nombre a la intimidad y privacidad personal y familiar, así como a su imagen, honra y reputación.*
- m) A gozar de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para su bienestar, resguardando los derechos de las generaciones futuras.*
- n) Acceso a la información pública.*

Sobre os deveres constitucionais – que também não encontram tratamento específico na Constituição brasileira²⁸ –, aquela Constituição assim dispõe:

ARTÍCULO 8º. (Deberes fundamentales) Toda persona tiene los siguientes deberes fundamentales:

- a) De acatar y cumplir la Constitución y las Leyes de la República;*
- b) De trabajar, según su capacidad y posibilidades, en actividades socialmente útiles;*
- c) De adquirir instrucción por lo menos primaria;*
- d) De contribuir, en proporción a su capacidad económica, al sostenimiento de los servicios públicos.*
- e) De asistir, alimentar y educar a sus hijos menores de edad, así como de proteger y socorrer a sus padres cuando se hallen en situación de enfermedad, miseria o desamparo;*
- f) De prestar los servicios civiles y militares que la Nación requiera para su desarrollo, defensa y conservación.*
- g) De cooperar con los órganos del Estado y la comunidad en el servicio y la seguridad sociales;*
- h) De resguardar y proteger los bienes e intereses de la colectividad.*

As garantias ocupam os arts. 9º a 35 em vários incisos, abrangendo desde princípios como a legalidade quanto às ordens de prisão (art. 9º), às ações habeas corpus (art. 18), habeas data (art. 23) e amparo constitucional (art. 19), entre outras.

2.4. Constituição equatoriana

Igual caminho foi percorrido pela Constituição equatoriana de 1998 que,

²⁸O problema não é apenas brasileiro ou paraguaio, podendo-se dizer que são poucas as constituições que se ocupam de traçar deveres fundamentais. Cfr.: NABAIS, José Casalta. *Constituição européia e fiscalidade. In Interesse Público (Revista Bimestral de Direito Público)*. n.31, p.160. Porto Alegre: Notadez, 2005.

dedicando o Título III para os “*derechos, garantías y deberes*”, divide-o em capítulos, cabendo aos capítulos 1, 2, 3, 4 e 5 disciplinarem os direitos, e ao capítulo 6, as garantias, sem prejuízo de, no art. 24 – que integra o capítulo 2 – inserir um rol de “*garantías básicas*” do princípio do devido processo legal.

Neste dispositivo, encontram-se verdadeiros subprincípios que exteriorizam o princípio do devido processo legal, merecendo destaque a determinação da proporcionalidade entre as infrações e as sanções, o direito a advogado mesmo nas fases administrativas da investigação e a delimitação temporal da prisão preventiva, entre outras, nos seguintes termos:

Artículo 24.

Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

- 1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
- 2. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado.*
- 3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.*

4. *Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.*

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

5. *Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.*

6. *Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado.*

7. *Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.*

8. *La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.*

En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o

recurso pendiente.

9. Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o las de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además, podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

11. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto.

12. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

15. En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento.

16. *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.*

17. *Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*²⁹

A matéria foi assim dividida – naquela Constituição – com bastante detalhes³⁰:

TÍTULO III: DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES

Capítulo 1: Principios generales

Capítulo 2: De los derechos civiles

Capítulo 3: De los derechos políticos

Capítulo 4: De los derechos económicos, sociales y culturales

Sección primera: De la propiedad

Sección segunda: Del trabajo

Sección tercera: De la familia

Sección cuarta: De la salud

Sección quinta: De los grupos vulnerables

Sección sexta: De la seguridad social

Sección séptima: De la cultura

Sección novena: De la ciencia y tecnología

Sección décima: De la comunicación

Sección undécima: De los deportes

²⁹EQUADOR. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE ECUADOR. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/ecuador.html, acceso em 11.06.2006, às 18h19.

³⁰EQUADOR. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE ECUADOR. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/ecuador.html, acceso em 01.07.2006, às 14h01.

Capítulo 5: De los derechos colectivos

Sección primera: De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos

Sección segunda: Del medio ambiente

Sección tercera: De los consumidores

Capítulo 6: De las garantías de los derechos

Sección primera: Del hábeas corpus

Sección segunda: Del hábeas data

Sección tercera: Del amparo

Sección cuarta: De la defensoría del pueblo

Merece destaque o fato de ter sido dedicado tratamento específico para as categorias de direitos individuais, dividindo-os em direitos civis, políticos e econômicos, sociais e culturais, em cuja categoria se agregam várias outras para, só depois, tratar dos direitos coletivos – direitos dos povos indígenas, negros ou afro-equatorianos, meio ambiente e consumidores.

Somente após o disciplinamento dos direitos fundamentais é que passa a se ocupar das garantias fundamentais, especificamente quanto às garantias judiciais, pois as garantias gerais estão previstas no art. 24, que integra o capítulo 2, ao lado dos direitos civis.

2.5. Constituição paraguaia

A Constituição paraguaia de 1992³¹ seguiu a mesma orientação ao tratar “*de los derechos, de los deberes y de las garantías*” no Título II que, dividido em capítulos, dedica onze deles aos direitos, desde o direito à vida e

³¹PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE 1992. “*Artículo 131. DE LAS GARANTÍAS. Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución, se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por la ley.*” In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h30.

ao ambiente aos direitos e deveres políticos, e o último, às “*garantías constitucionales*.”

TÍTULO II: DE LOS DERECHOS, DE LOS DEBERES Y DE LAS GARANTÍAS

CAPÍTULO I: De la vida y del ambiente

SECCIÓN I: De la vida

SECCIÓN II: Del ambiente

CAPÍTULO II: De la libertad

CAPÍTULO III: De la igualdad

CAPÍTULO IV: De los derechos de la familia

CAPÍTULO V: De los pueblos indígenas

CAPÍTULO VI: De la salud

CAPÍTULO VII: De la educación y de la cultura

CAPÍTULO VIII: Del trabajo

SECCIÓN I: De los derechos laborales

SECCIÓN II: De la función pública

CAPÍTULO IX: De los derechos económicos y de la reforma agraria

SECCIÓN I: De los derechos económicos

SECCIÓN II: De la reforma agraria

CAPÍTULO X: De los derechos y de los deberes políticos

CAPÍTULO XI: De los deberes

CAPÍTULO XII: De las garantías constitucionales

Percebe-se que não houve efetivo cuidado na sistematização das matérias na Constituição, pois não há identidade entre a natureza do direito à vida – direito eminentemente individual – e o direito ao ambiente, por exemplo – direito eminentemente coletivo, e ambos estão disciplinados no

mesmo Título.

Igualmente, não faz muito sentido disciplinar os direitos e deveres políticos em um capítulo e, no seguinte, tratar especificamente dos deveres novamente, quando podia ter dado tratamento a todos em conjunto.

2.6. Constituição venezuelana

A Constituição venezuelana de 1999 segue a forma adotada pela brasileira, não distinguindo entre direitos e garantias ao tratar de ambos no mesmo Título III com a denominação "*de los derechos humanos y garantías, y de los deberes*"³², e apesar de ter dedicado cento e dezesseis artigos sobre os direitos, garantias e deveres fundamentais, vê-se que não adotou uma efetiva técnica de distribuição, cuja matéria assim está disposta:

TÍTULO III: DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS, Y DE LOS DEBERES

Capítulo I: Disposiciones generales

Capítulo II: De la nacionalidad y ciudadanía

Sección Primera: de la nacionalidad

Sección Segunda: de la ciudadanía

Capítulo III: De los derechos civiles

Capítulo IV: De los derechos políticos y del referendo popular

Sección Primera: de los derechos políticos

Sección Segunda: Del referendo popular

³²VENEZUELA. CONSTITUCIÓN DE 1999. "Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen." In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h39.

Capítulo V: De los derechos sociales y de las familias

Capítulo VI: De los derechos culturales y educativos

Capítulo VII: De los derechos económicos

Capítulo VIII: De los derechos de los pueblos indígenas

Capítulo IX: De los derechos ambientales

Capítulo X: De los deberes

Merece severa crítica a sistemática adotada, a começar pela expressão utilizada para designar os direitos fundamentais – *derechos humanos* –, que constituem apenas uma das espécies de direitos fundamentais.

Aliás, sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, assim se expressa Canotilho:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.³³

São, assim, direitos humanos os direitos à vida e liberdade, mas não o são os direitos políticos, tampouco e muito menos, o direito ambiental. Mais uma vez é precisa a lição de Canotilho sobre a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão ou de cidadania³⁴:

Como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se

³³*Direito constitucional. Op. cit., p.517, n.I, “a.”*

³⁴*Direito constitucional. Op. cit., pp.517/518, I, “b.”*

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade.

Outra crítica que também lhe pode ser dirigida é quanto à não-distinção entre direitos e garantias, tampouco entre direitos individuais e direitos coletivos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988.

2.7. Constituição uruguaia

A Constituição uruguaia de 1967, incluindo a reforma constitucional de 1994, é muito simplista e não apresenta algo que pode ser visto como classificação dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, apesar de dedicar mais de setenta artigos sobre eles, não os separa em títulos ou e nem atribui nomes ou epígrafes aos capítulos que, simplesmente, são enumerados em algarismos romanos.

A matéria está dividida em duas seções, cabendo à primeira, que ocupa os arts. 7º a 72, disciplinar os *“derechos, deberes y garantías”*, e à segunda, a *“ciudadania y del sufragio”*³⁵.

2.8. Constituição mexicana

A Constituição mexicana, de 1917 e ainda em vigor, é singular por dedicar apenas o capítulo I, sob a epígrafe *“Las garantías individuales”*, à contemplação dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

³⁵URUGUAI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE URUGUAY. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/americ/uruguay.html, acesso em 11.06.2006, às 18h20.

Os arts. 3º a 35 tratam de institutos distintos, como o direito à vida, ao trabalho e à educação, passando pela negação de privilégios³⁶ e pela vedação de se fazer justiça com as próprias mãos³⁷ até chegar às garantias de réus e vítimas³⁸, estas últimas merecedoras de destaque por caracterizarem mais uma singularidade da Constituição mexicana não encontrada em outras constituições.

Sobre elas assim dispõe o art. 20, especificando quais são as garantias de vítimas e ofendidos³⁹:

B. De la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el

³⁶MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. "Artículo 12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país." In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h45.

³⁷MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. "Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho." In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h45.

³⁸MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. "Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías." In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h45.

³⁹MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h45.

Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley;

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Outra peculiaridade é a delimitação do número de instâncias nos juízos criminais⁴⁰ que, ao mesmo tempo em que assegura o direito a um segundo julgamento em instância superior, encerra-o em no máximo três graus para não eternizar a solução do caso, acolhendo, assim, a doutrina de Mauro Cappelletti⁴¹.

Não há, porém, separação específica acerca do que sejam direitos, deveres ou garantias, salvo, quanto a estas, a mera referência constante do art. 1º, que dispõe genericamente acerca de garantias individuais nos seguintes termos:

Artículo 1.

⁴⁰MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. "Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia." In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 03.03.2006, às 22h45.

⁴¹CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988. O primeiro autor foi um crítico do sistema recursal a ponto de, simplesmente, propor a sua completa eliminação na Itália, ou, quando muito, mantê-lo apenas para questões de direito, mas não para questões de fato. Para ele, a garantia do acesso à justiça pressupõe rápida solução dos conflitos, com o que se constrata a idolatração ao direito de recorrer. Ver mais: SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição (conteúdo e alcance constitucional)*. pp.92/93, n.4. São Paulo: Saraiva, 1999.

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Mas, insista-se, não há capítulos específicos disciplinando os direitos, tampouco os deveres e as garantias, embora essa Constituição possa ser apontada como precursora do mandado de segurança, por ter sido a primeira a contemplar o *juicio de amparo* que lhe serviu de origem⁴².

2.9. Constituição chilena

No Chile, o constituinte de 1980 também não teve grande preocupação com a sistematização da matéria, inserindo os direitos e deveres constitucionais no Capítulo III – o qual se desdobra pelos arts. 19 a 23 – sem

⁴²Sem embargo de só ter sido adotado em sede constitucional em 1934, o mandado de segurança já era conhecido da doutrina desde época anterior, porquanto em 1914, Alberto Torres preconizava a sua implantação para proteger direitos individuais e coletivos, públicos ou privados, lesados por atos particulares ou de autoridades públicas contra os quais não houvesse outro remédio (SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*. 3.ed., pp.3/4. Rio de Janeiro: Forense, 1985). Em 1922, durante um Congresso Jurídico, o ministro Edmundo Muniz Barreto tomou como paradigma o *juicio de amparo* do direito mexicano e propôs a criação do mandado de segurança. Cfr.: NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 9.ed. (atual. por DIAS, José de Aguiar), p.6. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Cfr. tb.: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria e prática do habeas corpus e do mandado de segurança*. p.27. Belém: CEJUP, 1986.

distinguir entre direitos e garantias ou entre direitos individuais e coletivos⁴³.

2.10. Constituição dominicana

A recente Constituição da República Dominicana, de 25.07.2002, segue certa técnica ao separar os direitos individuais e sociais e, também, os direitos políticos em títulos e capítulos, embora não tenha contemplado as garantias em capítulo próprio, apresentando a seguinte estrutura quanto aos direitos e garantias fundamentais:

T I T U L O II

SECCIÓN I: De los derechos individuales y sociales

SECCIÓN II: De los deberes

T I T U L O III: Derechos políticos

SECCIÓN I: De la nacionalidad

SECCIÓN II: De la ciudadanía

Apesar de não ter feito a devida distinção entre direitos e garantias fundamentais, deixa claro no art. 8º que os primeiros são os direitos humanos, como a vida e a liberdade, para os quais elege várias garantias em forma de incisos, como a inviolabilidade e a proibição de prisões, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 8º. Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas:

⁴³CHILE. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE CHILE. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/chile.html, acesso em 11.06.2006, às 18h25.

(...)

Essas normas se desdobram por 17 itens, alguns dos quais dividido em alíneas que contemplam direitos ou garantias, sem distinguir uns dos outros⁴⁴.

2.11. Constituição colombiana

Na Colômbia, o constituinte adotou técnica até certo ponto mais adequada que a de outros estados, inclusive em relação ao Brasil, ao preferir catalogar *los derechos fundamentales* em um capítulo (arts. 11 a 41) do Título em que trata de *los derechos, las garantías y los deberes*, deixando entender que os direitos fundamentais são apenas espécies de direitos e garantias.

Esse Título compreende, ainda, outros quatro capítulos: *los derechos sociales, económicos y culturales* (art. 42 a 77), *los derechos colectivos y del ambiente* (art. 78 a 82), *la protección y aplicación de los derechos* (art. 83 a 94) e *los deberes y obligaciones* (art. 95)⁴⁵.

Não há, porém, disciplina própria ou específica para as garantias, mas há para *los deberes y obligaciones*⁴⁶.

⁴⁴REPÚBLICA DOMINICANA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA DE 2002. In <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 04.03.2006, às 08h15.

⁴⁵COLÔMBIA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/colombia.html#titulodos, acesso em 01.07.2006, às 16h58.

⁴⁶COLÔMBIA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/colombia.html#titulodos, acesso em 01.07.2006, às 16h58: "Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente

2.12. Constituição peruana

Embora reconheça a existência de direitos fundamentais não enumerados⁴⁷, o campo dos direitos fundamentais na Constituição peruana é relativamente simples, desdobrando-se em três capítulos no Título I, que trata de *la persona y de la sociedad* (arts. 1º a 42), com a seguinte estrutura⁴⁸:

CAPÍTULO I: De los derechos fundamentales de la persona

CAPÍTULO II: De los derechos sociales y económicos

CAPÍTULO III: De los derechos políticos y de los deberes

A disciplina das garantias fundamentais consta do art. 200, resumindo-se às ações constitucionais de habeas corpus, amparo, habeas data, inconstitucionalidade, popular e de descumprimento, por meio da qual o interessado pode se insurgir contra os agentes públicos que relutem em cumprir ou não cumpram lei ou ato administrativo⁴⁹.

constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad."

⁴⁷MARCOS, Edgar Carpio. *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados*. In Cuestiones Constitucionales (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 3, jul./dic./2000, ISSN 1405-9193 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=3>, acesso em 01.07.2006, às 17h25.

⁴⁸PERU. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE PERÚ. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/peru.html#t5, acesso em 01.07.2006, às 17h18. "Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

⁴⁹PERU. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE PERÚ. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/peru.html#t5, acesso em 01.07.2006, às 17h19: "Artículo. 200. (...) 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal

2.13. Constituição argentina

A Constituição argentina oferece pouco em relação aos direitos e garantias fundamentais, mesmo se considerar que é uma das mais antigas do Continente, datando de 1853, porquanto passou por ampla reforma em 1994 e, caso fosse vontade do constituinte, poderia ter sido complementada ou atualizada segundo os modelos vigentes mais avançados⁵⁰.

Em sua redação primitiva, contemplava os direitos e garantias no primeiro capítulo (arts. 1º a 35), ao qual a reforma de 1994 adicionou mais um, para tratar de *nuevos derechos y garantías* (arts. 36 a 43). Não há nenhuma divisão entre direitos, garantias ou deveres fundamentais⁵¹.

2.14. Constituição costarricense

A Constituição da Costa Rica, de 1949⁵², adotou técnica peculiar, desdobrando a disciplina dos direitos, deveres e garantias fundamentais em três Títulos: no Título IV, trata dos direitos e garantias individuais (arts. 20 a 49); no Título V, dos direitos e garantias sociais (arts. 50 a 74); no Título VIII,

o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas."

⁵⁰ARGENTINA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ARGENTINA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/argentina.html, acesso em 01.07.2006 às 18h02.

⁵¹ARGENTINA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ARGENTINA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/argentina.html, acesso em 01.07.2006, às 18h02. Essa constituição reconhece, de certa forma, que os direitos e garantias não gozam da máxima eficácia, tanto que podem ser regulamentados, desde que da regulamentação não resulte contrariedade à própria Constituição: "*Artículo 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*"

⁵²COSTA RICA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE COSTA RICA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/costa_rica.html, acesso em 01.07.2006, às 18h15.

dos direitos e deveres políticos (arts. 90 a 104).

Mas, sem distinguir entre direitos e garantias, também não apresenta autêntica disciplina dos deveres fundamentais e nem dos direitos políticos, embora em relação a estes haja expressa referência no Título VIII, que dispõe sobre *los derechos y deberes políticos*.

2.15. Constituição cubana

Na ilha de Fidel Castro, a Constituição de 24.02.1976, com as reformas de 1992, limita-se, praticamente, a enunciar os direitos e liberdade civis e uns poucos direitos sociais, em especial quanto à saúde (arts. 45 a 66), mas não há efetiva disciplina das garantias fundamentais, mesmo porque há muito pouco sobre elas, assim como não há efetiva disciplina de deveres fundamentais⁵³.

2.16. Constituição salvadorenha

A *Constitución Política da República de El Salvador*, de 16 de dezembro de 1983, reformada em 06 de julho de 2000, disciplina os direitos fundamentais em três capítulos, cabendo ao primeiro *los derechos individuales y su régimen de excepción* (arts. 2º a 31), ao segundo, *los derechos sociales*, compreendendo a *Familia, trabajo y seguridad social, educación, ciencia y cultura e salud pública y asistencia social* (arts. 32 a 70), e, finalmente, ao terceiro capítulo, os direitos de *los ciudadanos, sus derechos y deberes políticos y el cuerpo electoral* (arts. 71 a 82).

⁵³CUBA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE CUBA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/cuba.html, acesso em 01.07.2006, às 18h28.

Como a grande parte das constituições, a salvadorenha também não contém regramento específico sobre as garantias fundamentais, tampouco quanto aos deveres fundamentais, ambos meramente citados no contexto dos direitos fundamentais⁵⁴.

2.17. Constituição guatemalteca

Na Guatemala, a Constituição de 1985, reformada em 17 de novembro de 1993, foge do modelo comum adotado por praticamente a generalidade das constituições ao empregar a expressão "Direitos Humanos" para designar os direitos fundamentais⁵⁵.

No desenvolvimento da disciplina, os direitos individuais são catalogados no Capítulo I (arts. 2º a 46), enquanto os direitos sociais ocupam o Capítulo II, que se desdobra em *Familia* (arts. 47 a 56), *cultura* (arts. 57 a 65), *comunidades indígenas* (arts. 66 a 70), *educación* (arts. 71 a 81), *universidades* (arts. 82 a 90), *deporte* (arts. 91 e 92), *salud, seguridad y asistencia social* (arts. 93 a 100), *trabajo* (arts. 101 a 106 e 107 a 117, quanto aos servidores públicos) e *régimen económico y social* (arts. 118 a 120).

Depois de um hiato entre os arts. 121 a 134 onde dispõe sobre os bens públicos, completa o rol dos direitos fundamentais arrolando no terceiro

⁵⁴EL SALVADOR. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/el_salvador.html, acesso em 01.07.2006, às 22h48.

⁵⁵GUATEMALA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA GUATEMALA. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/guatemala.html, acesso em 01.07.2006, às 23h24.

capítulo los *deberes y derechos cívicos y políticos* (arts. 135 a 137).

Ainda se distinguindo das demais, contém disciplina própria impondo limites aos direitos constitucionais durante regimes de exceção, nos casos *de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o calamidad pública*, quando alguns direitos especificados poderão ser suspensos(art. 138).

As garantias fundamentais integram Título próprio, fora do catálogo dos direitos fundamentais sob a epígrafe *garantías constitucionales y defensa del orden constitucional*, e se desdobra em seis capítulos, prevendo os seguintes remédios: *Exhibición personal* (arts. 263 e 264), *amparo* (art. 265), *inconstitucionalidad de las leyes* (arts. 266 e 267), *Corte de la Constitucionalidad* (arts. 268 a 272) e *Comisión y Procurador de Derechos Humanos* (arts. 273 a 275).

A despeito do extenso rol de garantias, o que coloca essa Constituição em posição superior a grande parte das constituições de estados americanos, merece destaque o fato de lhes negar eficácia imediata ao submetê-las à prévia regulamentação para que possam ser invocadas:

Artículo 276. Ley Constitucional de la materia. Una ley constitucional desarrollará lo relativo al amparo, a la exhibición personal a la constitucionalidad de las leyes.

Com isso, o *amparo*, o direito de ser apresentado ao juiz competente por sua prisão e o controle da constitucionalidade dependem de regulamentação, não gozando de máxima eficácia sem a *interpositio legislatoris*.

2.18. Constituição hondurenha

Também peculiar é a Constituição hondurenha, de 11 de janeiro de 1982, reformada em 1999, pelo menos por três razões: não separa os denominados direitos individuais dos denominados direitos sociais, arrolando todos no mesmo Título; enuncia-os como meras declarações de direitos; separa as garantias em título próprio.

Os direitos estão assim relacionados: direitos individuais (arts. 65 a 110), direitos sociais (arts. 111 a 118), direitos das crianças e adolescentes (arts. 119 a 126), direito do trabalho (arts. 127 a 141), seguridade social (arts. 142 a 144), saúde (arts. 145 a 150), educação e cultura (arts. 151 a 177) e vida digna (arts. 178 a 181).

As garantias dos direitos constam do Título IV, resumindo-se ao habeas corpus, amparo, controle de constitucionalidade e pedido de revisão (arts. 182 a 188)⁵⁶. Também merece destaque o fato de reconhecer que as normas definidoras desses direitos e garantias admitem regulamentação, desde que, de qualquer forma, não os diminuam ou prejudiquem:

Artículo 64. No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan.

Pode-se dizer que esta Constituição não adota o princípio da máxima eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, mas,

⁵⁶HONDURAS. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/honduras.html, acesso em 01.07.2006, às 23h24.

para não correr o risco de que venham a ser suprimidas pelo legislador ordinário ao regulamentá-los, como alertava Dionísio Petriella⁵⁷, limitou o poder de regulamentação, que só melhora o catálogo, sem jamais prejudicá-lo.

2.19. Constituição nicaraguense

A *Constitución Política de la República de Nicaragua*, de 09 de Janeiro de 1987, concentrou o que denomina de direitos, deveres e garantias fundamentais no Título IV, dividindo-o em seis capítulos, mas nenhum trata, especificamente, dos deveres e nem das garantias.

A matéria está assim distribuída: direitos individuais (arts. 23 a 46); direitos políticos (arts. 47 a 55); direitos sociais (arts. 56 a 69); família (arts. 70 a 79); direitos dos trabalhadores (arts. 80 a 88); direitos das comunidades da Costa Atlântica (arts. 89 a 91)⁵⁸.

2.20. Constituição panamenha

A Constituição da República do Panamá data de 1972, mas passou por reformas ainda no mesmo ano e, depois, em 1978, 1983 e 1994, e nela os direitos fundamentais se desdobram por dois Títulos: o Título III, que ocupa os arts. 17 a 124, trata dos direitos e deveres individuais e sociais; o Título IV trata dos direitos políticos nos arts. 125 a 139.

No entanto, ao iniciar a disciplina dos direitos fundamentais, abre o

⁵⁷*La constitución de la República Italiana*. pp.48/49. Buenos Aires: Asociación Dante Alighiere, 1957.

⁵⁸NICARÁGUA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/nicaragua.html, acesso em 01.07.2006, às 23h54.

Capítulo I do Título III com a rubrica "garantias fundamentais" e relaciona o que em todas as demais constituições são catalogados como direitos individuais ou direitos de liberdades, como a vida, liberdade, igualdade entre outros.

Logo, nessa Constituição não há uma disciplina específica e própria das garantias e nem dos deveres fundamentais⁵⁹.

2.21. Constituição portorriquenha

A Constituição portorriquenha é uma das mais antigas da América Latina, datando de 1952, o que explica em parte sua absoluta simplicidade quanto à disciplina dos direitos fundamentais, que ocupam apenas 20 seções do art. II, epigrafado como "*carta de direitos*".

Não há nenhum capítulo próprio que separe o que são direitos, garantias ou deveres, tampouco direitos individuais ou sociais⁶⁰.

2.22. Quadro-resumo destas constituições

Quanto aos direitos e garantias fundamentais nas constituições dos estados do Continente Americano, pode-se fazer o seguinte quadro demonstrando os anos da promulgação e da última reforma, quais as que consagram tratamento específico para direitos e garantias e quais, como o Brasil, contém norma dispendo sobre o grau de eficácia das que os definem:

⁵⁹PANAMÁ. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/panama.html, acesso em 02.07.2006, às 00h29.

⁶⁰PORTO RICO. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO DE 1952. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/puerto_rico.html, acesso em 10.06.2006, às 17h18.

ESTADO	ANO	ÚLTIMA REFORMA	GARANTIAS SEPARADAS DE DIREITOS	EFICÁCIA DAS NORMAS QUE OS DEFINEM
ARGENTINA	1853	1994	Não	Não
BOLÍVIA	1967	2005	Sim	Não
CHILE	1980	2005	Não	Não
COLÔMBIA	1991	2005	Não	Não
COSTA RICA	1949	2003	Não	Não
CUBA	1976	2002	Não	Não
EQUADOR	1998	Não	Sim	Não
EL SALVADOR	1993	2000	Não	Não
ESTADOS UNIDOS	1787	1992	Não	Não
GUATEMALA	1985	1993	Sim	Não
HONDURAS	1982	2005	Sim	Não
MÉXICO	1917	2004	Não	Não
NICARÁGUA	1987	2005	Não	Não
PANAMÁ	1972	1994	Não	Não
PARAGUAI	1992	Não	Sim	Sim
PERÚ	1993	2005	Sim	Não
PORTO RICO	1952	Não	Não	Não
REPÚBLICA DOMINICANA	2002	Não	Não	Não
URUGUAI	1967	2004	Não	Sim
VENEZUELA	1999	2005	Não	Sim

2.23. Constituições de outros estados americanos

Além destas constituições, o Continente Americano contempla mais quatorze, mas nenhuma oferece contribuições dignas de notas em relação aos

direitos fundamentais: Antigua-Barbuda (1981)⁶¹, Bahamas (1973)⁶², Barbados (1966)⁶³, Belize (1981)⁶⁴, Dominica (1978)⁶⁵, Granada (1973)⁶⁶, Guiana (1980)⁶⁷, Haiti (1987)⁶⁸, Jamaica (1962)⁶⁹, Federation of Saint Kitts and Nevis (1983)⁷⁰, Santa Lúcia (1978)⁷¹, São Vicente (1978)⁷², Suriname (1987)⁷³ e Trinidad Tobago (1976)⁷⁴.

⁶¹ ANTIQUA-BARBUDA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Antigua/antigua-barbuda.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶² BAHAMAS. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bahamas/bah73.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶³ BARBADOS. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Barbados/barbados66.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶⁴ BELIZE. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Belize/belize81.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶⁵ DOMINICA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Dominica/dominica78.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶⁶ GRANADA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Grenada/grenada.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶⁷ GUIANA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guyana/guyana96.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶⁸ HAITI. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Haiti/haiti1987fr.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁶⁹ JAMAICA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Jamaica/jamaica.htm>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁷⁰ FEDERATION OF SAINT KITTS AND NEVIS. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Kitts/kitts83.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁷¹ SANTA LÚCIA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Lucia/Luc78.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁷² SÃO VICENTE. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Vincent/stvincent79.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁷³ SURINAME. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Suriname/english.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

3. O PROBLEMA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

3.1. Noções

A Constituição brasileira de 1988 adotou metodologia original e seguiu caminho diferente do trilhado pelas constituições anteriores, desde a de 25.03.1824 até a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que deu nova redação à Constituição de 24.01.1967, dedicando desde logo o inteiro teor do Título II para tratar do que denomina “*direitos e garantias fundamentais*” em cinco capítulos e atribuindo um conjunto de matérias a cada um⁷⁵.

Do primeiro, consta o catálogo de normas definidoras de direitos e deveres individuais e coletivos; do segundo, o rol dos direitos sociais; do terceiro, a nacionalidade, deixando para o quarto os direitos políticos e, para o último, os partidos políticos.

Não se objetiva com este trabalho analisar por completo a forma como as normas foram dispostas, mas, neste ponto, apenas buscar o significado das expressões “direitos e garantias fundamentais” e “direitos e garantias individuais.”

Isto porque a norma que constitui o verdadeiro escopo da interpretação – art. 5º, § 1º – refere-se expressamente às primeiras, embora seja apenas um parágrafo do artigo, que não trata de todos os direitos e garantias fundamentais, mas somente daqueles que denomina de “direitos e deveres

⁷⁴TRINIDAD AND TOBAGO. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Trinidad/trinidad76.html>, acesso em 02.07.2006, às 13h39.

⁷⁵FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v.1, arts. 1º a 43, p.23. São Paulo: Saraiva, 1990.

individuais e coletivos.”

Comparando-a com as constituições anteriores – que também não fizeram separação entre direitos e garantias – a Constituição brasileira de 1988 contém uma autêntica reserva constitucional manifestada pela expressão “nos termos seguintes”, inserida logo após o enunciado do dispositivo-tipo⁷⁶.

Isso parece indicar que os direitos fundamentais de vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança são assegurados pelos incisos que completam o art. 5º, transmitindo a falsa idéia de que esse rol é de garantias, e não de direitos.

Como a norma inserta no art. 5º, inciso XXII⁷⁷, cujo verbo “garantir” parece indicar se tratar de garantia, e não de direito, garantiria o direito de propriedade? Ou melhor, como a propriedade estaria garantida pela simples inserção dessa norma no texto constitucional? Na verdade, ao dizer que “*é garantido o direito de propriedade*”, não diz mais que “*é reconhecido o direito de propriedade*”, cuja garantia dependerá de outras providências, como a delimitação dos casos de desapropriação, sujeita, ainda, ao devido processo legal.⁷⁸

⁷⁶A expressão – inspirada na linguagem de penalistas (GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 2.ed. rev.atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994) - é utilizada para designar o art. 5º como o principal veiculante de direitos e garantias fundamentais. Mas também em Direito Constitucional adota-se a expressão equivalente “catálogo-tipo” (GUETZEVITCH, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional* (trad. MOTA Filho, Cândido. pp.74/75. São Paulo: Nacional, 1933.).

⁷⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...) XXII. *é garantido o direito de propriedade;*”

⁷⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed., p.166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Igual questionamento cabe em relação aos incisos V⁷⁹, VI, segunda parte⁸⁰, VII⁸¹, X, segunda parte⁸², XIV⁸³; XXVIII⁸⁴, XXIX⁸⁵ e XXX⁸⁶, todos do art. 5º, da Constituição Federal, pois em todos são utilizados os verbos “assegurar” ou “garantir” no particípio, indicando “assegurado” ou “garantido” os direitos ali previstos, o que, evidentemente, não é suficiente para representar autêntica e eficaz garantia, senão mero reconhecimento de que são direitos a merecer proteção constitucional.

3.2. Como distinguir direitos e garantias

Embora tenha andado bem ao fazer referência aos direitos individuais e coletivos, o constituinte não teve a mesma sorte ao não separar o que considera direitos ou garantias – e poderia ter separado.

Para Rui, as disposições de conteúdo meramente declaratório eram

⁷⁹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...) v. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

⁸⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). VI. é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

⁸¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). VII. é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;”

⁸²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

⁸³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). XIV. é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

⁸⁴BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). XXVIII. são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”

⁸⁵BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). XXIX. a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

⁸⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). XXX. é garantido o direito de herança;”

direitos, enquanto as disposições assecuratórias eram garantias⁸⁷. Por sua vez, André Ramos Tavares conclui⁸⁸:

De fato, esta é a posição que se afigura de melhor técnica constitucional. Para tanto, tome-se como paradigma o instituto da ação popular. Como se sabe, tradicionalmente é ele encarado como remédio constitucional, e, nesse sentido, trata-se de uma garantia, de uma disposição eminentemente assecuratória. Mas não se pode negar que o exercício da ação popular é, considerado em si mesmo, o exercício de um direito de índole política. Assim, neste último sentido, o Texto Constitucional consagra um direito de participação política, declarando-o exercitável através da ação popular. E, mais ainda, os direitos que a ação popular tutela vêm consagrados no mesmo dispositivo que a prevê como ação assecuratória. São os direitos à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio público, histórico e cultural.

Adiante, na mesma página, continua o mestre:

Neste ponto, pode-se observar uma série de "irregularidades" no Texto Constitucional brasileiro, a começar da própria rubrica do Capítulo I do Título II, que dispõe "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", que, como se observa, nenhuma referência faz às garantias, embora se encontre elevado número de garantias entre os incisos do art. 5º. Além disso, como já se observou, reconhecem-se alguns direitos garantindo-os (como no inc. V). Em vez de declarar-se o direito à resposta proporcional ao agravo, "assegura-se" o mesmo. De outra parte, garantias propriamente ditas são gramaticalmente declaradas. Finalmente, fundem-se num mesmo dispositivo constitucional o direito e seu instrumento de garantia correspondente.

Realmente, nem sempre é fácil estabelecer com clareza uma linha distintiva entre direito e garantia fundamental. Por exemplo, tome-se o art.

⁸⁷BARBOSA, Rui. *República: Teoria e prática*. p.121. Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

⁸⁸*Curso de direito constitucional*. p.602. São Paulo: Saraiva, 2002.

5º, LIII, da Constituição Federal – *Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* – e se indague se cuida de direito ou garantia.

A liberdade constitui o direito fundamental, e o devido processo legal, a garantia, embora as clássicas garantias também sejam direitos. Pode-se dizer que o devido processo legal é um direito-garantia: direito, por poder ser exercido por quem dele necessitar; garantia por não ser outra coisa senão o meio processual adequado para assegurar direitos fundamentais⁸⁹.

A inobservância do *decreto-garantia* do devido processo legal autoriza o uso de remédios constitucionais como o habeas corpus, o mandado de segurança, os recursos constitucionais para os tribunais superiores, entre outros.

3.3. Necessidade da distinção

Rafael Bielsa já havia feito notar, em 1952, que faltava distinguir entre direitos e garantias⁹⁰. Mas, distinções existem e são essenciais, embora não sejam substanciais⁹¹ e nem sempre facilmente identificáveis⁹². Exemplo da

⁸⁹DURÁN, Manuel Carrasco. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. p.34. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁹⁰*Las declaraciones y las garantías constitucionales*. In Estudios de derecho público (apud PETRIELLA, Dionisio. *La constitución de la República Italiana*. pp.48/49. Buenos Aires: Asociación Dante Alighiere, 1957), a falta de distinção entre direitos e garantias fundamentais. Em 1957, ao escrever o prólogo da obra Dionisio Petriella (Op. cit., p.XXII) o mesmo autor voltou a criticar a falta da distinção nos seguintes termos: “Desde luego, la diferencia entre declaraciones, derechos y garantías no ha sido objeto de un estudio, y menos aún de un análisis metódico en la doctrina constitucional argentina como hemos hecho notar hace tiempo.”

⁹¹NOVARO, Carlos A., e HRONCICH, Héctor F.. *Derecho constitucional argentino comparado*. 2.ed., p.146. Buenos Aires: Frontiñan, 1939. “Los derechos son los que corresponden a todo hombre en su calidad de tal y que la Constitución reconoce, los que pertenecen al pueblo y a los ciudadanos y que aquélla sanciona o concede, los que acuerda a los extranjeros, los que se reservan no enumerados pero inherentes al

importância da distinção pode ser visto nas palavras a seguir:

O que distingue, na essência, as declarações de direitos promulgadas nas constituições do tipo que a dos Estados Unidos consagraram, das declarações de direitos exaradas em outras constituições, é a existência, naquelas, da garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados... A Constituição Imperial do Brasil tinha, nos trinta e cinco parágrafos do seu art. 179, a mais copiosa e liberal das declarações de direitos. A da nossa Constituição atual não lhe faz vantagem na liberalidade ou abundância dos princípios consagrados. Onde, porém, a segunda se avanteja à primeira, com uma distância incomensurável, é em que a Constituição de 1824, como as constituições francesas e todas as constituições monárquicas até hoje, não dotava esses direitos de um escudo, não cometia a proteção deles aos tribunais; o que a nossa Constituição veio a realizar de modo completo, cabal e perfeito⁹³.

...

Quando a Revolução Francesa formulou a sua Declaração, que é

principio de la soberanía del pueblo, los que pertenecen a los poderes y hombres que los desempeñan y los que corresponden a las provincias y al pueblo de las mismas, no delegados al gobierno general. Las garantías son aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo argentino y a todos los hombres de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades, y por el pueblo mismo y se consignan ya porque son inherentes a toda sociedad de hombres libres e iguales, ya porque se ha querido reparar errores o abusos del pasado."

⁹²HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional* (trad. esp. CASTILLO, Carlos Ruiz del). 2.ed., p.120. Madrid: Reus, s/a.: "Não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado." Sobre violação de direitos fundamentais na Argentina e na Itália: cfr.: PETRIELLA, Dionisio. *La constitución de la República Italiana*. pp.48/49. Buenos Aires: Asociación Dante Alighiere, 1957. São palavras do autor: "La característica de la dictadura argentina fue que ésta reconocía y proclamaba en teoría los principios de la libertad, pero los violaba sistemáticamente en la práctica. Para cerrar los diarios opositores se alegaba que en su taller algunas canillas goteaban. La propiedad de los opositores no era abiertamente confiscada, sino aniquilada con multas por "agio" o hábiles "expropiaciones." La dictadura italiana, en cambio, había remozado viejas ideas, que consideraban a los derechos de libertad simples derechos reflejos de normas que se da el Estado para asegurar su poder y que pueden ser revocadas o atenuadas en cualquier momento. De manera que, tanto en la teoría como en la práctica, durante el fascismo los derechos de libertad habían ido paulatinamente cediendo frente a la omnipotencia del Estado, y los constituyentes democráticos que se dieron a la tarea de restablecerlos, contaron con una experiencia riquísima en la materia."

⁹³BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição brasileira coligidos por Homero Pires*. v.V, pp.175/176. São Paulo: Saraiva, 1953.

ainda um catálogo-tipo das liberdades individuais, os homens de sua época não tinham a concepção jurídica do problema das garantias dos direitos individuais. Tendo uma fé absoluta na sabedoria da vontade geral, acreditando que toda manifestação da sabedoria popular seria não somente legal mas também racional, não percebiam o problema da garantia real das liberdades individuais. Viam essa garantia na separação dos poderes, no princípio da soberania do Povo, sobretudo, no princípio da legalidade. Mas o princípio da legalidade não pode ser considerado como a garantia única das liberdades individuais; garantindo o indivíduo contra a arbitrariedade do Poder Executivo, deixou o cidadão sem defesa diante da arbitrariedade do legislador, capaz de promulgar uma lei contrária ao princípio da liberdade individual, proclamada pela Constituição. Eis porque o controle da constitucionalidade das leis é uma garantia suplementar das liberdades individuais. Nesse caso, novamente o processo da racionalização do Poder, que data da revolução francesa, atinge seu acabamento lógico nas constituições novas⁹⁴.

No mesmo sentido, o espanhol Juan María Bilbao Ubillos afirma, em nota de rodapé, que constituições passadas, como a francesa de 1789, limitavam-se a declarar os direitos sem se preocupar com técnicas de garantias, o que acabava por deixar o efetivo gozo deles à vontade das autoridades. São dele as palavras a seguir⁹⁵:

Esas garantías, claro está, deben ser operativas, no sólo teóricas. El titular del derecho tiene que tener a su disposición medios de defensa eficaces. Cuando una norma, la Constitución por ejemplo, reconoce derechos subjetivos, fundamentales o no, juridicidad y justiciabilidad, que son conceptos diferentes, tienden a identificarse (M. DOOLIANI: Interpretazioni della Costituzione, F. Angeli Edit., 1982, p. 56). Hay

⁹⁴GUETZEVITCH, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional* (trad. MOTA Filho, Cândido). pp.74/75. Sao Paulo: Nacional, 1933.

⁹⁵UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. pp.40/41, nota 3. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

que recordar una vez más, aunque se incurra en un tópico, que muchas de las Declaraciones de derechos del siglo pasado (la francesa de 1789 es en este aspecto un buen ejemplo), se limitaban a proclamar los derechos, omitiendo toda referencia a las técnicas de garantía. De esta manera, el disfrute efectivo de las libertades dependía de la buena voluntad de los detentadores del poder.

Escrevendo sob a égide da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, Celso Ribeiro Bastos alertava para o risco de se induzir a erro alguém ao se apregoar que garantias também não são direitos⁹⁶. São dele as palavras⁹⁷:

Na verdade, os diversos parágrafos do art. 153 da nossa Constituição asseguram indistintamente direitos, exercíveis por todos os brasileiros, assim como pelos estrangeiros residentes no País, não se constituindo as apontadas garantias senão em espécies desses mesmos direitos, de resto individualizadas sobretudo em função de elementos extrajurídicos. Por garantias individuais, segundo a mesma doutrina, deve-se entender aqueles recursos judiciais, caracterizados por uma mais acentuada celeridade e informalidade processuais, destinados à proteção dos direitos individuais. Exemplificando, a proteção dada pela Constituição à igualdade de todos perante a lei seria um direito, enquanto que o mandado de segurança ou o habeas corpus seriam garantias, visto que são remédios processuais voltados ao asseguramento do próprio direito substancial. A distinção efetivamente procede. Enquanto os direitos individuais asseguram bens da vida (a liberdade, a igualdade, a propriedade), algo, portanto, valioso em si mesmo, fora da técnica jurídica, as chamadas garantias individuais cingem-se ao asseguramento, à proteção jurídica daqueles bens, mas não podem ser valoradas senão a partir do sistema jurídico.

Para ele, então, os parágrafos do art. 153 – correspondentes ao atual

⁹⁶Curso de direito constitucional. 9.ed., p.232. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁹⁷Curso de direito constitucional. 9.ed., p.232. São Paulo: Saraiva, 1986.

art. 5º –, que asseguravam direitos a brasileiros e estrangeiros, não faziam outra coisa senão elencar espécies dos próprios direitos assegurados.

3.4. Os verbos não são essenciais para a distinção

O magistério de Rui deixou registrado que os direitos se caracterizam por serem normas meramente dispositivas, ao passo que as garantias são disposições assecuratórias. São dele as palavras, depois de afirmar que são coisas distintas e devem se separar⁹⁸:

(...) no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Não é fácil admitir como correta a distinção *barbosiana*, na medida em que há vários dispositivos constitucionais no catálogo, com aparência meramente declaratória, exprimidas pelos verbos “assegurar” ou “garantir”, que não são garantias, mas sim direitos.

Com efeito, o inciso V dispõe que “é assegurado o direito de resposta.”; o inciso VI, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias;” o inciso VII, “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa.”

Nestes exemplos, os verbos “assegurar” e “garantir” não exprimem

⁹⁸BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed., pp.165/166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

garantia, senão meros direitos que não se efetivam sem outras providência, como, aliás, ensina José Afonso da Silva, ao dizer que pelos verbos utilizados, a Constituição *"reconhece alguns direitos garantindo-os"*⁹⁹.

Por outro lado, a disposição constante na alínea "a" do inciso XXXIV, segundo a qual todos têm direito de petição aos poderes públicos, não traduz direito, mas típica garantia de poder submeter ao exame das autoridades, abusos ou ilegalidades violadoras de seus direitos e requerer providências cabíveis.

Talvez por isso e por outras constatações, José Afonso da Silva confessou que *"fica difícil distinguir as diferenças ou semelhanças entre o que sejam garantias fundamentais, garantias individuais e garantias constitucionais."*¹⁰⁰

Sampaio Dória¹⁰¹ diz que não são nítidas as linhas divisórias entre ambos, afirmando mesmo que os direitos são garantias e as garantias, direitos.

Desembargador em São Paulo, José Roberto Nalini também entende que os direitos não se confundem com as garantias. São suas as palavras¹⁰²:

Direitos são tanto os clássicos direitos naturais, fontes primárias de todos os demais direitos: vida, integridade pessoal, intimidade. Como os direitos vinculados ao status activus do indivíduo, os que o contemplam como ativo participante na vida política. São os direitos políticos, liberdades-participação, direitos do cidadão.

⁹⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.166.

¹⁰⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.166.

¹⁰¹DÓRIA, Antonio de Sampaio. *Direito constitucional (curso e comentários à constituição)*. 3.ed., t.II, p.257. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1953.

¹⁰²*Constituição e estado democrático*. p.82. São Paulo: FTD, 1997.

Já as garantias significam, de um lado, o direito do cidadão exigir do Estado a proteção de seus direitos e, de outro, o reconhecimento dos meios processuais preordenados a essa finalidade.

Para esse magistrado, os direitos são dados pela constituição como algo que vale por si mesmo, enquanto as garantias existem para lhes dar eficácia.

De forma mais específica, Ribeiro Júnior e Queiroz Telles afirmam que os direitos são principais, e as garantias, acessórias dizendo, expressamente:

Assim, os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo), os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se¹⁰³.

Por outros termos, dizem que sem as garantias os direitos “se tornariam letra morta” e que “as garantias são os meios que asseguram os direitos declarados”¹⁰⁴.

3.5. O que diz a doutrina, sobretudo estrangeira

Não é só no Brasil que o problema existe, mesmo porque não é só no Brasil que a Constituição é analítica¹⁰⁵. Na Argentina, Néstor Pedro Sagüés escreveu sobre a distinção entre direitos e garantias fundamentais afirmando

¹⁰³RIBEIRO Júnior, João, e TELLES, Antônio A. Queiroz. *Constituição (conceito, direitos fundamentais e garantias constitucionais)*. 1.ed., p.95. São Paulo: Edipro, 1999.

¹⁰⁴*Constituição (conceito, direitos fundamentais e garantias constitucionais)*. 1.ed., p.93. São Paulo: Edipro, 1999.

¹⁰⁵MARANHÃO, Jarbas. *O conteúdo da constituição (Constituição sintética ou analítica?)*. In *Revista de Informação Legislativa*. Ano 40, n.160, out./dez./2003. Brasília: Senado Federal, 2003.

ao final que a distinção não é clara¹⁰⁶:

La Constitución nacional parece diferenciar los derechos de las garantías, ya que utiliza ambas palabras en algunas ocasiones (así, como título del capítulo único de la parte primera, o en el art. 33); y no cabe presumir que la Constitución sea redundante.

Una distinción teórica puede ser la siguiente: mientras los derechos importan facultades o atribuciones, las garantías significan herramientas o medios para efectivizar los derechos. Por ejemplo, tengo el derecho de transitar libremente por el territorio argentino (art. 14), y la garantía del hábeas corpus si me violan tal derecho (inferida del art. 18, Const. nacional); "el derecho es lo protegido, la garantía es la protectora"(Lazzarini).

Sin embargo, la diferenciación entre derechos y garantías no siempre es nítida. Es posible, así, hablar del derecho a articular la acción de hábeas corpus (con lo que aludimos al derecho de ejercer una garantía), y de derechos que pueden también ser vistos como garantías (el de no ser obligado a declarar contra sí mismo, según el art. 18 ¿no es asimismo una garantía para asegurar el derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio?, descrito en el mismo artículo. En síntesis, no hay pautas claras en este punto.

O também argentino Bidart Campos¹⁰⁷ distingue direitos e garantias a partir das respectivas finalidades:

b) Los derechos son facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres. Los derechos que se consideran inherentes al hombre por su calidad de persona se denominan, tradicionalmente, derechos naturales del hombre, y ahora también derechos personales o derechos humanos.

Las normas escritas de la constitución formal que reconocen o "declaran" los derechos, se llaman "declaración de derechos": los

¹⁰⁶ *Elementos de derecho constitucional*. t.II, p.3. Buenos Aires: Astrea, 1993.

¹⁰⁷ CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t.1, p.211. Buenos Aires: Ediar, 1992.

derechos aparecen "formulados y declarados" en el orden normativo de la constitución formal. La "declaración de derechos" es vista como derecho positivo, bien que los derechos contenidos en ella sean naturales. Por eso se suele hablar de naturalidad de los derechos subjetivos, y positividad de su declaración.

c) Las garantías son instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos.

A seguir, o mestre argentino completa explicando que os direitos são ambivalentes, pois podem ser exigidos em face do Estado e dos particulares, enquanto as garantias *"sólo dan origen a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente."* São suas as palavras:

En tanto los derechos que inviste quien es sujeto titular o activo de los mismos se reputan ambivalentes o bifrontes, en cuanto aquel sujeto los puede hacer valer ante dos sujetos pasivos (ante el estado, y ante los demás hombres), las garantías sólo dan origen a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el estado exclusivamente. Los derechos son oponibles, entonces, erga omnes (contra todos), mientras las garantías existen solamente ante el estado.

O mestre tem razão, pois de fato as garantias se prestam para tutelar os direitos e, por isso, mesmo quando a violação decorrer de ato de particular¹⁰⁸, cabe ao Estado restabelecer a ordem por meio das medidas judiciais que lhe forem pleiteadas pela pessoa vitimada, porque, como dizem os ingleses, *"where is no remedy there is no right"*¹⁰⁹.

¹⁰⁸GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. In Teoría y Realidad Constitucional. Num.3, 1.sem./1999. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (Centro de Estudios Ramón Areces). In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=trcons&n=3>, acesso em 30.09.2006, às 22h56.

¹⁰⁹UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a*

Neste sentido, afirmando que as garantias também são direitos que se prestam para assegurar eficácia ao poder jurídico do indivíduo, o professor Meier Echeverría, da Universidad Metropolitana de Caracas e juiz do Tribunal Supremo de Justicia, assim ensina¹¹⁰:

Garantía, por su parte, es un género complementario al poder jurídico en que consiste el derecho subjetivo en tanto entidad sustancial o sustantiva, cuya razón de ser y función en sus diversas especies o modalidades es la de “asegurar” la eficacia de dicho poder; que el haz de facultades de actuación de la titularidad activa no quede en mera potencia o posibilidad, que el interés o los intereses subjetivos que requieran del ejercicio de esas facultades, objeto y finalidad del derecho, pasen del estadio o fase de la expectativa o esperanza jurídica al de la realización efectiva.

Las garantías, por tanto, son derechos-instrumentales, si cabe el término, medios al servicio de los derechos subjetivos sustantivos.

Logo, pode-se dizer mesmo que os direitos são oponíveis *erga omnes*, é dizer, contra o Estado e contra os particulares, enquanto as garantias, consistindo em direito de pedir proteção, só podem ser exercidas em face do Estado.

Rubio Lorente, confessando ser difícil, senão impossível, distinguir exatamente entre direitos e garantias fundamentais, é difícil, pelo menos, aceitar a classificação adotada pelo constituinte espanhol quanto aos direitos fundamentais em si mesmos, por não haver conexão entre muitos deles. É o que diz:

particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). p.68, n.1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹¹⁰ECHEVERRÍA, Henrique Meier. *Bases constitucionales del proyecto de ley orgánica de la cultura*. In <http://www.analitica.com/Bitblio/conac/bases.asp>, acesso em 10.06.2006, às 13h50.

(...) el tratamiento de las normas que reconocen derechos y libertades en nuestra Constitución "no responde, aparentemente, a ninguna teoría bien establecida", por lo que "la riqueza del contenido no se corresponde desgraciadamente con una igual claridad en su concepción"¹¹¹.

Procurando a distinção entre direitos e garantias pelo prisma da classificação dos direitos fundamentais em subjetivos ou objetivos, Martín Borowski ensina que os direitos são garantidos pela possibilidade de se exigir ante os tribunais que sejam efetivados¹¹²:

Lo característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales. Los derechos subjetivos se garantizan necesariamente mediante normas vinculantes; esto es así, porque los derechos sólo pueden hacerse efectivos ante los tribunales por parte de su titular, si los tribunales pueden establecer que se ha violado la norma que garantiza el derecho¹¹³. Más allá de la relación analítica que existe entre las normas vinculantes y los derechos subjetivos, debe precisarse que el concepto de derecho subjetivo es poco claro y muy debatido. A pesar de que este concepto sea uno de los más intensamente controvertidos en la teoría general del derecho y en la teoría jurídica, todavía no ha podido determinarse su sentido con una formulación capaz de concitar el consenso.

Com isso, extrai-se deste ponto de vista que a garantia dos direitos se resume, basicamente, à proteção judicial, que se perfectibiliza pela possibilidade de submeter ao crivo dos tribunais qualquer lesão ou ameaça de

¹¹¹ *La constitución como fuente del derecho en la Comunidad Europea y las fuentes del derecho*. v.I, p.65. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

¹¹² *La estructura de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.42.

¹¹³ Pertinente a observação feita na nota de rodapé nº 40 pelo próprio autor, por isso merece ser transcrita: *"Esto no es válido en sentido contrario. Las normas vinculantes no garantizan necesariamente derechos subjetivos. Existen numerosas normas cuya vulneración no puede ser establecida por los tribunales, que, por carecer de una dimensión de protección individual, no son exigibles mediante demanda por parte de los ciudadanos particulares."*

direito¹¹⁴, como, expressamente, reconhece a vigente Constituição brasileira¹¹⁵.

Neste mesmo sentido, na introdução da obra em que analisa os processos judiciais para tutela dos direitos fundamentais, o professor Manuel Carrasco Durán diz, expressamente, que a garantia reside no poder que têm os tribunais, de fazê-los valer quando violados. São suas as palavras¹¹⁶:

*Así, desde el plano teórico, se atribuye a los órganos judiciales la condición de garantía ordinaria y natural de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se hace residir en ellos la función de prestar la tutela en vía jurisdiccional a tales derechos y a los intereses legítimos de los particulares derivados del reconocimiento constitucional de aquéllos, mientras que la intervención del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo se considera de carácter subsidiario y extraordinario, pudiera decirse que como añadido para solucionar los casos, se entiende excepcionales, en los que la garantía prestada por los órganos judiciales ordinarios no haya dispensado la protección debida a un derecho fundamental en una situación determinada y como instrumento cuya utilidad se encontraría más bien en la definición de líneas para la interpretación de los derechos fundamentales que orienten la actuación de los órganos judiciales. (...)*¹¹⁷

¹¹⁴A garantia jurisdiccional constitui o instrumento capital para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais – escreveu René Cassin – podendo-se dizer que não há direitos fundamentais sem que haja garantias judiciais. *In Droits de l’homme et méthode comparative. Apud DURÁN, Manuel Carrasco. Op. cit., p.34, nota 9*). No mesmo sentido, cfr.: GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado. In Obras Completas. 5.ed., t.I, p.260. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. “Las garantías jurisdiccionales: Elemento imprescindible para la realización del concepto racional de constitución.”* Acrescenta LOWENSTEIN, Karl (*Teoría de la constitución. trad. esp. ANABITARTE, Alfredo Gallego. p.217. Barcelona: Ariel, 1967*) a respeito da garantia judicial que *“sin aquélla queda reducida a mera constitución nominal o semántica.”*

¹¹⁵BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

¹¹⁶DURÁN, Manuel Carrasco. *Los procesos para la defensa de los derechos fundamentales. p.21. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.*

¹¹⁷Cumprе destacar que a opção por conferir aos tribunais o poder de proteger a

Ainda do outro lado do Oceano Atlântico, vem a lição de Gomes Canotilho, para quem também não é fácil distinguir entre direitos e garantias fundamentais, considerando os direitos também como garantias e garantias, direitos¹¹⁸. Escreve Canotilho¹¹⁹:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen, direito de habeas corpus, princípio do non bis in idem).

Carrasco Durán diz que para o mestre português a proteção jurídica dos direitos fundamentais constitui imposição ao legislador ordinário, para que faça a defesa operacional dos direitos em seus aspectos processuais. São dele as seguintes palavras:

(...) tiene una función organizatorio-material, que exige al

constituição e, conseqüentemente, garantir os direitos fundamentais é de origem norte-americana, pois na Europa prevaleceu – e ainda se verifica em alguns países – a opção por conferir o mesmo poder a órgãos políticos. Neste sentido, cfr.: CAPELLETTI, Mauro. *O controle da constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 1992; VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: CEC, 1987; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001. Este último autor é categórico ao afirmar que coube ao directo norte-americano desenhar o modelo de Tribunal Constitucional que acabaria sendo adotado por Espanha (p.123): “*El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborado, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.*”

¹¹⁸Cfr. tb.: ARAUJO, Luiz Alberto David, e NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10.ed., p.109, n.1.2. São Paulo: Saraiva, 2006. “*No entanto, também pode-se afirmar que os direitos são garantias, e as garantias, direitos.*”

¹¹⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed., p.520. Coimbra: Almedina, 1993.

establecimiento de órganos judiciales adecuados para llevar a la práctica con efectividad la protección de los derechos; refuerza el principio de la efectividad de los derechos fundamentales; es garantía de un proceso judicial, que abre inmediatamente la vía de acceso a un Tribunal; produce la creación de un derecho subjetivo público; y requiere para su plena realización, por una parte, la extensión de la protección jurídica a las relaciones especiales de poder, actos de jurisdicción y actos de gobierno y, por otro lado, la efectividad de la protección jurídica, mediante el efecto suspensivo, un sistema jurídico-público de indemnización de danos y la garantía de un proceso justo y de los derechos procesales fundamentales¹²⁰.

O também lusitano e não menos clássico Jorge Miranda também distingue entre direitos e garantias fundamentais, afirmando:

(...) clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente dtos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.¹²¹

Por sua vez, Carl Schmitt defende a necessidade de se “*distinguir las garantías institucionales de los derechos fundamentales*”, dizendo que “*mediante regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones*”, impossibilitando sua supressão por meio da

¹²⁰DURÁN, Manuel Carrasco. Op. cit., p.32, n.5.

¹²¹Manual de direito constitucional. 4.ed., t.IV, p.88. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

legislação comum¹²².

Ignácio Burgoa¹²³ traça distinção entre direitos e garantias fundamentais – embora denomine de *garantias individuais* – considerando as últimas como positavações dos primeiros:

Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independiente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respectabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo.

Essas lições não podem ser desprezadas, mas também não podem ser aceitas como verdades absolutas com simplicidade, pois na constituição formal aparecem dispositivos que soam como se fossem garantias, mas que na verdade encerram verdadeiros direitos. Para melhor esclarecer, vêm a lume dois dispositivos constitucionais, ambos do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

XXXIV. São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)

XXVIII. São assegurados, nos termos da lei: (...); b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

O primeiro dispositivo cogita do “direito de petição”, e o segundo,

¹²²SCHMITT, Carl. Op. cit., p.175, n.IV.

¹²³*Las garantías individuales*. 7.ed., p.179. México: Porrúa, 1972.

“direito de fiscalização” do aproveitamento econômico de obras intelectuais. O primeiro seria, de fato, um direito, enquanto o segundo, uma garantia? A resposta é negativa para o primeiro e afirmativa para o segundo.

O direito de petição¹²⁴ não tem nenhum valor se não for para a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, sendo, por isso, uma verdadeira garantia; por sua vez, o direito de fiscalizar não é direito, mas, sim, garantia do direito de propriedade da obra. Fiscaliza-se para ter certeza de que o direito sobre a obra intelectual está sendo respeitado.

3.6. Traços distintivos conclusivos

Enfim, podem ser apontadas as seguintes distinções entre os direitos e as garantias fundamentais:

a) em geral, os direitos fundamentais se refletem por disposições meramente declaratórias contidas no texto constitucional, as quais, como normas, existem independentemente de garantias, representando “só por si

¹²⁴Sobre o direito de petição, cfr.: CALVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. 2.ed., v.III, p.269. Rio de Janeiro: Konfino, 1952. “O direito de petição é amplo, devendo a autoridade pública encaminhar esse pedido de forma a que sejam apuradas as irregularidades apontadas. Para tanto, reconhece também, a todos os cidadãos, o direito de ser parte legítima, em qualquer processo administrativo ou judicial, destinado a apurar os abusos de autoridade e a promover a sua responsabilidade.” Cfr. tb.: BASTOS, Ceslo Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2.v., p.166. São Paulo: Saraiva, 1989. “O direito de petição pode ser definido como aquele que, exercitável por qualquer pessoa, tem por objetivo apresentar um pleito de interesse pessoal ou de interesse coletivo, visando com isto obter uma medida que considera mais condizente com o interesse público. Ele tem, pois, este caráter inequivocamente bifrontal. De um lado, pode estar voltado à defesa de um interesse pessoal, daí a sua correta inserção dentro dos direitos individuais, como também pode surgir em socorro da Constituição, das leis ou do interesse geral, caso em que mais se configura um direito de participação política. Nesta última hipótese, ele é exercitável independentemente da existência de qualquer lesão de interesses próprios. É o cidadão surgindo em defesa do interesse geral. Daí ter andado muito bem a Constituição portuguesa, que catalogou este direito no rol dos políticos e que sem dúvida acaba por configurar um instrumento de participação dos cidadãos na vida política.”

certos bens¹²⁵, como, por exemplo, o direito à vida, aliás, a essência dos direitos fundamentais, pelo menos como direito a prestação negativa¹²⁶;

b) as garantias, por suas vezes, refletem-se por disposições assecuratórias do mesmo texto e só se justificam em face da potencialidade de desrespeito ou lesão aos direitos¹²⁷. Por exemplo, se houver violação ou ameaça a direitos, por ato de autoridade, o ameaçado ou lesado pode se valer da garantia do mandado de segurança para restaurar ou preservar seu direito¹²⁸;

c) nem sempre os direitos e as garantias se expressam por meio de normas próprias, sendo comum se confundirem em um mesmo dispositivo

¹²⁵RIBEIRO Júnior, João, e TELLES, Antônio A. Queiroz. *Constituição (conceito, direitos fundamentais e garantias constitucionais)*. Op. cit., p.95.

¹²⁶MARTINS Neto, João dos Passos. Op. cit., p.150.

¹²⁷MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo. *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*. In *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*. t.II, pp.590/591. Madrid: Civitas, 1991. Das palavras do autor, extrai-se que "he sido deseo de los constituyentes el incorporar decididamente una contundente respuesta en materia de derechos fundamentales. Esa preocupación por potenciar las garantías, la eficacia de los derechos reconocidos en sede constitucional tenía su explicación: a lo largo de nuestra historia constitucional (no muy distinta en este aspecto a la de otros muchos países) se fueron sucediendo declaraciones de derechos que no pasaban de ser pura retórica sin operatividad práctica alguna y no se quería incurrir ahora en los mismos errores del pasado. Hemos visto que esa preocupación se traduce en una amplia gama de garantías, pero dentro de ese conjunto cobran sin duda un especial relieve las jurisdiccionales."

¹²⁸BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., pp.231/232: "Exemplificando, a proteção dada pela Constituição à igualdade de todos perante a lei seria um direito, enquanto que o mandado de segurança ou o habeas corpus seriam garantias, visto que são remédios processuais voltados ao asseguramento do próprio direito substancial. A distinção efetivamente procede. Enquanto os direitos individuais asseguram bens da vida (a liberdade, a igualdade, a propriedade), algo, portanto, valioso em si mesmo, fora da técnica jurídica, as chamadas garantias individuais cingem-se ao asseguramento, à proteção jurídica daqueles bens, mas não podem ser valorados senão a partir do sistema jurídico. O mandado de segurança, em si mesmo, não tutela bem algum. Será sempre o instrumento jurídico de proteção de alguns daqueles direitos que tutelam bens da vida ou substanciais. Sua natureza é meramente formal ou processual. No entanto, ainda que procedente, a distinção exposta não é de merecer grande ênfase, porque repousante em elemento, ao menos parcialmente, extrajurídico, qual seja a relação entre o direito e o bem tutelado. Do ponto de vista da técnica jurídica, todos são direitos por caracterizarem na outorga de prerrogativas ou na proteção de interesses tutelados pela ordem jurídica".

constitucional, embora as garantias constituam maior número e não representem fim em si mesmas, senão meios para a tutela de direitos¹²⁹;

d) todo o rol do art. 5º da Constituição Federal é, em essência, representativo de direitos¹³⁰, porque as garantias também são direitos. Mas, como alguns servem para dar eficácia a outros, são mais que direitos, são garantias¹³¹;

e) outros, por fim, representam verdadeiros dogmas constitucionais direcionadores de toda atividade pública, o que lhes dá o *status* de verdadeiros princípios basilares¹³², como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de não-culpabilidade, o devido processo legal e o juiz natural.

¹²⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.168. As garantias “estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular.”

¹³⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.166, n.35. Para o mestre, as normas constantes dos incisos I a XXXIV correspondem a direitos, enquanto as dos incisos XXXV a LXXVII, a garantias.

¹³¹SANCHÍS, L. Prieto. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española*. Apud UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit., p.41, n.4. “El sistema de protección perfilado en la Constitución de 1978 es, en líneas generales, “completo y riguroso.” Otra cosa son las “dificultades de articulación” como consecuencia de una “multiplicidad de procedimientos y órganos de tutela.” Cfr. tb.: MORAL, Antonio Torres del. *Principios de derecho constitucional español*. 5.ed., t.I, p.134. Madrid: Universidad Complutense, 2004. “Más que de un sistema integrado de garantías, habría que hablar de una “acumulación de garantías.”

¹³²REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11.ed., p.60. São Paulo: Saraiva, 1986. “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.” Ver mais, cfr. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999. No mesmo sentido: NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (doutrina e jurisprudência)*. p.37. São Paulo: Saraiva, 2002. “Da mesma maneira que os princípios ético-jurídicos mais gerais, os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são as vigas-mestras alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico.”

4. DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS

4.1. Noções

Outro ponto que merece relevo diz respeito ao significado dos direitos coletivos, especialmente pelo fato da epígrafe do Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988 a eles se referir expressamente, ao contrário de todas suas antecessoras, que se limitavam aos direitos individuais. O problema foi captado pela doutrina:

Esta também é a primeira vez que a Constituição timbra em sublinhar que não reconhece direitos fundamentais apenas a indivíduos, mas também a grupos. Este é o sentido de direitos coletivos. Quanto a deveres para grupos – deveres coletivos – nenhum há, salvo o de respeitar os direitos fundamentais¹³³.

Não se trata de detalhe que possa ser desprezado, tanto em face do princípio fundamentador de que a lei não contém palavra inútil ou vã¹³⁴, como porque, efetivamente, parece que os direitos coletivos foram tratados de modo distinto dos direitos individuais.

Traçar a linha que os distingue é o que se pretende desenvolver neste tópico, ressaltando, desde logo, que há um conceito de direitos coletivos na

¹³³FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v.1, arts. 1º a 43, p.25. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹³⁴MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed., 10.tir., p.91, "f." Rio de Janeiro: Forense, 2006. "Presume-se que a lei não contenha supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva." A propósito, os romanos diziam "interpretatio In quacumque dispositione ne sic faciedan, ut verba non sint supérflua, et sine virture operandi," que em vernáculo pode ser traduzida como "interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa." FERRARA, Francesco (*Como aplicar e interpretar as leis* (trad. MIRANDA, Joaquim Campos de). p.34. Belo Horizonte: Líder, 2005) se manifesta no mesmo sentido, de que cada palavra tem uma utilidade: "Deve-se partir do conceito de que todas as palavras têm no discurso uma função e um sentido próprio, de que neste não há nada supérfluo ou contraditório, e por isso o sentido literal há de surgir da compreensão harmônica de todo o contexto."

legislação infraconstitucional – Código de Defesa do Consumidor – e outro para os direitos coletivos previstos no capítulo constitucional dos direitos fundamentais, os quais, necessariamente, não se confundem, como adiante passa a se demonstrar.

4.2. Há direitos individuais e direitos coletivos?

4.2.1. Noções

Efetivamente, pode-se dizer que há direitos somente individuais, enquanto outros são coletivos? O que os distingue? São tratados de modo diferente na Constituição?

Há exemplos dessa distinção de tratamento na Constituição brasileira de 1988, como pode ser visto no rol das cláusulas pétreas¹³⁵, que inclui os direitos e garantias individuais, mas se omite quanto aos direitos coletivos.

Outros exemplos constam dos arts. 68, § 1º, inciso III¹³⁶, e 85, inciso III¹³⁷, onde também há referência expressa aos direitos individuais sem nada mencionar quanto aos direitos coletivos, o que, por si, sugere que são direitos distintos e os primeiros teriam recebido maior contemplação constitucional.

Que há distinção entre os direitos individuais e os direitos coletivos não

¹³⁵BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 60. (...). § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV. os direitos e garantias individuais."

¹³⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 68. As leis complementares serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...) III. Nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;"

¹³⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 85. São crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...). III. O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;"

resta dúvida, tanto que a proteção jurídica conferida aos últimos é maior do que aos primeiros, inclusive legitimando os sindicatos¹³⁸, as associações e o Ministério Público¹³⁹ para lhes promover a defesa em juízo sem necessidade de esperar que cada pessoa lesada tome a iniciativa¹⁴⁰, valendo-se, para tanto, de ações como o mandado de segurança coletivo ou a ação civil pública¹⁴¹.

¹³⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...). III. Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;" Nos informativos nºs 330 e 409 consta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário RE 210029, decidiu, por seis votos a cinco, que sindicato tem legitimidade para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada.

¹³⁹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...). III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"

¹⁴⁰LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. pp.159/186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁴¹A isso se denomina "macroprocesso", termo que quer designar as ações judiciais coletivas, propostas por órgãos ou entidades representativas de interesses de grande quantidade de pessoas, em oposição ao "microprocesso", que é a configuração tradicional em que cada interessado deve propor suas próprias ações. A jurisprudência admite e estimula a prática do "macroprocesso." Cfr.: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 441318/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 25/10/2005, DJ 24-02-2006 pp-00024 ement vol-02222-05 pp-00860. "EMENTA: Política judiciária. Macroprocesso. Estímulo. Tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento de macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes da atuação individual. Legitimidade. Ação civil pública. Ministério público. Cartões de crédito. Proteção adicional. Disposição contratual. O Ministério Público é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito." Em certo trecho do voto condutor, o ministro Marco Aurélio, relator, assim disse: "Trata-se, na espécie, de relação jurídica de consumo, considerado o serviço prestado pelo recorrente. O tema interessa a cidadãos dos mais diversos segmentos, valendo notar que dificilmente seria viável o acionamento individual do Judiciário. Os interesses irradiam-se, revelando, repita-se, relação de consumo a envolver titulares de direitos que têm origem comum, atraindo, por isso mesmo, a competência prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal e no Código do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, mais precisamente nos artigos 81 e 82 nele insertos. Sob o ângulo da política judiciária, da entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, há de se homenagear o macroprocesso, que surge com a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, evitando-se a multiplicação de demandas. Daí o acerto do que decidido pela Corte de origem, ao assentar a legitimidade do Ministério Público. Esta se faz presente nas relações de consumo que se mostrem lineares, como hoje é dado constatar em face dos cartões de crédito. Confirma-se com os precedentes da Corte: Recurso Extraordinário nº 163.231-3/SP, Tribunal Pleno, relator ministro Maurício Corrêa, Diário da Justiça de 29 de junho de 2001, e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 491.195-7/SC, Primeira Turma, relator ministro Sepúlveda Pertence,

4.2.2. A questão na Assembléia Nacional Constituinte

Acolhendo a idéia de que há distinção entre direitos individuais e direitos coletivos, em junho de 1987, o relator geral da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Bernardo Cabral, concluiu o Projeto de Constituição separando as duas categorias como espécies de direitos fundamentais, conforme quadro abaixo¹⁴²:

TÍTULO II: DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS		
CAPÍTULO I	Dos direitos individuais	Art. 12, I a XV, com várias alíneas
CAPÍTULO II	Dos direitos sociais	Art. 13, I a XXXI, e arts. 14 a 16
CAPÍTULO III	Dos direitos coletivos	Art. 17
CAPÍTULO IV	Da nacionalidade	Arts. 18 a 22
CAPÍTULO V	Da soberania popular	Arts. 23 a 30
TÍTULO III: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS		
CAPÍTULO I	Disposições gerais	Arts. 31 a 42
CAPÍTULO II	Da defensoria do povo	Arts. 43 a 48

Nesse Projeto – que infelizmente não vingou – os direitos coletivos se distribuíam por nove incisos, cada qual com suas alíneas, compreendendo: direito de reunião (art. 17, I); direito de associação (art. 17, II); profissão de culto (art. 17, III); direito à sindicalização (art. 17, IV); manifestação coletiva (art. 17, V); visibilidade e corregedoria geral dos poderes (art. 17, VI); participação direta (art. 17, VII); direito ao meio ambiente, natureza e identidade histórica e cultural (art. 17, VIII); consumo (art. 17, IX)¹⁴³.

Diário da Justiça de 7 de maio de 2004. Conheça do extraordinário e o desprovejo.”

¹⁴²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 04.06.2006, às 02h50.

¹⁴³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.174, n.4.

4.2.3. A legislação infraconstitucional

Mesmo no campo do direito infraconstitucional não há como confundir direitos individuais com direitos coletivos, tanto que o Código de Defesa do Consumidor se refere a ambos e, mais, aos direitos difusos, que constituem um *tertium genus*¹⁴⁴.

Filiando-se à corrente doutrinária que, apesar das dificuldades inerentes ao tema, distingue os interesses supra ou metaindividuais em difusos e coletivos, o CDC optou por tal discrimen terminológico, na esteira de outros textos legais que têm seguido essa linha, sobressaindo a Constituição Federal (art. 129, III). Seriam “direitos” ou, antes, “interesses”? O termo “direito”, à força de assimilar o que é direto, o que é reto, passou a se identificar com a própria regra (conforme a regra, conforme a norma). Ao passo que o universo do coletivo, do difuso, sugere uma dimensão mais fluída, menos rígida, daí nossa propensão a falar em interesses coletivos ou difusos, antes que de direitos. Mas cabe registrar que respeitáveis autores, como Lúcia Valle Figueiredo, manifestam preferência pela expressão “direito difuso ou coletivo.” O Código parece que vem atender a uns e outros nesse particular, já que fala em interesses ou direitos difusos e coletivos; terá sido intenção do legislador empregar a fórmula mais abrangente, no propósito, quiçá, de prevenir a formação de eventual jurisprudência de índole restritiva quanto à extensão e compreensão do objeto das ações codificadas¹⁴⁵.

Segundo se extrai do Código de Defesa do Consumidor, direitos

¹⁴⁴BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

¹⁴⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *In Comentários ao código de defesa do consumidor* (art. 81 a 100). (Org. OLIVEIRA, Juarez de). p.275. São Paulo: Saraiva, 1991.

coletivos são os que, sendo também transindividuais e indivisíveis – como os direitos difusos –, têm por titulares grupos de pessoas pertencentes a categorias ou classes que as liguem entre si, ou para com terceiros, por meio de uma relação jurídica.

Já no que concerne aos coletivos, a questão da titularidade do interesse ganha contornos mais nítidos. O Código diz que eles concernem a um grupo, classe ou categoria de pessoas, e isto está relacionado à circunstância de que esses portadores estão ligados "entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base" (inc. 11 do art. em comentário). Vittorio Denti já houvera considerado os interesses coletivos como ligados a "comunità di riferimento abbastanza definite".¹⁴⁶

Realmente, a doutrina distingue entre direitos individuais e coletivos, tanto que Celso Bastos¹⁴⁷ conceituava estes últimos como aqueles *"afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membros de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre os indivíduos e o Estado"*, entre os quais há um vínculo jurídico que os une.

Os interesses coletivos podem ser identificados por meio de objeto indivisível e do caráter transindividual, mas a titularidade é comum apenas a determinado grupo, classe ou categoria de pessoas que, conhecendo-se, ou não, entre si acham-se ligadas, ou ligadas a terceiros, por meio de uma relação jurídica¹⁴⁸, do que resultam seus traços característicos: a) pertencem a

¹⁴⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *In Comentários ao código de defesa do consumidor* (art. 81 a 100). (Org. OLIVEIRA, Juarez de). p.278. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁴⁷BASTOS, Celso Ribeiro. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. In Revista de Processo*, n.23, ano 6, jul./set./1981, pp.41/42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

¹⁴⁸PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2.ed., pp.39/58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Diz o autor que os direitos coletivos são aqueles *"perseguidos através do processo associativo, conatural ao homem (família, cooperação profissional, empresa,*

grupos, classes ou categoria de pessoas; b) entre eles, o objeto é indivisível; c) vinculam os sujeitos por meio de laços jurídicos¹⁴⁹.

Por conseguinte, é essencial que a classe, grupo ou categoria apresente um mínimo de organização jurídica e que seus membros comunguem de idênticas aspirações, anseios ou metas. O que liga as pessoas do grupo, classe ou categoria – ao contrário de simples circunstância de fato, como nos interesses difusos – é a relação jurídica entre eles.

A indivisibilidade do seu objeto é relativa, pois se limita aos membros da classe, grupo ou categoria – como os alunos de um estabelecimento de ensino – mas, é essencial que seja indivisível; ao contrário, se o objeto for divisível de modo que cada qual possa receber tratamento diferenciado, a união entre eles – sob o prisma processual – caracterizaria tão-somente um litisconsórcio, nunca coletividade.

Efetivamente, há direitos e garantias individuais e direitos e garantias coletivos, assim como há direitos e garantias difusos, mas vale repisar que, embora a vigente Constituição inove em relação às constituições que a antecederam, ao fazer referência expressa aos direitos individuais e coletivos, peca por não separá-los no seu catálogo, abrindo espaço para divagações conceituais.

Mas, mesmo no capítulo que lhes foi destinado na Constituição há típicos direitos que são coletivos – porque sequer podem ser exercidos por

sindicato).". Cfr. tb.: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). p.30. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

¹⁴⁹ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. pp.23/24. São Paulo: Saraiva, 1993.

peças individuais – e outros que, a despeito de serem exercidos individualmente, destinam-se a beneficiar a coletividade, como o mandado de segurança coletivo e a ação popular, e os direitos de reunião e de associação¹⁵⁰.

4.2.4. A posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal também vê distinção entre direitos individuais e coletivos, ressaltando, porém, que a linha divisória entre estes e os individuais homogêneos é tênue, como nos casos de mensalidades escolares e cobrança de tributos. Consta da ementa do RE 195056/PR, relator ministro Carlos Velloso:

EMENTA: Constitucional. Ação civil pública. Impostos: IPTU. Ministério público: legitimidade. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III.

I. A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25.

II. Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 127, caput, e art. 129, III.

III (...)¹⁵¹

¹⁵⁰ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.151, n.2.2.1. São Paulo: LTr, 2005.

¹⁵¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 195056/PR, relator ministro Carlos Velloso, 09/12/1999, DJ 30-05-2003 pp-00030 ement vol-02112-02 pp-00279.

Ao proferir seu voto, o ministro relator se socorreu de voto anterior, lançado no RE 185.360-SP, afirmando a somatória dos direitos dos alunos que pagam mensalidades escolares pelo ensino que lhes é ministrado constitui direitos individuais homogêneos, porquanto é perfeitamente identificável cada titular de tais interesses ou direitos, e cada qual pode, individualmente, defendê-los, em Juízo ou em litisconsórcio ativo.

4.2.5. Conclusão

Em síntese, os direitos individuais e os direitos coletivos, quando constantes do Título II da Constituição Federal, integram o catálogo de direitos fundamentais, mas não se confundem, cada qual constituindo espécie própria segundo os dados distintivos que a seguir serão expostos.

4.3. Direitos coletivos como direitos fundamentais

4.3.1. Noções

Primeiramente, consigne-se que não se devem confundir *direitos coletivos* com *direitos de pessoas coletivas*, entendendo-se estes últimos por direitos de pessoas jurídicas, conforme expressão utilizada pelo direito português¹⁵².

Por outro lado, a doutrina¹⁵³ assinala três modos de explicar os direitos coletivos, ou melhor, de ressaltar as diferenças entre direitos os individuais e os coletivos, podendo ser o modo de exercício, o sujeito passivo ou o

¹⁵²PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL. “Artigo 33º. (Pessoas colectivas). 1. A pessoa colectiva tem como lei pessoal a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da sua administração.” Lisboa: Coimbra, 2003.

¹⁵³ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.151. São Paulo: LTr, 2005.

destinatário.

Quanto ao modo de exercê-los, individuais são os direitos cujo exercício depende unicamente de uma pessoa, enquanto os coletivos, de várias pessoas¹⁵⁴.

Sob o prisma da sujeição passiva, individuais são os direitos que o próprio titular pode opor a todos os outros, como as liberdades clássicas a que se refere o art. 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁵⁵, enquanto coletivos são os direitos sociais, que são oponíveis em caráter *erga omnes* à sociedade como um todo, por isso denominados "*direitos de crédito: crédito de trabalho e de emprego, de educação e de cultura*"¹⁵⁶.

O último critério aponta para a titularidade do direito: individuais são atributos do ser humano em si mesmo, enquanto coletivos são os direitos de grupos, da família, da nação, neles incluindo os direitos difusos¹⁵⁷.

Mas, o traço que realmente caracteriza os direitos coletivos é a impossibilidade de apropriação ou titularização por apenas uma pessoa – o que marca o modo de exercício.

¹⁵⁴ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.151. São Paulo: LTr, 2005.

¹⁵⁵FRANÇA. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. "Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei." In <http://www.ambafrance.org.br/14%20julho/decldroits.html>, acesso em 10.04.2006, às 10h50.

¹⁵⁶ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. pp.151/152. São Paulo: LTr, 2005. O professor explica que "o direito ao trabalho não enseja ao desempregado o direito de exigir um emprego deste ou daquele empresário, mas sim o de postular perante a coletividade organizada o desenvolvimento de uma política econômica e social de tal natureza que todos possam obter um emprego e um salário."

¹⁵⁷ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.152. São Paulo: LTr, 2005.

Como diz o Rodolfo Mancuso, interesses coletivos são aqueles que ultrapassam os limites dos interesses de cada pessoa em um grupo e se caracterizam pela existência de uma organização mínima, afetação dos interesses a grupos determinados ou determináveis e um vínculo jurídico básico e comum aos integrantes¹⁵⁸.

4.3.2. Caracterização pela impossibilidade de apropriação individual

Para Canotilho, direitos coletivos fundamentais são direitos *“das organizações, cujo escopo directo é a tutela de formações sociais, garantidoras de espaços de liberdade e de participação no seio da sociedade plural e conflitual”*¹⁵⁹.

Mas, é preciso considerar que, tendo em vista o art. 12, nº 2, da Constituição portuguesa de 1976¹⁶⁰, Canotilho distingue *“direitos fundamentais coletivos”* de *“direitos fundamentais de pessoas coletivas”* ao discorrer sobre esses últimos, sobre os quais diz¹⁶¹:

A extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas colectivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são “direitos do homem”, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas como cidadãos de “carne e osso.”

Determinar quais os direitos e deveres “compatíveis com a natureza” das pessoas colectivas depende do conceito e do âmbito normativo

¹⁵⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. p.45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

¹⁵⁹*Direito constitucional*. Op. cit., p.561, n.5.

¹⁶⁰PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. “Art. 12º. (...) 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.” In http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/, acesso em 15.04.2006, às 23h50.

¹⁶¹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.558/559.

específico do direito fundamental. Os direitos postuladores de uma referência humana afastam a titularidade de pessoas colectivas: direito à vida (art. 24º), direito de constituir família e de celebrar casamento (art. 36º), liberdade de consciência (art. 41º). Em fórmula sintética e aproximada: as pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais. As pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais como a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião e a liberdade de profissão, devendo no entanto neste âmbito de direitos fundamentais extensivos às pessoas colectivas verificar-se, caso a caso, se o domínio da norma é aplicável às pessoas jurídicas.

Em face dessa distinção entre “direitos coletivos” e “direitos de pessoas coletivas” é que Canotilho afirma haver certos direitos que não pertencem aos indivíduos, mas sim às pessoas coletivas¹⁶², como o direito de antena, que pertence aos partidos políticos e às organizações sindicais e profissionais¹⁶³, ou o direito de participação na legislação trabalhista¹⁶⁴, que pertence às

¹⁶²KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito* (trad. CORTÊS, António Ulisses). p.157. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

¹⁶³PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. “Art. 40º. (*Direitos de antena, de resposta e de réplica política*). 1. *Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão.* 2. *Os partidos políticos representados na Assembléia da República, e que não façam parte do Governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas assembleias legislativas regionais.* 3. *Nos períodos eleitorais os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei.”* In http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/, acesso em 15.04.2006, às 23h55.

¹⁶⁴PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. “Artigo 54º. (*Comissões de trabalhadores*). (...) 5. *Constituem direitos das comissões de trabalhadores: (...) d) Participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector;”* In http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/, acesso em 15.04.2006, às 23h55.

comissões de trabalhadores¹⁶⁵.

Segundo esta linha de raciocínio, os direitos fundamentais coletivos se aproximam mais dos direitos políticos do que, propriamente, dos direitos de liberdade como, aliás, reconhecia Celso Ribeiro Bastos ao comentar o direito de petição na vigente Constituição brasileira:

O direito de petição pode ser definido como aquele que, exercitável por qualquer pessoa, tem por objetivo apresentar um pleito de interesse pessoal ou de interesse coletivo, visando com isto obter uma medida que considera mais condizente com o interesse público, Ele tem, pois, este caráter inequivocamente bifrontal. De um lado, pode estar voltado à defesa de um interesse pessoal, daí a sua correta inserção dentro dos direitos individuais, como também pode surgir em socorro da Constituição, das leis ou do interesse geral, caso em que mais se configura um direito de participação política. Nesta última hipótese, ele é exercitável independentemente da existência de qualquer lesão de interesses próprios. É o cidadão surgindo em defesa do interesse geral. Daí ter andado muito bem a Constituição portuguesa, que catalogou este direito no rol dos políticos e que sem dúvida acaba por configurar um instrumento de participação dos cidadãos na vida política.

Qualquer pessoa pode exercê-lo seja ela física ou jurídica, individual ou coletivamente.

No mesmo sentido é o ensinamento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁶⁶, quando afirmam que “o direito de petição pode ser exercitado em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, e, por isso, “pode assumir uma índole individual ou coletiva”, acrescentando que no texto constitucional não há restrições, permitindo que o direito de petição

¹⁶⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.561, n.5.

¹⁶⁶Op. cit., p.176, n.2.2.

tutele *“todas as espécies de direitos, quer de índole individual, quer coletiva.”*

Explicando com vista ao direito internacional, Leite Sampaio diz que os direitos coletivos *“são direitos de grupos ou comunidades oponíveis ao próprio ou outro Estado, bem como às estruturas e organismos globais, situando-se, ao mesmo tempo, entre os direitos do indivíduo contra o Estado e os direitos de um Estado contra os outros e para além deles”*¹⁶⁷.

4.3.3. Traço marcante: o direito de um não exclui o de outro

No plano constitucional, mais particularmente quanto aos direitos fundamentais, o que caracteriza um direito para ser qualificado como coletivo não é o fato de pertencer a um grupo, classe ou categoria de pessoas que, tendo em comum um objeto indivisível, vinculam-se por laços jurídicos, mas sim a impossibilidade de ser exercido a título exclusivo por uma única pessoa¹⁶⁸.

Neste sentido, depois de comparar os direitos coletivos com o direito de propriedade e constatar que esse é direito individual de cada pessoa em relação à coisa, Cristina Queiroz diz¹⁶⁹:

Contudo, eu não sou proprietário de um direito que apenas posso gozar “colectivamente”, de modo individual, com os outros. Os “direitos colectivos” definem-se pelo seu carácter de “não-exclusividade” de apropriação e de gozo. Exemplo disso será o “direito ao espaço aéreo.” Aí se determina o acesso igual de todos os Estados. O mesmo se poderia dizer da declaração dos “Fundos

¹⁶⁷SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais (retórica e historicidade)*. p.295. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁶⁸QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. p.155. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

¹⁶⁹*Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.155.

Marinhos” como “patrimônio comum da humanidade.” Em ambos os casos, o bem jurídico é posto ao serviço de todos os Estados, sem exceção, sendo declarado insusceptível de apropriação individual.

Os direitos coletivos se aproximam mais dos denominados direitos sociais do que dos direitos individuais, aliás, como também nota José Afonso da Silva, que sobre eles assim diz¹⁷⁰:

Houve propostas, na Constituinte, de abrir-se um capítulo próprio para os direitos coletivos. Nele seriam incluídos direitos, tais como o de acesso à terra urbana e rural, para nela trabalhar e morar, o de acesso de todos ao trabalho, o direito a transporte coletivo, à energia, ao saneamento básico, o direito ao meio ambiente sadio, o direito à melhoria da qualidade de vida, o direito à preservação da paisagem e da identidade histórica e cultural da coletividade, o direito às informações do Poder Público a requerimento de sindicatos e associações em geral (que o Senador Paulo Bisol chamou de visibilidade e corregedoria social dos poderes), os direitos de reunião, de associação e de sindicalização, o direito de manifestação coletiva, incluindo-se aí o direito de greve, o direito de controle do mercado de bens e serviços essenciais à população e os direitos de petição e de participação direta.

O próprio autor lembra que vários desses direitos tipicamente coletivos são encontrados ao longo do texto constitucional *“caracterizados, na maior parte, como direitos sociais,”* como os seguintes: liberdade de associação profissional e sindical¹⁷¹ (arts. 8º e 37, VI); direito de greve (arts. 9º e 37, VII); direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10).

¹⁷⁰Curso de direito constitucional positivo. Op. cit., p.174, n.4.

¹⁷¹LASTRA, José Manuel Lastra. *La libertad individual y colectiva del trabajo ¿en pugna con la constitución?* In Boletín Mexicano de derecho comparado. Num. 104, may./ago./2002. Ciudad de México: Institutos de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/104/art/art3.htm>, acesso em 30.06.2006, às 23h05.

Continuando a exemplificação, o professor aponta, ainda, a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); e os caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XI, e 61, § 2º, bem como o instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º¹⁷².

Mais adiante, completa dizendo que somente *“as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX)”* e o *“direito de entidades associativas representar seus filiados (art. 5º, XXI) e de receber informações de interesse coletivo (art. 5º)”* e de *“petição (art. 5º, XXXV, “a”)* restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos, embora não sejam *“propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e de associação.”*¹⁷³

4.4. Conclusão e estágio atual

Com base nas várias correntes ou acepções, pode-se concluir que a distinção entre direitos individuais e coletivos não ocorreu de uma única vez, resultando mesmo de um processo histórico com início em doutrinas como a de Hobbes¹⁷⁴ e Locke¹⁷⁵: de um direito natural inerente ao ser humano

¹⁷²Curso de direito constitucional positivo. Op. cit., p.175.

¹⁷³Curso de direito constitucional positivo. Op. cit., p.175.

¹⁷⁴Apud SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.4. *“El hombre es básicamente malo: lobo para el hombre. Una sociedad civilizada es aquella que sustituye el apetito de destrucción de todo hombre hacia su semejante, por el acumulación ilimitada de riquezas. La lucha subsiste, pero moderada y según las reglas de juego legales que fija el Estado. Todo tiene su precio e puede venderse; justo es que los individuos pacten libremente. Ao Estado le toca velar por el cumplimiento de los contratos.”*

¹⁷⁵Apud SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.4. *“Locke subraya la presencia de derechos naturales, previos al Estado. Éste existe, sustancialmente, para asegurar a cada uno su propiedad (vida, libertad y bienes de una persona). Como los hombres son libres, pueden vender su trabajo. Si esto pasa, el*

oponível a todos os demais, a direitos que, embora possam ser exercidos por cada um, não excluem os de outros.

Com isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais de primeira geração eram direitos estritamente individuais, tanto que até mesmo os autores que não aceitam ou criticam essa forma de classificação, preferindo outras, como dimensões¹⁷⁶, famílias ou naipes¹⁷⁷, referem-se àquela fase como o constitucionalismo individual ou liberal.

Por seu turno, os direitos coletivos são direitos sociais, não necessariamente aqueles como tais considerados no art. 6º da Constituição Federal de 1988¹⁷⁸, mas sim direitos que a todos pertencem e que caracterizam a denominada *dupla dimensionalidade* da qual fala Hesse¹⁷⁹.

Sobre essa dupla dimensionalidade, Guerra Filho, remetendo-se a Hesse, diz que a primeira é a que marca os direitos fundamentais como direitos subjetivos, individuais, e a segunda, objetiva, expressando "*valores almejados por toda a comunidade política*"¹⁸⁰. Mais especificamente, insiste

serviente adquiere el derecho al salario, pero carece de tiempo y de cultura para actuar políticamente: no es correcto, entonces, concederle el sufragio. En definitiva, todos son inicialmente libres e iguales, pero con el tiempo los empleados pierden sus derechos políticos."

¹⁷⁶TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. p.358. São Paulo: Saraiva, 2002. Diz o autor: "*São direitos de primeira dimensão aqueles surgidos com o Estado Liberal do Século XVIII. Foi a primeira categoria de direitos humanos surgida, e que engloba, atualmente, os chamados direitos individuais e direitos políticos.*"

¹⁷⁷ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.117. São Paulo: LTr, 2005.

¹⁷⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*"

¹⁷⁹HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. 20.ed. KECK, Luís Afonso). p.228, n.279. Porto Alegre: SAFE, 1998.

¹⁸⁰GUERRA Filho, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito*. In *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1.ed., 2.tir., p.279.

em que a dupla dimensionalidade resulta da necessária combinação entre interesses de cada pessoa, individualmente, com os da comunidade. São suas as palavras:

O reconhecimento da "dupla dimensionalidade" ou do "duplo caráter" (Doppelcharakter – Hesse) dos direitos fundamentais resulta da percepção da tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política, que seria a harmonização dos interesses de seus membros, individualmente considerados, com aqueles interesses de toda a comunidade, ou de parte dela – de onde se ter a possibilidade de individualizar três ordens distintas desse interesse: interesses individuais, interesses coletivos ou "supra-individuais", onde se incluem os chamados "interesses difusos" e interesses gerais ou públicos."¹⁸¹

Em linhas finais, pode-se dizer que direitos coletivos também são direitos individuais com a peculiaridade de não serem passíveis de instituição em benefício exclusivo de uma pessoa – como o direito à vida, liberdade ou propriedade – mas sim em benefício da comunidade como um todo, de modo que o exercício por um não prejudique aos demais.

Neste sentido, são direitos coletivos os seguintes, entre muitos outros: direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder; direito de reunião; direito de associação em suas múltiplas formas; direito de greve; direito ao meio ambiente sadio; direito de fiscalizar a Administração Pública por vias administrativas ou judiciais; direito de participar do processo democrático, votando ou apresentando projetos de lei.

Sem embargo, é preciso ter em conta que, a despeito da

São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁸¹GUERRA Filho, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1.ed., 2.tir., pp.279/280. São Paulo: Malheiros, 2003.

impossibilidade de existência de uma sociedade livre, fraterna, justa e solidária sem o reconhecimento e proteção de direitos coletivos¹⁸², os direitos individuais devem prevalecer¹⁸³, não porque haja hierarquia entre as duas espécies, mas porque não há “direitos contra direitos fundamentais”¹⁸⁴, e esses são essencialmente direitos individuais¹⁸⁵.

¹⁸²O individualismo liberal do Século XVIII provocou enorme foço social, porquanto as classes mais abastadas exploravam quanto podiam as menos privilegiadas. Em meados do Século XIX, mais da metade dos nascimentos nos grandes centros da França ocorria fora do casamento, e cerca de cento e vinte mil crianças viviam abandonadas. O caos social era enorme e reclamava mudanças radicais e urgentes, em que as pessoas tivessem preponderância sobre a propriedade, ao contrário do que até ali se praticava; o constitucionalismo da primeira etapa não tinha mecanismos contra a acumulação de riquezas e nem protegia os menos afortunados. Cfr.: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, pp.9/11.

¹⁸³PAPA LEÃO XIII. CARTA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM” DO PAPA LEÃO XIII SOBRE A CONDIÇÃO DOS OPERÁRIOS, DE 15.10.1891. Nesta Encíclica, que aborda em profundidade a condição dos operários, Leão XIII alertou para a importância do direito de propriedade, que é, sem dúvida, um característico direito individual reconhecido em todos os tempos. Disse o Papa naquela encíclica: “5. Mas, e isso parece ainda mais grave, o remédio proposto está em oposição flagrante com a justiça, porque a propriedade particular e pessoal é, para o homem, de direito natural. Há, efetivamente, sobre esse ponto de vista, uma grandíssima diferença entre o homem e os animais destituídos de razão. Estes não se governam a si mesmos; são dirigidos e governados pela natureza, mediante um duplo instinto, que, por um lado, conserva a sua atividade sempre viva e lhes devolve as forças, por outro, provoca e circunscribe ao mesmo tempo cada um dos seus movimentos. O primeiro instinto leva-os à conservação e à defesa da sua própria vida; o segundo, à propagação da espécie; e este duplo resultado obtem-no facilmente pelo uso das coisas presentes e postas ao seu alcance. Por outro lado seriam incapazes de transpor esses limites, porque são movidos pelos sentidos e por cada objeto particular que os sentidos percebem. Muito diferente é a natureza humana. Primeiramente, no homem reside, em sua perfeição, toda virtude da natureza sensitiva, e desde logo lhe pertence, não menos que a esta, gozar dos objetos físicos e corpóreos. Mas a vida sensitiva ainda mesmo possuída em toda a sua plenitude, não só não abraça toda a natureza humana, mas é - lhe muito inferior e própria para lhe obedecer e ser-lhe sujeita. O que em nós se avanteja, o que nos faz homens, nos distingue essencialmente do animal, é a razão ou a inteligência, e em virtude desta prerrogativa deve reconhecer-se ao homem não só a faculdade geral de usar das coisas exteriores, mas ainda o direito estável e perpétuo de as possuir, tanto as que se consomem pelo uso, como as que permanecem depois de nos terem servido.” In http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html, acesso em 03.03.2006, às 08h50.

¹⁸⁴ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.156. São Paulo: LTr, 2005.

¹⁸⁵EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Tratado de derecho constitucional (constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina)*. v.1, p.438. Buenos Aires: Depalma, 1993. “Se realizarmos uma enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, possivelmente grande parte das respostas

5. DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO NÃO-FUNDAMENTAL

5.1. O caráter binário do direito sob o prisma da fundamentalidade

Em 1666, enquanto completava seus estudos universitários e bem antes de inventar sua calculadora de rodas dentadas, o alemão Gottfried Wilhelm Leibniz¹⁸⁶ descobriu, meio que por acaso, o que acabaria se tornando conhecido como sistema binário¹⁸⁷, método que, empregando duas unidades fixas, permite chegar a resultados exatos.

O sistema binário é utilizado pelos computadores, independente do tamanho ou finalidade, e significa, em essência, o tráfego de informações expresso pelos números zero e um representando¹⁸⁸, por assim dizer, o “desligado” ou “ligado” que ocorre nos seus circuitos eletrônicos. Com isso, ou o computador está ligado ou desligado, não havendo espaço para situação intermediária.

Do sistema binário decorre a denominada “oposição binária”, que é a relação entre dois traços distintivos de sorte que a escolha de um implica exclusão do outro¹⁸⁹.

Talvez se estejam a perguntar o que sistema binário tem a ver com o

apontaria em primeiro lugar o direito à vida e abaixo deste o direito à dignidade. O argumento que aparenta ser decisivo é que sem vida não é possível a dignidade. Esta afirmação pode parecer de grande impacto, contudo é errônea. Implica uma transposição de lugares. De um ponto de vista biológico, é certo que não é concebível a dignidade em um ser inerte, em uma pedra, ou em um vegetal. Assim como se afirma que sem vida não há dignidade (o que aceitamos somente de um enfoque biológico), nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era vida a dos escravos tratados como animais que servem para trabalhar e reproduzir-se? Biologicamente sim, mas eticamente não”.

¹⁸⁶NOVA ENCICLOPÉDIA BARSÁ. v.8, p.495. São Paulo: Encyclopédia Britannica do Brasil, 1998.

¹⁸⁷NOVÍSSIMA ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. v.1, p.289. Rio de Janeiro: Delta, 1982.

¹⁸⁸GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. v.5, p.777. Rio de Janeiro: Círculo do Livro, 1987.

¹⁸⁹GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. v.5, p.777. Rio de Janeiro: Círculo do Livro, 1987.

estudo dos direitos fundamentais e, aparentemente, nada tem mesmo¹⁹⁰. Mas, parece que na vida quase tudo é binário ou *pelo menos* binário¹⁹¹: se é bonito, não é feio; se é rico, não é pobre; se é alto, não é baixo; se é casado, não é solteiro; se é gordo, não é magro; se está vivo, não está morto; se pagou, não deixou de pagar; se é fundamental, não é não-fundamental...¹⁹²

Exatamente por isso – porque se algo é fundamental, não pode ser considerado não-fundamental, da mesma forma que o não-fundamental não pode ser fundamental¹⁹³ – é que se fez este pequeno esforço pelo passado, para estabelecer uma comparação entre os direitos fundamentais e não-fundamentais com o sistema binário.

Por outros termos, a existência de direitos qualificados como fundamentais indica a de direitos não-fundamentais, e é identificando aqueles que se descobrem estes, o que não deixa de ser uma forma binária de

¹⁹⁰STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6.ed., p.109. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. O autor também se refere à binariedade em certo trecho de explicação dos princípios gerais do Direito: "*O princípio da igualdade, por exemplo, serve para admitir, em determinados casos, o retorno da desigualdade na igualdade. Por isto, nem mesmo a dogmática tem a pretensão de que os princípios não sejam contraditórios entre si. Eles são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binariedade do código do legal e do ilegal*".

¹⁹¹Merece destaque o termo "pelo menos binário" pelo qual se quer dizer que o sistema binário aqui mencionado é figurativo, pois é certo que até mesmo entre os exemplos citados não há necessidade de ir aos extremos. Quem não é bonito, não significa que seja feio, necessariamente. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). p.41. Madrid: Centro de Estudios, 2004: "*No se trata de nada distinto a una manera de expresar la idea del óptimo de parte: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore*".

¹⁹²Cfr.: FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. (trad. MUCHAIL, Salma Tannus). 6.ed., pp.319 a 360, cap. IX (*O homem e seus duplos*). São Paulo: Martins Fontes, 1992.

¹⁹³MARTINS Neto, João dos Passos. *Direitos fundamentais (conceito, função tipos)*. p.79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. "*De fato, a incorporação do adjetivo fundamental ou substantivo direito, quando empregada essa palavra no sentido subjetivo, não só indica que existem direitos subjetivos fundamentais e direitos subjetivos não-fundamentais, como também que o segredo da diferenciação entre uns e outros está na fundamentalidade dos primeiros e na não-fundamentalidade dos segundos*".

classificar os *direitos*.

Sob o subtítulo que enfeixa este tópico – direito fundamental e direito não-fundamental – pretende-se analisar o significado do adjetivo “fundamental” que qualifica alguns direitos e garantias, deixando fora outros tantos, cujo elenco, naturalmente, é maior¹⁹⁴.

5.2. O significado do qualificativo “fundamental”

Por que, em uma constituição, há direitos que são denominados de fundamentais, se entre eles parece que nem todos são indispensáveis para o ser humano? O que, realmente, os distingue de outros direitos que não recebem a mesma denominação? O que é fundamental?

Respostas a esses questionamentos são relevantíssimas para o que se pretende neste trabalho – mais uma vez, diga-se, delimitado a interpretar um dispositivo constitucional que trata da eficácia jurídica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, mas que se localiza no capítulo que trata somente dos direitos e deveres individuais e coletivos, sem abarcar todo o elenco de direitos fundamentais.

Para alcançar o objetivo proposto, que consiste em identificar as razões pelas quais determinados direitos são considerados fundamentais, qualificação que se nega a outros, senão de forma expressa pelo menos por não incluí-los no rol dos fundamentais, cabe desde logo responder o que é fundamental,

¹⁹⁴BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos* (trad. esp. ROIG, Assis). p.57. Madrid: Sistema, 1991. O autor sustenta que há direitos sem fundamento, especialmente os direitos de liberdade e os direitos sociais exercidos pelos mesmos sujeitos, por isso diz que não “há direitos fundamentais por sua própria natureza.” Vd. tb. sobre direitos sem fundamento: BACCELLI, Luca. *Derechos sin fundamento. In Los fundamentos de los derechos fundamentales* (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed., pp.197/214. Madrid: Trotta, 2005.

cuidando-se para não incidir em definição circular¹⁹⁵.

Com efeito, circular é a forma de conceituação ou definição em que se inclui o seu objeto na própria definição ou conceituação, é dizer, inclui o *definiendum* no *definiens*^{196 197}, como, de certa forma, acabou incidindo o grande dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁹⁸ ao dizer que *fundamental* é o que serve de fundamento, é básico, essencial ou necessário.

Para dizer que fundamental é o que serve de fundamento, é preciso saber, justamente, o que é fundamento, e para saber o que é fundamento, é preciso saber o que é fundamental.

Logo, não basta dizer que direitos fundamentais são direitos que servem de fundamento para outros, mesmo porque, como se verá, nem todos os que são taxados de fundamentais servem, efetivamente, como “fundamentos” para outros direitos.

¹⁹⁵Sobre definição circular, assim diz MANOSSO, Radamés: “É o enunciado no qual se define um conceito usando-se o conceito na tentativa de definição. De outro modo, para entender uma definição circular, o conceito definido tem que ser conhecido nos termos em que a definição deveria estar dando a conhecer.” In *Elementos de retórica*, www.radames.manosso.nom.br/retorica/definicao, acesso em 26.02.2006, às 09h30.

¹⁹⁶SCHWARTSMAN, Hélio. Folha on line. 23.09.2004. In <http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult510u163.shtml>, acesso em 20.04.2006, às 23h59. “Se a idéia é dar ao cidadão instrumentos para responsabilizar médicos por suas condutas, como o projeto também sugere que é, basta que se estabeleça uma definição circular do tipo “ato médico é toda e qualquer ação executada por médico habilitado no exercício de suas funções”.

¹⁹⁷Um exemplo de definição circular aparece na prova do exame vestibular da UNICAMP, comentada pelos professores quanto ao verbo “ficar.” Ao indagar ao filho (ou filha) o que é “ficar”, o pai houve como resposta “ficar é ficar.” Em seus comentários, os professores dizem que a resposta é “uma definição circular que nada esclarece (“ficar é ficar”), sugerindo que não é possível compreender a nova forma de relacionamento, a não ser vivendo-a.” In http://www.convest.unicamp.br/vest_antiores/2001/download/comentadas/LPortuguesa.pdf, acesso em 28.02.2006, às 10h30.

¹⁹⁸*Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed., rev. e aum., p.820. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

5.3. O significado de fundamental em “lei fundamental”

Em termos constitucionais e usando o mesmo sentido de necessariedade empregado por Buarque Holanda¹⁹⁹, Ferdinand Lassale se perguntou e respondeu em conferência proferida em abril de 1862 a um grupo de pessoas, em Berlim, que uma constituição é a “lei fundamental do país”²⁰⁰.

Mas, ciente de que a resposta não era bastante para afastar dúvida sobre o que seja uma constituição, continuou sua exposição revelando quais idéias e noções ligam-na ao termo “fundamental.” São suas as seguintes palavras²⁰¹:

1º. Que a lei fundamental seja uma lei que se aprofunde mais do que as leis correntes, como já seu próprio predicado de “fundamental” indica.

2º. Que constitua – pois de outro modo não mereceria chamar-se fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis; ou seja, que a lei fundamental, se realmente pretende ser credora desse nome, deverá informar e engendrar as demais leis ordinárias baseadas nela. A lei fundamental, para sê-lo, teria, pois, de atuar e irradiar através das leis ordinárias do país.

3º. Mas as coisas que têm fundamento não o são por capricho, podendo ser também de outro modo, senão que sejam assim porque necessariamente têm de ser. O fundamento a que correspondem não lhes permite ser de outro modo. Somente as coisas carentes de um fundamento, que são as coisas casuais e fortuitas, podem ser como são ou de outro modo qualquer.

Para Lassale, a constituição é lei fundamental porque se aprofunda mais

¹⁹⁹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Op. cit., p.820.

²⁰⁰LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 3.ed., p.40. São Paulo: Lider, 2001.

²⁰¹LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Op. cit., p.40.

que as outras, das quais é condição e base de existência.

A existência de leis fundamentais data pelo menos do Século XVI²⁰², quando, em França, distinguiram-se *lois du royaume* e *lois du roi*, aquelas, as leis fundamentais pelas quais o rei governa, e estas, as leis pelas quais é governado²⁰³.

Em suas magistrais aulas no curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a professora Maria Garcia também chega à mesma conclusão dizendo, sinteticamente, que *“algo é fundamental quando é a origem de outros, seu fundamento de validade e aquilo que é necessário*

²⁰²ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias*. In *Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides)* (orgs. GRAU, Eros Roberto, e GUERRA Filho, Willis Santiago). 1.ed., 2.tir., p.380, n.II. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁰³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.59/60, n.5. *“A ideia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monarcómacos franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre “lois de royaume” e “lois du roi”. Estas últimas eram feitas pelo rei e, por conseguinte, a ele competia modificá-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de lex terrae e de direito natural que o rei devia respeitar.”* Na nota de rodapé n.11 (pp.59/60), o autor noticia, com base em A. Lemaire, que o termo “lei fundamental” foi utilizado pela primeira vez em 1576 a propósito de declarações do duque de Alençon. Em francês, o folheto assim dizia, ainda segundo citação canotilhana: *“Amais à la vérité il est par dessus la loy, comme l’édifice est par dessus son fondement, lequel on ne peut abbatre sans que l’édifice tombe. Aussi quand l’on abbat les lois fondamentales d’un royaume, le royaume, le roy et la royauté qui son basties dessus tombent quand et quand. Bien est vray qu’il y a bien en un, royaume aucunes loix (voire beaucoup), qui se peuvent changer, corriger et abolir, selon la circonstance du temps et des personnes et qualité d’affaires; mais les lois fondamentales d’un royaume ne se peuvent jarrimais abolir, que royaume ne tombe bien tost après. Ce sont les lois dont Monsieur entendi ici parler, et dont il lui déplaiet de les voir violes, et mal observées en France”*. Tradução livre: *“Mas na verdade, ele está por cima da lei, como o edifício está por cima de seu alicerce, que não se pode derrubar sem que o edifício caia. Por isso, quando se derrubam as leis fundamentais de um reino, o reino, o rei e a realeza que são edificadas por cima, caem um depois do outro. É verdade que num reino existem algumas (ou muitas) leis que se podem mudar, corrigir e abolir, conforme as circunstâncias do tempo e das pessoas, e a qualidade do assunto; mas as leis fundamentais de um reino nunca se podem abolir, senão o reino cai logo em seguida. São as leis das quais Monsenhor ouviu aqui falar, e que ele não gosta ver transgredidas e mal observadas na França”*.

para a existência de outros”²⁰⁴.

Carmem Lúcia Antunes Rocha também conceitua a constituição como lei fundamental por ser a base para as demais²⁰⁵:

A expressão “Lei Fundamental” contém, assim, a noção de que sem seu conteúdo se definem o modelo de Estado e as bases de Direito saber as quais se elaboram as demais normas que formam o sistema vigente em determinada sociedade estatal. Lei fundamental é a Constituição porque ela dá os fundamentos sobre os quais se haverá de erguer a construção jurídica, pauta das condutas do Poder Público e mesmo garantia dos direitos dos cidadãos.

Admitindo algo como fundamental por ser a origem, fundamento de validade e condição de existência de outros, pode-se dizer que a constituição é lei fundamental por ser a fonte de onde derivam as demais leis, que nela se delimitam e se embasam, sem poder ir além e nem ficar aquém²⁰⁶.

²⁰⁴A referência é uma homenagem à professora, de quem fui aluno, mas não há como precisar a data em que disse, sendo certo que constam de anotações que fiz em suas aulas sobre “*interpretação da constituição*” no segundo semestre de 2003.

²⁰⁵ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit., p.381.

²⁰⁶KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho* (trad. esp. TEREJINA, Jorge G.). p.108. Buenos Aires: Losada, 1941. O autor desenvolve a teoria explicando que o Direito regula sua própria criação, de modo que uma norma jurídica decorre de outra e todas decorrem da constituição que, assim, assume o papel de lei fundamental. São seus os seguintes termos: “*El análisis de la conciencia jurídica positiva que pone al descubierto la función de la norma fundamental, saca a relucir también una singular particularidad del Derecho; éste regula su propia creación; de manera que una norma jurídica regula el procedimiento en que es producida otra norma jurídica, y también, en diverso grado, el contenido de la norma a producirse. Puesto que debido al carácter dinámico del Derecho una norma vale porque y en tanto fue producida en una forma determinada, esto es, en una forma determinada por otra norma, esta última representa para aquélla el fundamento de validez. La relación entre la norma determinante de la producción de otra y la norma producida en la forma fijada, puede representarse con la imagen espacial del orden superior y del inferior. La norma que determina la producción es la más alta, y la producida en la forma fijada es la norma más baja. El orden jurídico no es, por tanto, un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de las otras, por así decir, sino un orden gradado de diferentes capas de normas. Su unidad es restaurada por la conexión que resulta de que la producción y, por tanto, la validez de la una, se remonta a la otra, cuya validez está a su vez determinada por otra; retorno éste que desemboca por último en la norma fundamental, en la regla hipotética fundamental, y por ende en el supremo fundamento de validez, en aquel que crea la unidad de esta*

5.4. Mesmos termos devem ter os mesmos significados

5.4.1. Noções

Por outro lado, se a palavra “fundamental” significa – em termos conceituais de constituição²⁰⁷ – que a constituição é a norma-base para as demais, a mesma palavra – especialmente porque empregada na mesma constituição que teve os mesmos autores²⁰⁸ – deve valer para explicar o significado de direito fundamental.

Não se pretende negar que há palavras²⁰⁹ – e não são poucas –

serie de actos creadores.” É a esta forma de expor o modo de organizar o ordenamento jurídico que a doutrina denomina de “pirâmide de Kelsen”, a qual é aceita por outros, como BOBBIO, Norberto (*Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed., p.49. Brasília: UNB, 1999) e NADER, Paulo (*Introdução ao estudo do direito*. 21.ed., rev. e ampl., p.374, n.220. Rio de Janeiro: Forense, 2001).

²⁰⁷ Aliás, a Constituição alemã é denominada de “*Loi fondamentale pour la République fédérale d’Allemagne, du 23 mai 1949*”, conforme consta do site <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>, acesso em 27.02.2006, às 08h35, na versão em francês, ou em veráculo: “*Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23.05.1949*”.

²⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Op. cit., p.89, n.116, “a.” O autor adverte sobre a possibilidade de a mesma palavra ser empregada com mais de um sentido, ou, ao contrário, vários vocábulos terem o mesmo significado. Por isso, ensina que se deve “*examinar não só o vocábulo em si, mas também em conjunto, em conexão com outros; e indagar do seu significado em mais de um trecho da mesma lei, ou repositório. Em regra, só do complexo das palavras empregadas se deduz a verdadeira acepção de cada uma, bem como a idéia inserta no dispositivo?*” Em outro trecho (p.90), acrescenta: “*No Direito Público usam mais dos vocábulos no sentido técnico; em Direito Privado, na acepção vulgar. Em qualquer caso, entretanto, quando haja antinomia entre os dois significados, prefira-se o adotado geralmente pelo mesmo autor, ou legislador, conforme as inferências deduzíveis do contexto.*”

²⁰⁹ A importância da palavra como forma de comunicação é ressaltada desde a Antigüidade, como se vê do seguinte trecho de Sócrates, que viveu entre 436 a 338 a.C.: “*Com efeito, os restantes dons que possuímos não nos tornam superiores aos animais; pelo contrário, somos até inferiores a muitos destes em rapidez, em força e em todas as demais qualidades. Mas a capacidade, em nós depositada, de nos convencer uns aos outros e de chegarmos a mútuo entendimento acerca de tudo o que queremos, não só nos liberta do tipo de vida dos animais, mas permite agrupar-nos para vivermos em comum, fundarmos Estados, criarmos leis e inventarmos artes. Foi a palavra que nos permitiu realizar quase tudo o que criamos em matéria de civilização. Foi ela que estabeleceu normas sobre o justo e o injusto, o belo e o feio, sem a ordenação das quais seríamos incapazes de conviver com os outros. É ela que nos permite acusar os maus e reconhecer os bons. É graças a ela que educamos os ignorantes e conhecemos os inteligentes. A capacidade de falar é, pois, o sinal mais importante da razão humana. O emprego verdadeiro, justo e legal da palavra é a imagem duma alma boa e digna de*

polissêmicas, as quais apresentam mais de um sentido, mas sim que a boa técnica recomenda não se empregar a mesma palavra para designar institutos diversos, nem se denominar institutos iguais com palavras diversas²¹⁰.

Lincoln Castro, professor das universidades Estácio de Sá e Federal Fluminense, assim se manifesta sobre a problemática da linguagem:

A linguagem conceitual tem as seguintes características: é inerente à filosofia e às ciências; procura dar às palavras sentido direto e não figurado, evitando analogia (semelhança entre palavras e sons) e metáfora (uso de palavras para substituir outras, criando sentido poético para expressão do sentido); evita uso de palavras carregadas de múltiplos sentidos, procurando fazer com que cada palavra tenha sentido próprio e que seu sentido vincule-se ao contexto no qual a palavra é empregada; procura convencer e persuadir por meio de argumentos, raciocínios e provas; busca definir o mundo real, decifrando-o e superando as aparências; busca focalizar o presente, a atualidade²¹¹.

Na busca de precisão terminológica, deve-se ter em vista que a expressão “fundamental” aparece várias vezes no texto constitucional, especialmente no capítulo sobre Educação, que começa pelo ensino fundamental, assim como aparece outras vezes no plural “fundamentais”, ora designando os “princípios fundamentais”, ora os “direitos e garantias”, os

confiança. É com o auxílio da palavra que discutimos o duvidoso e investigamos o desconhecido... Se, em resumo, quiséssemos determinar este poder, veríamos que nada de quanto no mundo acontece de modo racional acontece sem a palavra, mas é esta o guia de toda ação e de todo pensamento. E os que maior uso fazem dela são os que têm mais espírito". Apud BUZZI, Arcângelo R.. Introdução ao pensar (o ser, o conhecimento, a linguagem). 31.ed., p.239. Petrópoles: Vozes, 2004.

²¹⁰BUZAIID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Item 26. "O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes."

²¹¹CASTRO, Lincoln Antônio de. *Direito e linguagem*. In http://www.suigeneris.pro.br/direito_id_11.htm, acesso em 19.04.2006, às 15h40.

“objetivos” ou as “liberdades fundamentais.”

Em todas essas aplicações não há dificuldade para compreender o sentido comum, de que fundamental é algo essencial e condição para existência de outros: “ensino fundamental” significa que sem ele não se chega aos níveis mais avançados da escolaridade; “princípios fundamentais” significa que são as bases sobre as quais se estruturam o próprio Estado brasileiro.

Por sua vez, “objetivos fundamentais” são as metas primárias a serem alcançadas como elementares e necessárias para a própria justificação do Estado; “liberdades fundamentais” são inerentes ao próprio ser humano.

Admitindo-se a constituição como lei fundamental por ser a base do ordenamento jurídico²¹², segundo a concepção kelseniana²¹³, analogicamente pode-se dizer – em primeiras explicações²¹⁴ – que fundamentais são os direitos sobre os quais os demais se assentam²¹⁵.

5.4.2. Apelo ao significado da palavra

Trata-se nada mais que a simples adoção da técnica de interpretação

²¹²Sobre “ordenamento jurídico”: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* (trad. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos). 10.ed. Brasília: UNB, 1999.

²¹³KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho* (trad. esp. TEREJINA, Jorge G.). p.108. Buenos Aires: Losada, 1941.

²¹⁴Ressalte que são “primeiras explicações”, porque o tema será retomado em momento mais oportuno para conceituar os direitos fundamentais, quando se verá que alguns são fundamentais somente por terem sido contemplados com esse *status* pelo poder constituinte, mas não são, propriamente, fundamentais.

²¹⁵Merece realce, também, a verdade de que os direitos fundamentais só gozam do *status* e da importância que se lhes tem sido dedicado por estarem positivados em norma constitucional, pois, como afirma Canotilho, “*sem esta positivação jurídico-constitucional os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional*”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.497, n.III). Certos direitos são fundamentais porque sem eles não haveria (ou de nada adiantaria haver) outros: sem direito à vida não adiantaria, por exemplo, reconhecer direito à saúde.

segundo a qual – salvo exceções – a mesma expressão não pode receber, no mesmo ordenamento jurídico, mais de um significado²¹⁶, assim como o mesmo instituto não pode receber denominações diferentes²¹⁷.

Neste sentido, exemplifica Karl Larenz com o termo “filho” que onde for empregado só pode significar “filho”, não alcançando outros parentes, nem excluindo filhos casados ou priorizando filhos solteiros²¹⁸:

O termo “filhos” (no sentido de uma relação de parentesco) compreende no seu âmbito nuclear, segundo o uso lingüístico geral, os filhos carnais (descendentes em primeiro grau) da pessoa. O Tribunal Administrativo Federal (cf. supra, 1ª) interpretou o termo neste sentido, portanto, estritamente. Uma interpretação que tivesse incluído os enteados, os filhos adotivos e, eventualmente mesmo, os genros e noras, seria, em contrapartida, uma interpretação ampla. Incluir também os netos transcenderia os limites do sentido literal possível; aqui seria só uma questão de analogia. Tão-pouco o sentido literal permite interpretar o termo de modo a que nem sequer

²¹⁶CHILE. CÓDIGO CIVIL DE CHILE. “Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. Art. 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.” In <http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil.html>, acesso em 28.02.2006, às 11h50.

²¹⁷BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 95, DE 26.02.1998. “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...) II. para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;”

²¹⁸LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (trad. LAMEGO, José). 4.ed., p.501. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005).

incluisse todos os filhos carnais, por exemplo, os filhos casados. Acrescentar algo que restringisse o sentido literal à sua extensão mínima possível, de modo a excluir os filhos casados, não seria já interpretação, mas alteração da norma; só seria possível por via de uma "redução teleológica."

Assim sendo, direito fundamental deve ser compreendido como um direito-base para outros, que dele dependem para sua própria existência.

5.4.3. A posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal adota essa técnica de interpretação, empregando o mesmo significado para as mesmas expressões, como se pode ver de certo trecho de acórdão em que interpretou a expressão "*causas decididas em única ou última instância*" constante dos arts. 102, III, e 105, III²¹⁹, da Constituição Federal²²⁰:

1. A expressão "causas decididas em única ou última instância" que se encontra tanto no inciso III do artigo 102 quanto no inciso III do artigo 105, ambos da Constituição atual e que consubstancia um dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, por não distinguir decisão interlocutória de decisão que extingue o processo, abarca uma e outra, desde que sejam tomadas em única ou última instância.

Esse é o entendimento que, de longa data, se firmou nesta Corte onde, em face de Constituições anteriores que se utilizavam dessa mesma expressão com referência ao recurso extraordinário, se prolataram decisões, como as invocadas por um dos ora recorrentes,

²¹⁹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...). III. julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:"

²²⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...). III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:"

no sentido de que cabe esse recurso “contra decisão interlocutória ou proferida em agravo, desde que definitiva” (RE 53.124), “contra decisão proferida em agravo, ou contra decisão interlocutória, desde que definitiva” (AI 24.434) e “de decisão de caráter interlocutório, quando ela configura uma questão federal, encerrada definitivamente nas instâncias locais” (RE 57.728)²²¹

No julgamento de recurso extraordinário contra decisão que declarara inelegível irmã da concubina de prefeito com supedâneo no art. 14, § 7º, da Constituição Federal²²², que se refere ao cônjuge e parentes consangüíneos e afins dos chefes de Poder Executivo, o Tribunal assentou que entidade familiar²²³ e família²²⁴ são expressões distintas, cada qual com o seu significado, por isso não podem receber o mesmo tratamento.

Consta de certo trecho do voto condutor²²⁵:

Eis um caso típico de mau trato ao texto constitucional, o que aliás ficou assentado quando esta Corte analisou, creio que pela última vez, a matéria, pouco importando que o tenha feito sob a óptica da Constituição de 1969, pois idênticos os preceitos relativos ao tema.

O § 7º do artigo 14 da Carta de 1988 repete a norma proibitiva da

²²¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 157903/ES, relator ministro Moreira Alves, julgamento 16/09/2000, DJ 10-08-2000 pp-00010 ement vol-01999-04 pp-006.

²²²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 14. § 7º. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”

²²³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 226. (...). § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

²²⁴BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

²²⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 157868/PB, relator ministro Marco Aurélio, julgamento 02/12/1992, DJ 28-05-1993 pp-10389 ement vol-01705-04 pp-00747 RTJ vol-00148-02 pp-00634.

letra "d" do § 1º do artigo 151 da Constituição de 1969, considerada a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982, e esta Corte, enfrentando situação inversa, ou seja, na qual o Tribunal Superior Eleitoral concluiu pela elegibilidade da irmã da concubina de prefeito e assim teve-a diante da ligação exclusivamente eclesiástica, consignou, contra um único voto, inexistente a violência ao dispositivo.

A contrario sensu, se agora, neste processo, foi declarada a inelegibilidade e se ambos os dispositivos são idênticos, outra não pode ser a conclusão, senão a do enquadramento do extraordinário o permissivo da alínea "a" do inciso III do artigo 102 de Carta com o que prevalecerão a eficácia do que nela se contém sem ampliações, por mais chegadas à moralidade pública que o sejam, e, alfim, a vontade popular, no que eleita a Recorrente.

Como se vê, trata-se de mais um caso em que a técnica de interpretação adotada não permitiu imprimir o mesmo significado a termos diferentes, assim como não permitiria imprimir tratamento diverso a termos iguais²²⁶.

²²⁶Não se defende, com isso, que o método gramatical ou literal de interpretação seja determinante exclusivo, nem mesmo que seja melhor ou superior em relação aos demais. A doutrina é unânime neste sentido. Cfr.: (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (trad. LAMEGO, José). 4.ed., p.485. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005). Defende-se tão-somente que a palavra é o ponto de partida para qualquer interpretação e, em princípio, deve ser interpretada segundo o sentido comum. Por isso, firma-se a premissa de que, como regra geral, o sentido da palavra em determinado dispositivo deve ser o mesmo quando empregada em outro dispositivo, especialmente da mesma lei ou constituição (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Op. cit., p.89, n.116, "a"). A jurisprudência compartilha desse entendimento, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça ao considerar correta decisão de instância inferior que tomou como parâmetro o conceito de "pequena propriedade rural" da Lei nº 8.629, de 25.02.1993, – cujo objetivo é regulamentar o art. 185, inciso I, da Constituição Federal – para considerar impenhorável certo imóvel com amparo no art. 5º, XXVI, da mesma Constituição Federal, que também se refere à "pequena propriedade rural": "EMENTA: 1. Na linha de precedentes da Corte não vulnera lei federal a "decisão que se utiliza do conceito de pequena propriedade, assim como definido na Lei nº 8.629/93, para considerar impenhorável área rural com 19 hectares" (...). REsp 149363/PR, relator ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento 04/02/1999, DJ 12.04.1999, p.144, in

5.5. O significado de fundamental em “direitos fundamentais”

O significado de fundamental quando empregado para qualificar os direitos fundamentais tem sido controvertido, aparecendo como direitos do homem, direitos do cidadão ou direitos individuais, entre outras variações, conforme anota Canotilho²²⁷.

Discorrendo sobre sua teoria estrutural dos direitos fundamentais, Alexy afirma que quem passar os olhos sobre *“la caracterización teórico-estructural de los derechos fundamentales y de las normas de derechos fundamentales que uno encuentra en la jurisprudencia y en la literatura, lo que se obtiene es una imagen casi desconcertante”*, pois à primeira vista os considera como direitos individuais, por um lado, e, por outro, como princípios objetivos²²⁸.

Por sua vez, Medina Guerrero²²⁹ sustenta que se pode entender os direitos fundamentais como *“haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación - conectado con el ámbito material que da nombre al derecho - que la constitución reconoce inmediatamente a sus titulares”*.

Para Aguiar de Luque²³⁰, *“los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles*

http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=R Esp+149363&b=ACOR, acesso em 23.05.2006, às 03h12.

²²⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.517/522.

²²⁸ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp.39/40.

²²⁹GUERRERO, Manoel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. p.11. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

²³⁰LUQUE, Aguiar Luiz. *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*. In *Revista de Derecho Político*. ISSN 0211-979X, n. 18/19, p.20. Madrid: Universidade Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1983.

restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos".

Sem embargo, a fidelidade ao brocardo *ubi eaden ratio eaden legis dispositio esse debet* – onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal²³¹ – faz com que se adotem, para explicar o que seja direito fundamental, as mesmas explicações adotadas para explicar por que a constituição é lei fundamental.

Sobre o significado do adjetivo fundamental qualificando os direitos, Maria Garcia é enfática, na obra em que analisa a desobediência civil como um direito fundamental, dizendo expressamente²³²:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Segundo esse entendimento, o adjetivo "fundamental" adicionado ao substantivo "direito" significa que direitos fundamentais são aqueles sem os quais o ser humano não existe, ou, se existe, não terá outros direitos, e tais são a vida, igualdade, a liberdade e a segurança, que são espécies de direitos naturais.

6. CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1. Noções

Formular um conceito é a arte de representar um objeto por meio de

²³¹NEVES, Iedo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. 3.ed. rev.e ampl., s.p.. Rio de Janeiro: FASE, 1990.

²³²GARCIA, Maria. *Desobediência civil (direito fundamental)*. p.164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

suas características gerais²³³, ou o *“modo de entender a respeito de certa pessoa ou coisa, para poder qualificá-la ou defini-la”*²³⁴, tarefa que nem sempre se mostra fácil, tanto que os romanos já diziam *omni definitio periculosa est*, é dizer, toda definição é perigosa.

O problema conceitual dos direitos fundamentais vai além do sentido literal das expressões “direito” e “fundamental”, variando mesmo no tempo e no espaço, no dizer de Canotilho, especialmente quando se toma a segunda como algo que subordina os demais²³⁵.

Em artigo que integra obra coletiva com o mesmo nome²³⁶, José Augusto Delgado, abordando alguns institutos do direito tributário, como os conceitos de renda e de direitos fundamentais, reconhece não ser fácil a tarefa de conceituação desses últimos. São suas as palavras:

Esse movimento reflete natureza de maior repercussão para o sistema aplicado para regular a estrutura e o exercício das funções de Estado e do seu relacionamento com os administrados e destes entre si, embora se saiba que não é tarefa revestida de facilidade a conceituação de direitos fundamentais.

Canotilho traça distinções entre vários termos: “direitos do homem e direitos fundamentais”; “direitos do homem e direitos do cidadão”; “direitos naturais e direitos civis”; “direitos civis e liberdades ou direitos políticos”; “direitos civis e direitos ou liberdades individuais”; “direitos e liberdades públicas”; “direitos e garantias”; “direitos fundamentais e direitos de

²³³FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Op. cit., p.454.

²³⁴NEVES, Iedo Batista. Op. cit., s/p, in “conceito’.”

²³⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed., p.517. Coimbra: Almedina, 1993.

²³⁶*Direitos fundamentais do contribuinte* (coord. MARTINS Ives Gandra da Silva). p.83. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária (co-edição), 2000.

personalidade”; “direitos e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais”; “direitos fundamentais e garantias institucionais”²³⁷.

As distinções conceituais entre os vários termos nem sempre são nítidas, como a primeira, entre direitos do homem e direitos fundamentais, porquanto diz Canotilho que *“os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”*²³⁸.

Alexy prefere conceituar os direitos fundamentais tendo em conta dimensões formal, material e procedimental em que a primeira considera fundamentais os direitos como tais designados pela norma constitucional, enquanto a segunda decorreria do seu próprio conteúdo e a terceira, leva em conta o procedimento necessário para se alterá-los, exigindo regras especiais diferentes das do processo legislativo ordinário²³⁹.

O próprio tradutor de Alexy também não é seguro ao conceituar os direitos fundamentais, admitindo expressamente que *“es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero”*, acrescentando que

*(...) este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada un de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica*²⁴⁰.

²³⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.517/521.

²³⁸*Direito constitucional*. Op. cit., p.517, I, a.

²³⁹ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). pp.21/31. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

²⁴⁰PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

Ferrajoli, por sua vez, prefere simplificar o problema adotando conceituação meramente formal ou estrutural para os direitos fundamentais ao dizer que

(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo o derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas²⁴¹.

Mas, atentando para o que diz Ferrajoli, nota-se desde logo uma contradição, pois embora afirme optar por conceito formal ou estrutural – o que dá a idéia de inserção de direitos fundamentais em capítulo próprio da constituição – os considera fundamentais a partir de determinado conteúdo, especificamente os direitos subjetivos que pertencem a cada pessoa.

De sua parte, Maurizio Fioravante vê os direitos fundamentais sob perspectivas *“historicista, individualista o estatalista”²⁴²*.

Confrontando os conceitos uns com os outros, vê-se que acabam conduzindo ao mesmo resultado, de ligar os direitos fundamentais com os direitos inerentes ao indivíduo, como a vida, liberdade, igualdade e propriedade, assim como todos acabam por admitir que a partir do primeiro

p.77. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

²⁴¹FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed., p.19, n.1. Madrid: Trotta, 2005.

²⁴²*Los derechos fundamentales (apuntes de historia de las constituciones)*. 4.ed., p.25. Madrid: Trotta, 2003.

quarto do Século XX, houve uma ampliação do catálogo, para compreender, também, os direitos do trabalhador²⁴³.

Por tudo isso, a epígrafe deste tópico está grafada no plural, sugerindo que não existe um conceito único para os direitos fundamentais, embora os mais próximos sejam os que os relacionam com o *catálogo constitucional* ou com o *conteúdo*.

Sampaio Dória²⁴⁴ adota outra forma de explicar os direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, os homens os têm, só por serem homens, como o de vida, o de locomoção, o de associação, o de pensamento, o de possuir. Nenhum título legal é condição para a existência destes direitos.

Mas, mais adiante o professor, distinguindo os direitos fundamentais dos direitos adquiridos, explica que só há dois limites para os primeiros: o respeito a igual direito de outrem e o respeito às condições da sociedade organizada²⁴⁵. Finalmente, acrescenta:

Em resumo, os direitos do homem ou são fundamentais, ou são adquiridos.

Os adquiridos têm sua cidadela de defesa contra abusos de poder, na garantia constitucional, que veda ao poder "prescrever leis retroativas".

Os fundamentais, necessário é, primeiro, que se distingam em dois grupos: os que se acham expostos, no seu natural exercício, às violências ou coações, por ilegalidade ou abusos de poder, e os que

²⁴³CRISTINA, M.M.. Queiroz. Op. cit., p.29, "c."

²⁴⁴DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito constitucional (curso e comentários à Constituição)*. 3.ed., t.2, p.252. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.

²⁴⁵*Direito constitucional (curso e comentários à Constituição)*. Op. cit., p.252.

de seu natural não são passíveis de tais violências ou coações.

Feita a distinção, a segurança jurídica requer a inserção dos primeiros em constituição escrita, garantidos por habeas-corpus, mandados de segurança, interditos possessórios, e outros instrumentos de garantia judiciária, ao alcance de todos.

Os direitos do homem e suas garantias contra ilegalidades, ou abusos de poder, são marcos que fronteirizam o mandato político, limites sagrados que a nação soberana se dá a si mesma, numa inspiração divina, quando promulgue sua constituição política. Nem ao povo na praça pública, inorgânico, apaixonável, nem ao governo, no legislativo ou no executivo, é prudente confiar um poder onipotente, ainda que no intuito de assegurar aos indivíduos seus direitos, e lhes promover o bem comum, de que o mais alto é o respeito à liberdade²⁴⁶.

Sahid Maluf prefere distinguir os direitos fundamentais em absolutos e relativos: aqueles, os supraestatais por não dependerem de lei específica – vida e liberdade em suas variadas acepções; estes, dependentes de regulamentação legislativa, por isso, sujeitos a limitações decorrentes do interesse social²⁴⁷.

Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁸ diz que os direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional²⁴⁹.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e

²⁴⁶DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito constitucional (curso e comentários à Constituição)*. Op. cit., p.254.

²⁴⁷*Direito constitucional*. 17.ed., p.394. São Paulo: Saraiva, 1985.

²⁴⁸MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.10, jan./2002. In www.direitopublico.com.br, acesso em 26.02.2006, às 23h37.

²⁴⁹ALEXY, Robert (*Teoría de los derechos fundamentales*. p.48. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002) não concorda com a conceituação de direitos fundamentais como direitos subjetivos. Para ele, não basta, nem é essencial, que um direito seja subjetivo para que seja fundamental, pois direito objetivo também pode ser erigido a este *status*.

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

Outros autores também oferecem seus conceitos²⁵⁰. Jorge Miranda sustenta que os direitos fundamentais são posições jurídicas subjetivas das pessoas, dizendo-o nos seguintes termos²⁵¹:

(...) entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na constituição, seja na constituição formal, seja na constituição material donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Para José Afonso da Silva²⁵², a melhor expressão é “direitos fundamentais do homem”, por abranger os princípios e designar as prerrogativas e instituições concretizadoras da garantia de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

²⁵⁰MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais (Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência)*. p.39. São Paulo: Atlas, 1997. “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.” CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio Enrique Pérez, CID, B. Castro, e TORRES, G. Gomes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. p.43. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. “(...) um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional ou internacional”.

²⁵¹MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2.ed., t.IV, p.397. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

²⁵²*Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed., p.174. São Paulo: Malheiros, 1991.

Ingo Wolfgang Sarlet considera a expressão “direitos fundamentais”, em o complemento “do homem” mais acertada²⁵³:

(...) a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como suas variações, porquanto ao menos como termos genéricos anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível de direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.

Essa variedade de modos de exprimir os direitos fundamentais mostra que não há um conceito uniforme, embora se sobressaia a identificação de direitos fundamentais com direitos humanos.

Mas, os direitos humanos pertencem a todos os indivíduos, independente de previsão em determinado ordenamento jurídico-constitucional, enquanto fundamentais são estes mesmos direitos, mas elevados à categoria de fundamentais por expressa previsão constitucional²⁵⁴.

Logo, há pelo menos duas espécies de direitos fundamentais – ou pelo menos duas formas de classificá-los utilmente: os formais e os materiais.

6.2. Direitos fundamentais formais e materiais

Entende-se por direitos fundamentais formais os que constam do

²⁵³A *eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed., p.40. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²⁵⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p.517.

catálogo próprio da constituição por terem sido reconhecidos como fundamentais pelo poder constituinte, enquanto materiais, constando ou não no catálogo constitucional, dizem respeito ao ser humano²⁵⁵, por isso não deixam de ser direitos fundamentais mesmo quando dispersos na constituição ou constem apenas de normas infraconstitucionais.

A distinção entre direitos fundamentais formais e materiais decorre da necessária – mas nem sempre fácil ou clara – distinção entre disposição e norma de direito fundamental²⁵⁶ que se deve, acima de tudo, a uma indagação de Alexy: sobre que base ou critérios uma norma, sem considerar a ordem jurídica em que se acha, pode ser considerada norma de direito fundamental?²⁵⁷

Luigi Ferrajoli opta pela conceituação meramente formal dos direitos fundamentais, não se interessando pelo problema da fundamentação²⁵⁸:

(...) son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Em resposta ao seu próprio questionamento, Alexy distingue “norma de

²⁵⁵BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* (trad. esp. PULIDO, Carlos Bernal). p.34. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

²⁵⁶BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.26 n.2.

²⁵⁷ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.62, n.II.

²⁵⁸*Derechos fundamentales: La ley del más débil*. 2.ed., p.42. Madrid: Trotta, 2001.

*derecho fundamental y disposición de derecho fundamental*²⁵⁹ citando como exemplo da primeira o art. 16, § 2º, n.1, da Lei Fundamental de Bonn, que assegura a não-extradição de nenhum alemão.

Para ele, esse enunciado tem um comando normativo, por isso é norma, que, por versar sobre direito fundamental, norma de direito fundamental, mais freqüentemente denominada de “disposição de direito fundamental.”²⁶⁰

O fator determinante para que um direito seja fundamental, diz Alexy citando Carl Schmitt, seria apenas e tão-somente o fato de pertencer “*al fundamento mismo del Estado*”, como tal considerado apenas o grupo dos direitos individuais de liberdade²⁶¹.

Estes seriam os direitos fundamentais em sentido estrito, é dizer, os direitos fundamentais materiais, pois teriam essa natureza não pelo fato de pertencer a um catálogo, mas sim em face de sua natureza²⁶².

Mas, Alexy vê problemas neste tipo de classificação dos direitos fundamentais porque, delimitando-os aos direitos de liberdade, não seriam fundamentais os que, a despeito de serem relacionados no catálogo próprio, não se referirem a ela, como, por exemplo, o “*otorgamiento de condiciones mínimas de existencia*”²⁶³.

Ademais, acrescenta Alexy, ainda para refutar o critério proposto por Schmitt – que se apegava a critérios material e estrutural –, que uma disposição

²⁵⁹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.63, n.1.

²⁶⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.63, n.1.

²⁶¹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.63, n.1.

²⁶²ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.64.

²⁶³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.64.

que contivesse um direito objetivo sem correspondência com direito subjetivo – como o art. 7º, § 1º, da Lei Fundamental de Bonn, que põe todo o sistema escolar sob a supervisão do Estado – não seria direito fundamental, embora constante do catálogo²⁶⁴. É o que diz:

Una definición del concepto de derecho fundamental orientada por este tipo de tesis materiales y estructurales tiene inconvenientes. Desde el primer momento, vincula el concepto de derecho fundamental con una determinada concepción del Estado, con respecto a la cual existen dudas de que sea la concepción de la Ley Fundamental. Un derecho tal como el del otorgamiento de condiciones mínimas de existencia, aun cuando pudiera ser fundamentado en normas del catálogo de derechos fundamentales no podría ser llamado "derecho fundamental" ya que tiene una estructura diferente a la del derecho de libertad del Estado liberal de derecho. Por ello, es aconsejable no limitar de antemano el concepto de derecho fundamental – y, por lo tanto, el de la norma de derecho fundamental – en la manera propuesta por Schmitt.

El criterio de Schmitt está caracterizado por el hecho de que vincula recíprocamente elementos materiales y estructurales. Se podría pensar que es posible evitar la no deseada limitación del concepto de derecho fundamental teniendo tan sólo en cuenta si la norma estatuida por una disposición de la Ley Fundamental confiere un derecho subjetivo, cualesquiera que sean sus características. De esta manera se obtendría un criterio puramente estructural. De acuerdo con este criterio puramente estructural, el artículo 7 párrafo 1 LF: "Todo el sistema escolar se encuentra bajo la supervisión del Estado", no formularía ninguna disposición de derecho fundamental y, por lo tanto, no expresaría ninguna norma de derecho fundamental. Esto tendría la ventaja de que como "norma de derecho fundamental", tal como sugiere la expresión, sólo podría ser designada aquella que confiera un derecho subjetivo.

²⁶⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp.64/65.

Da mesma forma, os critérios meramente material e estrutural de Schmitt negariam natureza de direito fundamental à disposição que, a despeito de manter íntima conexão com os direitos fundamentais, definisse direito subjetivo, como diz Alexy²⁶⁵:

Sin embargo, tendría el inconveniente de que normas que se encuentran en estrecha conexión sistemática y contextual con normas de derechos fundamentales que confieren derechos subjetivos, no podrían ser ya subsumidas bajo el concepto que mejor expresa esta conexión. Esto y el hecho de que una utilización amplia de expresiones tales como "norma de derecho fundamental" o "disposición de derecho fundamental" responde a la tradición de la dogmática del derecho constitucional, justifican la no aceptación de este criterio.

Por todos esses inconvenientes, Alexy prefere classificar os direitos fundamentais unicamente pelo critério formal, como tais considerando apenas os que integram o catálogo próprio da constituição. São suas as palavras:

Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio formal, que apunte a la forma de la positivización. Por lo tanto, de acuerdo con este criterio, todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado "Derechos fundamentales" (artículos 1-19 LF) son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de aquello que sea estatuido por ellos. Sin embargo, el círculo de aquello que es abarcado de esta manera es demasiado estrecho. No hay duda que una serie de otras disposiciones de la Ley Fundamental, como por ejemplo, la del artículo 103 párrafo 1 LF que dice que todos tienen el derecho a ser oídos judicialmente, expresa una norma de derecho fundamental. Para la identificación de estas disposiciones a las que Fr. Klein ha llamado correctamente "las disposiciones satélites

²⁶⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.65.

correspondientes", se ofrece como criterio formal el catálogo de derechos designados simplemente como "derechos" en el artículo 93 párrafo 1 n° 4a LF y con respecto a los cuales esta disposición admite el recurso de inconstitucionalidad. Si se vinculan los dos criterios que se refieren al texto de la Constitución, es posible definir provisionalmente los conceptos de disposición de derecho fundamental y de norma de derecho fundamental de la siguiente manera: disposiciones de derecho fundamental son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 LF y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 LF que confieren derechos individuales. Normas de derecho fundamental son las normas directamente expresadas por estos enunciados²⁶⁶.

A linha proposta por Alexy é muito tênue para classificar os direitos fundamentais, especialmente porque parece contradizer-se ao optar por um critério formal, considerando como tais aqueles constantes do catálogo próprio (arts. 1º a 19 da Lei Fundamental), cujo título é, exatamente, "Dos Direitos Fundamentais", mas mesmo assim inclui os arts. 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104, que tratam de outros temas, como a Organização do Estado, o que sugere conceito material.

Mas, Alexy não está só, pelo menos quanto à distinção entre disposições de direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais. Em "*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*", Bernal Pulido também se refere a elas explicando que as primeiras são os enunciados constantes de uma constituição que versam sobre direitos fundamentais, enquanto as segundas constituem "*el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental*"²⁶⁷.

²⁶⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.65.

²⁶⁷PULIDO, Carlos Bernal. Op. cit., p.78, n.2, e p.79, n.3.

Este autor, no entanto –, que cita Alexy para indicar a distinção entre disposições de direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais – faz questão de frisar que no direito espanhol a tendência é considerar somente as normas constantes do catálogo como consagradoras de direitos fundamentais.

Em últimas palavras, pode-se dizer, com Bernal Pulido²⁶⁸, que as normas de direitos fundamentais são proposições prescritivas do dever-ser ditadas pelas disposições jusfundamentais constitucionais, mas, conforme o caso, outras que lhes sejam conexas também podem ser acrescentadas.

Por sua vez, Ferrara²⁶⁹ também distingue a norma – a lei – do seu texto – as palavras. Para ele, o texto não se confunde com a lei por ser mais amplo, pois *“as palavras são símbolos e portadoras de pensamento, mas podem ser defeituosas.”*

De forma mais clara e objetiva, Riccardo Guastini²⁷⁰ diz que enquanto a disposição jurídica é um enunciado da norma, esta é o conteúdo semântico daquela, é dizer, a disposição é o que está escrito, e a norma, o significado que se extrai do escrito como resultado do processo interpretativo. Mais especificamente, assim diz:

Llamo disposición a todo enunciado que sea parte de un documento normativo, o sea a todo enunciado de discurso de las fuentes; llamo norma a todo enunciado que constituya el sentido o significado adscrito (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una

²⁶⁸PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Op. cit., p.80.

²⁶⁹FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis* (trad. MIRANDA, Joaquim Campos de). p.24. Belo Horizonte: Lider, 2005.

²⁷⁰*Le fonti del diritto e l'interpretazione*. pp.17 e segts. Milano: Giuffrè, 1993.

combinación de fragmentos de disposiciones). En otros términos, se puede también decir así: la disposición es (parte de) un texto que aún debe ser interpretado; la norma es (parte de) un texto interpretado²⁷¹.

Em resumo, disposição de direito fundamental é o texto escrito, constante do catálogo próprio, enquanto norma de direito fundamental é o sentido que se extrai desse escrito.

6.3. A posição do Tribunal Constitucional espanhol

Sem embargo de ter concordado com Alexy, de que direitos fundamentais são os previstos no catálogo próprio, inclusive dizendo que assim o é na Espanha, Bernal Pulido cita em nota de rodapé um caso em que o Tribunal Constitucional admitiu como fundamental direito de outra natureza, mas conexo com direitos fundamentais.

O exemplo citado – e nas mesmas palavras – é o que se segue abaixo²⁷²:

Como ejemplo puede citarse el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dado al artículo 119 CE, como derecho vinculante para el Legislador, en razón de su nexa con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE:

“El derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 C.E.) es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.

²⁷¹No mesmo sentido: CRISAFULLI, Vezio. *Disposizione (e norma)*. In Enciclopedia del diritto. v.XIII, p.197. Milano: Giuffrè, 1964, in http://www.diritto.it/materiali/processuale_civile/guastini.html, acesso em 28.02.2006, às 23h30.

²⁷²PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Op. cit., p.79, nota 5.

Sin embargo, al llevar a cabo la referida configuración legal, el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos, como el que aquí nos ocupa, en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional (STC 16/1994, FJ 3º).

Con posterioridad, en el FJ 4º de la STC 12/ 1998, el Tribunal Constitucional incluso ha llegado a enjuiciar la proporcionalidad de las restricciones legislativas impuestas al derecho enunciado por el artículo 119 CE:

“A la luz de esta doctrina constitucional, no cabe afirmar que el requisito de la sostenibilidad de la pretensión del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, requisito que ha sido impuesto por el legislador en el marco de su libertad de configuración normativa del derecho consagrado en el artículo 119 C.E., y mediante el que se insta un límite legal al libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos que carecen de recursos económicos suficientes para litigar, no goce de una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada”.

Não parece que este seja o único caso em que o Tribunal admitiu como fundamental direito não previsto expressamente na Constituição, podendo ser citado também o seguinte, em que ressaltou desde a fundamentalidade implícita, por decorrer de garantia constitucional fundamental²⁷³:

Desde luego, la presunción de inocencia "sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de "pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías". Y no las reúnen aquéllas que

²⁷³ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Num. 25/2005, julgamento de 14/2/2005, BOE 03.03.2005, sala primera, registro nº 2123-2001, recurso de amparo, Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, in http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2005-0025, acesso em 21.04.2006, às 15h48.

han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos pues, "aunque esta prohibición de valoración no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaure, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FFJJ 2 y 3).

Mas, dentro do próprio Tribunal há divergência, como se vê de parte do voto de sua presidente, *magistrada doña María Emilia Casas Baamonde*:

Mi discrepancia se refiere únicamente a la apreciación que la Sentencia efectúa de la existencia de habilitación legislativa para la incorporación a la causa de la analítica obrante en el historial clínico del demandante de amparo posteriormente fallecido y su valoración como prueba por los órganos judiciales (FJ 6 b). En mi opinión, el precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal en que se fundamenta la resolución impugnada de la Audiencia Provincial, el art. 339, no presta a la incorporación al proceso de la analítica practicada la cobertura legal exigida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales. Con independencia de que tal precepto parezca referirse a un tipo de supuestos (medios de "desaparición del cuerpo del delito" o pruebas recogidas "en su defecto") en el que no es subsumible el analizado, es lo cierto que ni esta norma legal ni la más pertinente contenida en el art. 336 LECrim (relativa a la prueba pericial de "las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida") suponen, por su carácter genérico, la "previsión legal específica" necesaria " para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b). No es una mera habilitación legal genérica la que demanda

constitucionalmente la restricción judicial de derechos fundamentales, sino la expresa y concreta previsión de tal restricción.

Do exposto, resulta que o fator determinante para o Tribunal Constitucional Espanhol considerar fundamental um direito não é, necessariamente, a sua inserção no catálogo, tampouco o seu conteúdo, mas pelo menos a conexão com outro direito expressamente catalogado como fundamental.

6.4. A posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro

No Brasil, a posição do Supremo Tribunal Federal é diferente, negando caráter fundamental a direito não previsto no catálogo, mesmo quando conexo com direito fundamental.

Essa orientação tem sido reiterada pelo Tribunal – embora não por unanimidade – quanto ao princípio do duplo grau de jurisdição²⁷⁴ que, a despeito de ser consectário do direito de recorrer aos tribunais, não consta de forma expressa no rol das garantias fundamentais, por isso se admite

²⁷⁴Para estudo mais amplo, cfr.: SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição (conteúdo e alcance constitucional)*. São Paulo: Saraiva, 1999. Depois de ampla exposição de correntes pró e contra o princípio, especialmente sobre se sua natureza é de garantia constitucional ou infraconstitucional, a autora conclui dizendo: “32. Descabe a limitação do recurso de apelação pela Legislação infraconstitucional, ainda que a garantia não esteja expressa na Constituição. Em qualquer circunstância, está assegurado ao jurisdicionado o alcance do duplo grau consistente na possibilidade de uma revisão, com base nas provas e no Direito, do acerto da sentença extintiva do processo originariamente proferida.” Com o devido respeito, a conclusão não se sustenta, mesmo porque é contraditória quando admite que o duplo grau não tem assento constitucional, mas mesmo assim deve ser assegurado ao jurisdicionado o direito de submeter suas querelas às instâncias superiores. Ora, sem assento constitucional esse direito pode ser conferido por lei, e, se cabe à lei instituí-lo, cabe-lhe também excluí-lo ou pelo menos atenuá-lo, casos em que a garantia não existiria ou seria limitada. Há, porém, ordenamentos que incluem o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional fundamental: COSTA RICA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA de 1949. *Artículo 42. Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible*”. In SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituições estrangeiras*. v.2, p.16. Brasília: Senado Federal, 1987.

supressão por meio de norma infraconstitucional.

Se, por um lado, o fato de se relacionar com o direito de recorrer aos tribunais representa direito de acesso à justiça e, por isso, o duplo grau de jurisdição seria direito fundamental, por outro se lhe nega o caráter fundamental pela única e simples razão de não constar expressamente do catálogo constitucional.

O caso foi objeto de debates no recurso ordinário nº 79.785-RJ, interposto contra decisão denegatória de habeas corpus impetrado por paciente que respondeu originariamente a processo criminal perante Tribunal de Justiça, acusado de crime conexo com autoridade que goza de foro especial, enquanto ele, propriamente, responderia perante o juízo de primeiro grau de jurisdição, se não fosse a conexão.

Na petição, o impetrante alegou que seu direito ao duplo grau de jurisdição foi violado porque, tendo sido julgado diretamente pelo Tribunal, e não pelo juiz de primeiro grau, perdeu o direito de recorrer pelos meios ordinários.

Em seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence, relator, citou ampla doutrina contrária e favorável ao reconhecimento do duplo grau de jurisdição como garantia fundamental, mas ao final manteve sua posição, já manifestada em outros julgamentos, negando esse caráter por entender que só é fundamental o que, expressamente, como fundamental houver sido reconhecido pelo poder constituinte e relacionado no rol próprio. Trechos do julgado são os seguintes:

Entendo oportuna uma breve revisão da estatura e do alcance

reconhecidos ao princípio do duplo grau de jurisdição, antes que, já sob a égide do art. 5º, § 2º, da Constituição, a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica – a Convenção Americana de Direitos Humanos – desse novo colorido ao tema. Só era consensual que, explicitamente, apenas a Carta Política do Império, no art. 158, erigira o "duplo grau" em princípio constitucional.

...

Tudo isso me conduziu – sem negar-lhe a importância, mormente como instrumento de controle – à conclusão de que a constituição – na linha de suas antecedentes republicanas – efetivamente não erigiu o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental.

Certo, não desconheço ser ele quase universalmente um princípio geral do processo. Daí, a previsão constitucional de Tribunais cuja função – básica nos de segundo grau (v.g, art. 108, II), e extraordinária, nos Superiores (arts. 105, II, e 121, § 4º, III a V) e até no Supremo (art. 102, II) – é a de constituir-se em órgão de recursos ordinários²⁷⁵.

Portanto, para o Supremo Tribunal Federal, consideram-se fundamentais somente os direitos que, expressamente, constam do catálogo próprio da Constituição Federal.

De fato, essa é a melhor orientação em face do sistema adotado pela Constituição brasileira, especialmente a de 1988, que dedicou um título específico para tratar dos direitos e garantias fundamentais²⁷⁶, enquanto nas anteriores, quando muito, a expressão utilizada era "direitos e garantias

²⁷⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 79785/RJ, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 29/03/2000, DJ 22-11-2002 pp-00057 ement vol-02092-02 pp-00280 RTJ vol-00183-03 pp-01010.

²⁷⁶Não foi, porém, pioneira no uso da expressão, que foi utilizada pela primeira vez na Alemanha, na Constituição de Bayern, de 1818 (ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). p.33. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003).

individuais” ou apenas “declaração de direitos”²⁷⁷.

Segundo nosso atual direito constitucional, fundamental é o direito ou garantia que assim houver sido qualificado pelo constituinte e, sob este rótulo, integra o catálogo constitucional; o que não constar do catálogo, não é direito fundamental.

7. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

7.1. Noções

É ampla²⁷⁸ a doutrina quando divide os direitos fundamentais conforme a época em que passaram a se materializar nas constituições, caracterizando o que se convencionou chamar de “gerações de direitos fundamentais”²⁷⁹.

Há, é certo, autores²⁸⁰ que preferem falar de *dimensões* de direitos fundamentais em lugar de *gerações* de direitos fundamentais, justificando a preferência por considerar a segunda expressão equívoca, ensejando a idéia de que a geração posterior substitui a anterior.

²⁷⁷Cfr.: Constituição de 1824 (arts. 173 a 179: Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros); Constituição de 1891 (Arts. 72 a 78: Declaração de direitos); Constituição de 1934 (Arts. 113 e 114: Dos direitos e garantias individuais); Constituição de 1937 (Arts. 122 e 123: Dos direitos e garantias individuais); Constituição de 1946 (Arts. 141 a 144: Dos direitos e garantias individuais); Constituição de 1967 (Arts. 140 a 151: Da declaração de direitos, com quatro capítulos, sendo o último “Dos direitos e garantias individuais”).

²⁷⁸A despeito de ampla a doutrina, a divisão em gerações tem despertado debates, especialmente quando se tem em conta o direito internacional, onde os direitos sociais – considerados direitos de segunda geração – antecedem aos direitos individuais – considerados de primeira geração. Neste sentido: MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. p.43. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁷⁹FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. p.6. São Paulo: Saraiva, 1995. “8. As três gerações de direitos fundamentais. Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade.”

²⁸⁰BONAVIDES. Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.

Segundo esta concepção, há direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações²⁸¹, embora haja quem defenda a existência de quarta²⁸², quinta²⁸³ e até sexta gerações²⁸⁴, cada qual marcada por características

²⁸¹VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 5.ed., p.22. Rio de Janeiro: Record, 2001. Segundo esse autor, os direitos civis e políticos teriam sido, primeiramente, conquistados no Século XVIII, compreendendo a vida e liberdade, igualdade, propriedade, ir e vir, e, depois, aqueles outros direitos obtidos no Século seguinte, compreendendo o direito de reunião e de associação, participação política e eleitoral, direito de voto, é dizer, seriam os direitos de liberdade e direitos políticos, enquanto os de segunda geração seriam os direitos sociais surgidos no Século XX, que correspondem ao trabalho, saúde, seguridade social e em geral os que propiciam melhores condições de vida e bem-estar social.

²⁸²É controversa a doutrina sobre o que pode ser considerada "quarta geração de direitos fundamentais." SAMPAIO, José Adércio Leite (*Direitos fundamentais*. p.298. Belo Horizonte: Del Rey, 2004) afirma que "Os direitos de quarta geração estão em fase de definição e ainda não despertaram consenso entre os estudiosos. Seriam, para uns, desdobramento da terceira geração, com o destaque necessário para a vida permanente e saudável na e da Terra, compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado, como se afirmou na Carta da Terra ou Declaração do Rio de 1992, repetindo-se no Manifesto de Tenerife e, incluindo-se ao lado da proteção da cultura, na cláusula 9 do Documento Final do Encontro de Ministros da Cultura do Movimento dos Países Não-Alinhados, realizado em Medellín, Colômbia, entre os dias 3 e 5 de setembro de 1997. Reconhecem-se os direitos à vida das gerações futuras; a uma vida saudável e em harmonia com a natureza e ao desenvolvimento sustentável (Tehrarian. 1997a e b; Shabecoff. 1996). Também incluiriam limites ou restrições aos avanços da ciência e especialmente da biotecnologia nos domínios de interferência com a liberdade, a igualdade e dignidade humanas. Assim temos os direitos bioéticos ou biodireitos, referidos à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia (Sá. 2002; Segre. 2002; Amirante. 2004; Baldini. 2004). Lembremos da Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano de 1997 e da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem de 1997, que proíbem discriminações com base em herança genética e a clonagem humana. Há pensadores, no entanto, que encartam na quarta geração os direitos de efetiva participação cidadã que alargaria as fronteiras democráticas. Bonavides (2001) é um deles. O direito à democracia, guindado da primeira para a quarta geração é concebido de forma ampliada como um direito universal de todo o gênero humano e não apenas do cidadão, vazando-se em processos de efetiva participação do povo, "desbloqueado no exercício direto e vital de suas prerrogativas de soberania" (p.60). Logo, para esse autor direitos fundamentais de quarta geração poderiam ser: a) mero desdobramento da terceira geração, com o destaque necessário para a vida permanente e saudável na e da Terra, compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado; b) os direitos à vida das gerações futuras; a uma vida saudável e em harmonia com a natureza e ao desenvolvimento sustentável; c) bioéticos ou biodireitos, referidos à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia; d) os direitos de efetiva participação cidadã que alargariam as fronteiras democráticas. Por sua vez, SIMM, Zeno (*Os direitos fundamentais e a seguridade social*. p.33. São Paulo: LTr, 2005) entende que são direitos fundamentais de quarta geração os "de solidariedade, compreendendo o homem numa visão internacional, ou supranacional, amparando o gênero humano independentemente das fronteiras nacionais."

²⁸³SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. pp.298/302. Belo Horizonte: Del

próprias que se superpõem, sem que o reconhecimento de uma implique exclusão da outra²⁸⁵, assim como há quem propugne o fim da divisão em gerações para não sugerir que uma substitua a outra²⁸⁶.

Discorrendo sobre os direitos de primeira geração, Paulo Bonavides afirma que são direitos individuais da pessoa que marcaram época no Estado liberal-individualista. São suas as palavras²⁸⁷:

(...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Pode-se afirmar que de primeira geração são os direitos subjetivos conferidos aos indivíduos, consistentes no poder de exigir abstenção do Estado quanto a atos que possam violar seus direitos fundamentais; por outros termos, são direitos de exigir do Estado e das autoridades prestações

Rey, 2004. Para o autor, citando Majid Teharian, esses são *"direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida. Reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias de segurança ontológica."*

²⁸⁴ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.103. São Paulo: LTr, 2005. O autor utiliza a expressão "famílias" em lugar de "gerações" ou "dimensões." Em outro ponto (p.117) critica a expressão "gerações" dizendo ser melhor utilizar *"famílias, naipes ou grupos."* Segundo sua classificação, *"a quarta família dos direitos fundamentais seria a constituída pelos decorrentes da manipulação genética, a quinta, pelos direitos derivados da utilização da cibernética e da informática; a sexta, pelos direitos emergentes da globalização"*, mas adverte que o tema *"ainda não foi suficientemente estudado e aguarda aprofundamento que só o tempo pode proporcionar."* Na mesma página, considera a expressão uma metáfora que pode produzir *"falsa noção de sucessão cronológica"* por ensejar a idéia de *"caducidade dos direitos das gerações precedentes"*, e, por isso, afirma que deve ser abolida.

²⁸⁵Há quem afirme que os denominados "direitos de segunda geração" precederam aos de primeira porque teriam sido consagrados pela Organização Internacional do Trabalho em 1919. Neste sentido: ALVES, José Augusto Lindgren. *Cidadania, direitos humanos e globalização*. In Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano 3, pp.92-110. Rio de Janeiro: AMB, 2.semestre/1999. Esta classificação, no entanto, merece reticências...

²⁸⁶WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. p.43. São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁸⁷*Curso de direito constitucional*. 9.ed., p.517. São Paulo: Malheiros, 2000.

negativas²⁸⁸, no sentido de não atrapalhar, embora não precisem auxiliar²⁸⁹.

Mas, é certo que somente prestações negativas não são suficientes para garantir melhor qualidade de vida para os indivíduos; é preciso dotá-los de poder para exigir do Estado que tome providências efetivas para possibilitar o uso e gozo plenos dos direitos fundamentais, o que implica, também, o dever de prestações positivas²⁹⁰.

Para Canotilho, os direitos fundamentais são direitos a atos negativos e positivos:

2. Direitos a acções negativas. Os direitos fundamentais são garantidos como direitos a actos negativos (Abwehrrechte) numa tripla perspectiva: (1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos (ex. art. 37º/2: direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, sem qualquer impedimento ou limitação por parte dos entes públicos); (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjectivas (ex: art. 34º/4: é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações); (3) direito à não eliminação de posições jurídicas (ex: art. 62.º/1 – direito à não eliminação da

²⁸⁸ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.189, n.1.1.1.: "Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho."

²⁸⁹MARTINS Neto, João dos Passos. Op. cit., p.150. "De fato, o que caracteriza os direitos de abstenção não é, propriamente, o dever que pende sobre o poder constituinte derivado de abster-se de revogá-los, assim retirando-lhes a vigência, mas a obrigação imposta tanto aos particulares como ao poder público, inclusive o legislador ordinário, de omitirem atos materiais ou jurídicos que os violem enquanto direitos que permanecem vigentes na órbita da ordem constitucional. A não se entender assim, todo direito fundamental seria direito de abstenção."

²⁹⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.194, n.1.1.2.: "Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el del aquellos cuyo objeto es una acción fáctica el del aquellos cuyo objeto es una acción normativa."

propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte).

3. *Direitos a acções positivas. Muitas normas da constituição consagram direitos dos indivíduos a acções positivas do Estado, quer reconhecendo o direito a uma acção positiva de natureza fáctica (ex.: art. 63º: direito a prestações fácticas inerentes ao direito à segurança social) quer garantindo o direito a um acto positivo de natureza normativa (ex.: direito à protecção do direito à vida através de normas penais, emanadas do Estado). Muitas vezes, designam-se os direitos referidos em primeiro lugar como direitos a prestações fácticas (Leistungsrechte im engere Sinne), e os direitos referidos em segundo lugar como direitos a prestações normativas (Leistungsrechte im weitere Sinne)²⁹¹.*

O reconhecimento da existência de direito a prestações positivas não exclui o direito a prestações negativas; antes, esses direitos se completam²⁹², ou, como diz Alexy *“No se trata de nada distinto a una manera de expresar la idea del óptimo de parte: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore.”*²⁹³

7.2. Carácter duplo dos direitos fundamentais

Justamente por ora traduzirem direitos subjetivos, ora objetivos, aqueles, a faculdade conferida aos destinatários ativos de poder exigir respeito aos seus direitos fundamentais, e estes, a obrigação ditada ao sujeito passivo – em regra o Estado²⁹⁴ –

²⁹¹ *Direito constitucional*. Op. cit., p.538.

²⁹² WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. p.43. São Paulo: Malheiros, 1999. O autor critica a classificação em gerações considerando a expressão uma *“perigosa impropriedade”* que conflita *“com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, especialmente sua indivisibilidade e interdependência, que se contrapõem à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos.”*

²⁹³ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). p.41. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

²⁹⁴ É vastíssima a doutrina que reconhece a existência de direitos fundamentais também frente a particulares, como os seguintes: UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y

para que tome providências concretas para efetivá-los, os direitos fundamentais também podem ser classificados como subjetivos ou objetivos²⁹⁵, atribuindo-se esta última dimensão à jurisprudência alemã.

Com efeito, em julgamento de 15.01.1958 o Tribunal Constitucional examinou amparo impetrado por Lüth, que havia sido demandado por Harland nas instâncias ordinárias em ação de indenização em que alegava prejuízos por causa de sua campanha contra filmes de cunho nazista.

Em essência, Lüth era radialista e, valendo-se desta condição, conclamou a população a boicotar os filmes "*Judia Dulce*" e "*Los amantes inmorables*", dirigidos por Harland, por considerá-los anti-semitas. Harland acionou Lüth judicialmente alegando prejuízos. Vencido em primeira e segunda instâncias, Lüth buscou a tutela jurisdicional do Tribunal Constitucional por meio da ação de amparo.

Decidindo a questão, o Tribunal²⁹⁶ concluiu que "*los derechos fundamentales no son solo derechos de defensa sino normas objetivas de principios, y particularmente se trató el efecto de irradiación o la fuerza expansiva de las prerrogativas fundamentales.*"

Essa orientação vazou fronteiras, podendo ser sentida em expressivo

Constitucionales, 1997; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. pp.181/186. São Paulo: LTr, 2005.

²⁹⁵HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. 20.ed. HECK, Luís Afonso). p.228, n.279. Porto Alegre: SAFE, 1998.

²⁹⁶MARTÍNEZ, Julián Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. Num.15, p.18, n.49, jul/dec/2006. In Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ciudad Universitaria: México, 2003, in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.pdf>, acesso em 15.06.2006, às 14h21.

acórdão da Corte Constitucional da Colômbia que destaca a dupla dimensão dos direitos fundamentais :

La transformación drástica de la teoría del Estado se manifiesta también en la teoría de los derechos fundamentales especialmente en tres puntos:

1. En primer lugar, el catálogo de derechos de libertad, surgidos de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano y de la declaración de Virginia, se amplía introduciendo en el discurso jurídico constitucional una serie de derechos sociales, económicos y culturales, así como reconociendo, posteriormente los llamados derechos colectivos o difusos.

2. En segundo lugar, el carácter normativo de la Constitución y la introducción de nuevas categorías de derechos, obligan al poder público no solo a abstenerse frente a posibles violaciones de los derechos de libertad, sino a actuar positivamente para garantizar, de una parte los derechos de prestación y de otra, el debido respeto y eficacia de aquellos derechos que en la práctica pueden ser vulnerados en las relaciones privadas.

3. Por último, dado que el Estado adquiere un papel activo en la protección de los derechos, se crea un sistema cada vez más completo de garantías, que hace cierta y eficaz la responsabilidad del poder público frente a posibles vulneraciones. De ahí, la existencia de la justicia constitucional y el establecimiento, en la mayoría de los regímenes constitucionales, de un recurso de amparo o tutela judicial efectivo.

Así, en el Estado social de derecho – que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto –, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, mas allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos.

Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre

*el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí*²⁹⁷.

Mas, de volta ao berço da teoria, Hesse, segundo suas próprias palavras, concorda que os direitos fundamentais têm caráter duplo:

*Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por um lado, eles são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, artigos 3º, 4º, 5º, 8º, 9º, da Lei Fundamental), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida (por exemplo, artigo 6º, alínea 1, 14, alínea 1, 5º, alínea 3, da Lei Fundamental). Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, artigo 7º, alínea I, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5, da Lei Fundamental). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos.*²⁹⁸

Por seu turno, o espanhol Manuel Carrasco Durán²⁹⁹ também afirma que os direitos fundamentais têm natureza dupla por serem direitos subjetivos ou objetivos:

²⁹⁷COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-587, de 12.11.1992, relator juiz
Ciro Angarita Baron. In <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Constitucionalidad/C-587-92.htm>, acesso em 10.06.2006, às 19h08. O caso versava sobre ação de inconstitucionalidade contra o art. 279 do Código Penal, que consagra o tipo penal de tortura com sujeito ativo indeterminado. A Corte afirmou que a força vinculante dos direitos constitucionais não se limita a deveres de abstenção por parte do Estado; pelo contrário, são suscetíveis de violação por parte tanto do Estado como dos particulares.

²⁹⁸HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. 20.ed. KECK, Luís Afonso). pp.228/229, n.279. Porto Alegre: SAFE, 1998.

²⁹⁹*Los procesos para la defensa de los derechos fundamentales*. p.31, n.3. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Esta forma de entender los derechos nace con la doctrina acerca de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales, debida a las teorías institucionales de interpretación de los derechos fundamentales, cuyas primeras formulaciones se encuentran en Konrad Hesse y Peter Haberle, y han tenido desarrollo con las tesis acerca de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales debidas a Helmut Willke y Fritz Ossenbühl.

Para a professora Cristina Queiroz, o caráter duplo decorre da coexistência de direitos a prestações positivas e negativas³⁰⁰ pois *“Os direitos fundamentais “transformam-se” em “deveres de acção” do Estado, em “tarefas estaduais”, a desenvolver normativamente pelo poder legislativo e pelo poder judicial.”*

Falando acerca da *“guerra de posições pelos direitos fundamentais”*, expressão que atribui a Peter Haberle, a professora Cristina Queiroz completa sua explicação acerca do caráter dúplice dos direitos fundamentais de forma peremptória:

*(...) o de que a todo direito fundamental material corresponde uma tutela jurisdiccional efectiva, fortemente pluralizada, no quadro de um sistema que apresenta em alto grau uma “finalidade constitucional aberta.”*³⁰¹

Sobre a mesma característica dupla dos direitos fundamentais, Martín-Retortilho se refere à *“doble valencia de los derechos fundamentales o libertades públicas”*, *“al doble caracter que tienen los derechos fundamentales”* para em seguida acrescentar:

En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los

³⁰⁰QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais*. Op. cit., p.97.

³⁰¹QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais*. Op. cit., p.96.

*ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica.*³⁰²

Peter Habermas afirma no mesmo sentido e de modo categórico que “No Estado de prestações, o direito objetivo jusfundamental relevante “vai à frente” do direito (fundamental) subjectivo. Existem mandatos constitucionais (“princípios”) de “uso do direito fundamental” aos quais (ainda) não corresponde nenhum direito subjectivo público”³⁰³.

De fato, em tempos atuais não é possível negar a duplicidade dos direitos fundamentais, seja por consistirem em direitos a prestações positivas e negativas, seja por serem vistos como direitos subjectivos e objetivos³⁰⁴.

7.3. Caráter temporal-espacial

Mas, a prudência recomenda não se perder de vista que a noção de fundamentalidade varia no tempo e no espaço. Algo que nunca foi fundamental pode vir a ser, assim como o que era, deixar de ser; igualmente, algo pode ser fundamental em determinado lugar, mas não em outro³⁰⁵.

³⁰²MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y constitución*. pp.56/57. Madrid: Civitas, 1988.

³⁰³HABERLE, Peter (*apud* QUEIROZ, Cristina M. M.. Op. cit., p.97, n.3).

³⁰⁴ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p.396. São Paulo: LTr, 2005. O autor fala da “dupla função dos direitos fundamentais dos trabalhadores” que “limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva.”

³⁰⁵DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito constitucional (curso e comentários à Constituição)*. 3.ed., t.2, p.256. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953. O autor oferece exata noção prática da questão de “tempo e espaço” quanto aos direitos fundamentais quando, em pequena narrativa comentando a Constituição brasileira de 1946, mostrou que entre a de 1824 e esta, fatores políticos fizeram com que houvesse alteração no

El contenido de lo que es “fundamental” o “no fundamental” para un Estado, depende del criterio juridicopolítico de cada comunidad. Por supuesto, se refiere a la estructuración de los poderes básicos de ese Estado, y a la delimitación de las facultades, competencias y atribuciones de éste, así como al reconocimiento de los derechos personales y sociales que se reputen esenciales. Pero, en ciertas ocasiones, el derecho constitucional se ocupa de asuntos de menor importancia, sea por error del constituyente o porque en un país concreto un tema accesorio tiene allí relevancia constitucional (p.ej., el art. 153 de la Const. de Turquía de 1961, que norma lo referente al uso del sombrero, tema llevado allí a la Constitución como mecanismo de modernización de la República)³⁰⁶.

No mesmo sentido e de forma mais clara, Cristina Queiroz também ensina que os direitos fundamentais variam no espaço e no tempo nos seguintes termos³⁰⁷:

Os direitos fundamentais variam tanto no “espaço” (isto é, segundo o Estado constitucional) como no “tempo” (isto é, segundo o período histórico) no que concerne à “distribuição de papéis” no seu desenvolvimento jurídico. À dependência dos direitos fundamentais do texto constitucional contrapõe-se a sua dependência do “contexto histórico-social” em que se movem.

Talvez seja por isso que o catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 é prodigioso, incluindo desde verdadeiros direitos fundamentais, como a vida, liberdade ou igualdade, até outros cujo

catálogo de direitos fundamentais. É o que diz: “Sete meses de proclamada a República, no decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e, logo depois, na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, artigo 72, revigorou-se, em termos lapidares, a declaração dos direitos do homem, exarado no artigo 179 da Constituição do Império. Trinta e nove anos depois, de 11 de novembro de 1930, instituiu-se um governo provisório, sob o qual o sistema constitucional foi arrasado, para ser restaurado a 16 de julho de 1934. Depois, a 10 de novembro de 1937, as forças armadas ditaram a onipotência irresponsável do presidente, até sua queda, pelas mesmas forças armadas, em outubro de 1945.”

³⁰⁶SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. t.1, p.27. Buenos Aires: Astrea, 1993.

³⁰⁷QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. p.49. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

caráter fundamental é duvidoso, como o valor mínimo das horas extras trabalhadas pelo empregado³⁰⁸.

Ainda comparando as constituições brasileiras para demonstrar a variação dos direitos fundamentais no tempo, vê-se na Constituição Imperial o direito ao socorro público (art. 179, XXXI), não reproduzido nas demais, nem na de 1988 que, no entanto, incluiu a defesa do consumidor, embora a tenha remetido para regulamentação legislativa (art. 5º, XXXII).

Quanto ao espaço, consta da Constituição da República da Coréia, de 12.07.1948, o direito da vítima de crime se manifestar durante o processo³⁰⁹, o que não é próprio de matéria constitucional, porquanto em geral as constituições se limitam a enunciar direitos do acusado.

Caso essa mesma garantia fosse aplicada no Brasil, o acusador – papel normalmente exercido pelo Ministério Público – não poderia deixar de arrolar a vítima como testemunha ou, arrolando-a, dispensar o seu depoimento, e tampouco o juiz dispensá-la, mesmo por dificuldade de ser encontrada³¹⁰.

Uma peculiaridade quanto à garantia contra prisão consta do art. 71, § 3º, da Constituição do Reino da Dinamarca, de 05.06.1953, especificamente para as prisões na Groenlândia:

³⁰⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 7º. (...) XVI. remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;"

³⁰⁹BRASIL. SENADO FEDERAL. CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA CORÉIA. v.6. Brasília: Senado Federal, 1988. "Art. 27. (5) A vítima de um crime terá o direito de emitir uma declaração durante os procedimentos do julgamento do caso em questão, conforme dispuser a lei."

³¹⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 53931/RJ, relator ministro Bilac Pinto, julgamento 16/12/1975, DJ 02-04-1976. "EMENTA: Defesa. Não constitui cerceamento de defesa a dispensa, por parte do juiz, do depoimento da vítima, em decorrência de não ter sido ela encontrada pelo oficial de justiça, não obstante as diligências efetuadas. Pedido de habeas corpus indeferido."

(3) Any person who is taken into custody shall be brought before a judge within twenty-four hours. Where the person taken into custody cannot be release immediately, the judge shall decide, stating the grounds In an order to be given as soon as possible and at the latest within three days, whether the person taken into custody shall be committed to prison, and In cases where he can be released on bail, the judge shall determine the nature and amount of such bail. This provision may be departed from by Statute as far as Greenland is concerned, if for local considerations such departure may be deemed necessary³¹¹.

Segundo essa garantia, a lei poderá revogar as disposições constitucionais acerca da prisão na Groenlândia em razão das condições climáticas.

8. O PAPEL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

8.1. Noções

A doutrina nacional é firme no sentido de que somente os direitos e garantias previstos no título próprio da Constituição de 1988 são fundamentais, donde resta claro que o conceito, entre nós, de direitos fundamentais é formal, não material³¹².

³¹¹DINAMARCA. CONSTITUIÇÃO DO REINO DA DINAMARCA. Tradução livre: "§ 3º. Qualquer indivíduo preso será levado perante um juiz em prazo de vinte e quatro horas. Se ele não puder ser colocado em liberdade imediatamente, o juiz decidirá, através de uma ordem judicial fundamentada que será dada o mais cedo possível e, no mais tardar em três dias, se ele deve ser detido, e, caso ele possa ser colocado em liberdade sob fiança, o juiz fixará a natureza e o montante desta fiança. No que se refere à Groenlândia, essa disposição pode ser revogada por lei se tal medida se impõe tendo em vista as circunstâncias locais." In <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/rsd/rsddocview.html?tbl=RSDLEGAL&id=3ae6b518c&count=7>, acesso em 21.04.2006, às 16h50.

³¹²Nem todos pensam assim, como MIRANDA, Jorge. *Seminário internacional sobre direitos humanos e eficácia policial*. In http://www.igai.pt/publicdocs/Liv_SeDU.pdf, acesso em 21.04.2006, às 16h43. "3. Repetindo uma fórmula que há muito venho adoptando, por direitos fundamentais entendo os direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição,

Na verdade, o conceito de direitos fundamentais é essencial e meramente formal: essencial, porque o direito que não constar do catálogo não é fundamental; meramente porque, constando do catálogo, não se lhe perquire o conteúdo. Com isso, tanto é direito fundamental o direito à vida – o mais elementar de todos – como o direito de assistência aos desamparados constante de uma vazia disposição constitucional, para o qual não foram impostas regras coercitivas para tutelar e garantir o seu exercício.

Pode-se, assim, afirmar que o papel do catálogo de direitos fundamentais é identificador e delimitador: identifica quais são os direitos fundamentais ao reuni-los em um mesmo Título, e este Título os delimita de modo expresso.

8.2. Direitos fundamentais fora do catálogo?

Há, em dispositivos esparsos fora do catálogo-tipo³¹³, outros direitos ou garantias que bem mereceriam o *status* de fundamental, mas não o são, porquanto a conceituação formal ou estrutural só admite como fundamentais os direitos ou garantias como tais reconhecidos constitucionalmente, circunscrevendo-se ao *locus* constitucional próprio.

Dentre os direitos que poderiam ser inseridos no catálogo-tipo podem

seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Esta noção ambivalente – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos."

³¹³ GUETZEVITCH, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional* (trad. MOTA Filho, Cândido). pp.74/75. São Paulo: Nacional, 1933.

ser apontados: o de apresentar projeto de lei para iniciar o processo legislativo³¹⁴; o de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante os órgãos de fiscalização, como o Tribunal de Contas³¹⁵; o de acesso aos cargos públicos³¹⁶; as garantias contra o poder de tributar³¹⁷.

Quanto a esta última, vale a pena registrar as palavras do ministro Marco Aurélio em voto no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 939-DF, quando frisou que as *garantias constitucionais* não se limitam ao art. 5º da Constituição Federal, alcançando – como no caso julgado – as limitações ao poder de tributar:

(...) em primeiro lugar, registro minha convicção firme e categórica de que não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do

³¹⁴BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 61. (...). § 2º. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

³¹⁵BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 74. (...). § 2º. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

³¹⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 37. I. os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”

³¹⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I. exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; III. cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; IV. utilizar tributo com efeito de confisco; v. estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; VI. instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

artigo 5º da Lei Básica de 1988. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas - as do Estado e as de cada cidadão considerado de per se³¹⁸.

Merece destaque a expressão utilizada “garantias constitucionais” e não “garantias fundamentais”, pois as garantias individuais são cláusulas pétreas³¹⁹, independente de serem ou não serem fundamentais³²⁰.

Admitindo essa distinção de tratamento entre direitos previstos na Constituição – que trata uns como fundamentais e outros, por via de exclusão, como não-fundamentais – Gregório Robles³²¹ explica que os primeiros são “direitos subjetivos privilegiados” caracterizados, por um lado, por gozarem de situação normativa preferencial e, por outro, por serem mais protegidos que os não-fundamentais.

Segundo esse pensamento, não há exatamente um catálogo próprio para os direitos fundamentais, os quais podem ser dispersos pelo texto constitucional. Canotilho tem o mesmo entendimento:

O amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados direitos fundamentais

³¹⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 939/DF, relator ministro Sydney Sanches, julgamento 15/12/1993, DJ 18-03-1994 pp-05165 ement vol-01737-02 pp-00160 RTJ vol-00151-03 pp-00755.

³¹⁹Há quem as denomine de “cláusulas superconstitucionais.” Cfr.: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. p.24. São Paulo: Malheiros, 1999.

³²⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 60. (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV. os direitos e garantias individuais.”

³²¹*Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. p.20. Madrid: Civitas, 1995.

formalmente constitucionais mas fora do catálogo. Alguns destes direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (exs.: arts. 106º/3, 127º/1, 217º, 246º/2, 268º/2, 3, 4 e 5, 269º/3, 271º/3 e 276º/7); outros aproximam-se dos direitos sociais (ex.: arts. 102º)³²².

Aliás, Canotilho vai além e admite a existência de direitos fundamentais até mesmo em leis infraconstitucionais, sem assento constitucional, os quais classifica como direitos materialmente fundamentais, embora reconheça não ser fácil identificá-los. Diz, porém, que a tendência é considerar que o sejam *“os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos fundamentais”*³²³.

O fundamento jurídico encontrado por Canotilho³²⁴ para justificar a existência de direitos fundamentais fora da Constituição é o art. 4º da Constituição Portuguesa de 1911³²⁵ que, na esteira do art. 78 da Constituição brasileira de 1891³²⁶, preconizava que os direitos expressos não excluam outros compatíveis com a forma de governo e princípios nela consignados.

Mas, o próprio Canotilho cita Marnoco e Sousa para, concordando com ele, dizer que as garantias não previstas na Constituição são garantias, mas não são garantias constitucionais. Textualmente, reproduz Marnoco:

³²²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.529, n.4.

³²³*Direito constitucional*. Op. cit., p.528, n.3.

³²⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.528, n.3.

³²⁵PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DE 1911. “Art. 4º. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis.” In <http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1911t2.html>, acesso e 15.03.2006, às 02h50.

³²⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1891. “Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.” In www.planalto.gov.br, acesso em 15.03.2006, às 13h50.

As garantias que constam de outras leis – escrevia MARNOCO E SOUSA – são garantias ordinárias, mas não constitucionais. De duas uma: ou as garantias que constam de outras leis constituem matéria constitucional, mas nesse caso cai-se no absurdo de considerar como constitucionais garantias estabelecidas pelas leis ordinárias, tornando-se difícil a reforma dessas leis, ou tais garantias não constituem matéria constitucional e nesse caso não se pode explicar a referência que este artigo lhes faz, pois a constituição deve ocupar-se unicamente das garantias constitucionais³²⁷.

Portanto, se Canotilho admite, sob o prisma do conteúdo, a existência de direitos fundamentais até mesmo fora da constituição, com muito mais razão deve admitir fora do seu catálogo.

Mas, não há como admitir a existência de direitos ou garantias fundamentais fora da constituição e, particularmente, fora do catálogo próprio, pois demandaria distinguir duas classes de direitos fundamentais: direitos apenas formalmente fundamentais – porque como tais considerados na constituição³²⁸, e direitos verdadeiramente fundamentais em face de seu conteúdo, independente de não constarem do catálogo próprio e às vezes nem mesmo da constituição.

Aliás, Alexy³²⁹, inclusive, rejeita a vinculação conceitual entre direitos fundamentais e direitos subjetivos porque equivaleria a dizer que todo direito subjetivo é direito fundamental, mesmo fora do catálogo, enquanto que direito objetivo não seria fundamental, embora constante do catálogo. São suas as palavras:

³²⁷SOUSA, Marnoco e. *Constituição da República Portuguesa*. Apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.529.

³²⁸ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). Op. cit., p.58.

³²⁹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.48. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Pues, a las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales se adscriben normas a las que no corresponde directamente ningún derecho subjetivo. El que esta adscripción sea o no correcta es una cuestión de interpretación del derecho positivo que no puede ser resuelta a través de una definición. Por ello, una definición según la cual sólo las normas que confieren derechos subjetivos son normas de derechos fundamentales podría tener como consecuencia que haya normas que, no obstante haber sido establecidas a través de formulaciones del catálogo de derechos fundamentales, no podrían ser llamadas "normas de derecho fundamental". Esta terminología parece inadecuada. Por ello, es aconsejable manejar el concepto de norma de derecho fundamental como un concepto que pueda ser más amplio que el de derecho fundamental. Esto y el hecho de que toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de la correspondiente norma de derecho fundamental justifican comenzar con el análisis del concepto de norma de derecho fundamental.

De suas palavras, extrai-se que não o fato de um direito ser subjetivo não o transforma em direito fundamental, assim como o inverso não o transformaria em direito não-fundamental, mas sim o lugar onde estiver previsto. A despeito de não ser materialmente fundamental, o direito será considerado fundamental se constar do catálogo próprio.

8.3. Conclusão quanto ao catálogo

Esse é o sistema adotado no Brasil, segundo o qual a real distinção entre direitos fundamentais e não-fundamentais decorre apenas do *locus constitucional*³³⁰, isto é, do lugar da constituição em que se acham inseridos:

³³⁰Sobre a expressão "locus constitucional": BULOS, Uadi Lammêgo. In <http://www.saraivajur.com.br//DoutrinaEntrevistasDetalhe.cfm?Cod=115>, acesso em 26.02.2006, às 15h55. "Mas isso não foi propriamente uma inovação, e sim uma transferência do locus constitucional do cooperativismo de crédito, antes previsto no extinto inciso VIII, para a fraseologia do art. 192. Em segundo lugar, abriu-se a

em nossa Constituição, são fundamentais os direitos ou garantias previstos nos arts. 5º a 17 da Constituição Federal – incluindo os constantes de outros capítulos complemento aos indicados no art. 6º –, embora muitos outros pudessem sê-lo, só não o sendo porque estão dispersos.

É nesse sentido o pensamento da doutrina nacional dominante, como José Afonso da Silva³³¹, Paulo Gustavo Gonet Branco³³², Jairo Gilberto Schäfer³³³, Rosah Russomano³³⁴ e João dos Passos Martins Neto³³⁵, embora haja quem, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho³³⁶, que, à vista da regra que reconhece a existência de direitos previstos em tratados ou acordos internacionais, admita a existência de direitos fundamentais implícitos.

A doutrina estrangeira também é praticamente uníssona quanto à identificação dos direitos fundamentais, assim reputados os que integram o catálogo próprio, como se vê em Alexy³³⁷, Cristina Queiroz³³⁸, Carl Schmitt³³⁹, Carlos Bernal Pulido³⁴⁰, Juan

possibilidade de serem editadas várias leis complementares, e não apenas uma. Essa constatação poderia muito bem ser obtida mediante exegese construtiva do primitivo art. 192, sem a necessidade de reformar a Constituição."

³³¹Curso de direito constitucional positivo. 7.ed., p.159. São Paulo: Malheiros, 1991.

³³²MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. p.156. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

³³³*Direitos fundamentais (proteção e restrições)*. pp.33/34. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³³⁴Curso de direito constitucional. 5.ed., rev. e atual., p.242. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

³³⁵*Direitos fundamentais (conceito, função)*. p.78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³³⁶Curso de direito constitucional. 18.ed. rev. e atual., p.254, n.2. São Paulo: Saraiva, 1990.

³³⁷ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.48. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³³⁸QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. p.85. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

³³⁹*Teoría de la constitución*. p.169, n. III. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

³⁴⁰*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2.ed., p.81, n.4. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

María Bilbao Ubillos³⁴¹, Martin Borowski³⁴² e Antonio Enrique Perez Luño³⁴³.

Em conclusão do que se expôs, são direitos fundamentais aqueles – objetivos ou subjetivos – como tais reconhecidos pelo poder constituinte e relacionados no catálogo próprio da constituição que, no Brasil, ocupa os arts. 5º a 17 distribuídos por cinco capítulos, a saber: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais – inclusive os mencionados no art. 6º, mas que foram transportados para outros capítulos; c) nacionalidade; d) direitos políticos; e) partidos políticos.

8.4. Direitos análogos a direitos fundamentais

Alguns ordenamentos constitucionais reconhecem a existência de direitos que, embora não sejam fundamentais por não integrarem o catálogo, são análogos a eles, a exemplo do que dispõe o art. 17 da Constituição portuguesa de 1976:

Artigo 17.º (Regime dos direitos, liberdades e garantias)

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

Acerca desse dispositivo, Canotilho diz ser difícil caracterizar o que é natureza análoga, mas admite que o seu alcance seja relevantíssimo, *“pois, em caso afirmativo, esses direitos gozam de um regime constitucional*

³⁴¹*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. p.68, n.1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

³⁴²*La estructura de los derechos fundamentales* (trad. esp. PULIDO, Carlos Bernal). p.34. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

³⁴³*Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5.ed., p.286, n.2. Madrid: Tecnos, 1995.

*particularmente cuidadoso – o regime dos direitos, liberdades e garantias.*³⁴⁴

Não é o caso do regime constitucional brasileiro, cuja Constituição não prevê a existência de outros direitos ou garantias fundamentais fora do catálogo. Não se diz, com isso, que não há outros direitos ou garantias que poderiam ser considerados fundamentais, mas sim que, não tendo sido incluídos no catálogo, não têm esse *status* e, portanto, não se beneficiam de suas regras protetivas.

Aliás, Canotilho tece pesada crítica a Vieira de Andrade – que teria sido, segundo informa, autor de trabalho em que pretendeu distinguir direitos constitucionais materiais e formais – dizendo que a distinção entre direitos constitucionais materiais e formais da forma como propôs é meramente ideológica, mas não efetiva, porque a Constituição tratou de ambos com a mesma dignidade. São suas as palavras a respeito³⁴⁵:

Uma tentativa de distinção entre direitos constitucionais materiais e direitos só formalmente constitucionais foi feita, entre nós, por VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais, pp.78 ss e 89 ss, que, partindo de uma pré-compreensão típica do subjectivismo axiológico e de um individualismo metodológico próximo das teorias atomísticas da sociedade, expulsa do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um “radical subjectivo”, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. Em primeiro lugar, debate-se com sérios embaraços perante a consagração expressa de direitos fundamentais das pessoas colectivas (art. 12º/2), vendo-se obrigado a afirmar que mesmo os direitos das pessoas colectivas são

³⁴⁴ *Direito constitucional*. Op. cit., p.529, n.5.

³⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., pp.531/532.

“direitos individuais ainda que colectivizados” (p. 179). Em segundo lugar, contra as disposições inequívocas da lei constitucional garantidoras de direitos fundamentais a associações e organizações, como as organizações sindicais e comissões de trabalhadores (arts. 54º e 56º), o autor, em nome da pureza da “idéia-princípio da dignidade da pessoa humana”, rebaixa estes direitos, sem qualquer base constitucional, a simples poderes concedidos a certas entidades com o objectivo de concretizar opções de organização económico-social” (p. 92). Finalmente, a distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais, tal como é proposta pelo autor, não tem quaisquer resultados práticos, pois a constituição consagrou, com o mesmo título e a mesma dignidade, ambos os tipos de direitos. Trata-se, pois, de uma distinção ideológica.

Um exemplo de garantia que poderia ter sido incluída no catálogo, mas não foi³⁴⁶, seria a proibição da incomunicabilidade do preso. Isso não quer dizer que a garantia não possa ser estabelecida por lei infraconstitucional, mas se o for se sujeita apenas à proteção conferida às leis, e não à constituição e, muito menos, ao capítulo veiculador de normas de direitos e garantias fundamentais³⁴⁷.

³⁴⁶E não se trata da lacuna que pode ser preenchida por analogia ou outro meio de colmatação por se considerar, propriamente, lacuna voluntária (FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis* (trad. MIRANDA, Joaquim Campos de). p.50. Belo Horizonte: Líder, 2005).

³⁴⁷Tendo em vista a regra constante do art. 136, § 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que veda a incomunicabilidade da pessoa presa durante estado de defesa (§ 3º. *Na vigência do estado de defesa: (...) IV. é vedada a incomunicabilidade do preso.*), a doutrina se debate acerca da validade da regra constante do art. 21 do Código de Processo Penal que a admite por até três dias. Sustentando a invalidade da norma por ser incompatível com a nova ordem constitucional, encontra-se MIRABETE, Julio Fabrini (*Código de processo penal interpretado*. 2.ed., p.60, n.21.1. São Paulo: Atlas, 1994): *“Entendemos, porém, que o artigo 21 está revogado pela nova Constituição Federal que, no capítulo destinado ao “Estado de Defesa e Estado de Sítio”, proclama que “é vedada a incomunicabilidade do preso” (art. 136, § 32, inc. IV).” Sendo proibida a incomunicabilidade nas situações excepcionais, em que o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública e a paz social, podendo por isso restringir direitos, com maior razão não se pode permiti-la em situação de normalidade.”* Em sentido contrário, posicionam-se GRECO Filho, Vicente (*Manual de processo penal*. p.86. São Paulo: Saraiva, 1991) e JESUS, Damásio Evangelista (*Código de processo penal*

9. POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

9.1. Noções

É relativamente recente o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, remontando-se ao primeiro quarto do Século XX³⁴⁸, após a constatação de que o catálogo de direitos de liberdade – que marcou a primeira etapa do movimento constitucional³⁴⁹ que se convencionou denominar *constitucionalismo*³⁵⁰ – era insuficiente para conferir vida digna aos trabalhadores³⁵¹.

anotado. 9.ed., p.17. São Paulo: Saraiva, 1991). No Supremo Tribunal Federal, a questão já foi dirimida, resolvendo-se pela compatibilidade da regra processual com a Constituição Federal, por isso se admite a incomunicabilidade do preso, desde que não impeça seu contato com o advogado. Consta de parte do voto do relator: *“Também não há incompatibilidade manifesta, aferível do exame comportável nesta oportunidade processual, entre a incomunicabilidade do preso (“O preso, ainda que incomunicável, poderá entrevistar-se, livre e reservadamente, com advogado constituído, que terá acesso aos autos da investigação”) e a assistência da família que lhe é assegurada pelo inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, até porque esta não é necessariamente incompatível com a falta de comunicação direta entre os familiares e o preso, que tem acesso ao seu advogado constituído.”* (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 162-MC, relator ministro Moreira Alves, DJ 19/09/97).

³⁴⁸TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). p.23, n.5.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁴⁹MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição*. In Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides). (orgs. GRAU, Eros Roberto, e GUERRA Filho, Willis Santiago). 1.ed., 2.tir., p.322, n.4. São Paulo: Malheiros, 2003. Acerca do constitucionalismo, o autor diz: *“Em certo sentido, a história do Constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais, ou seja, a história da sua afirmação inicial e depois do seu alargamento e da construção e aperfeiçoamento dos mecanismos da sua tutela. O Estado Constitucional moderno é cada vez mais um “Estado de direitos fundamentais” (um Grundrechtsstaat).”*

³⁵⁰SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.1, § 1. *“El llamado constitucionalismo o movimiento constitucionalista es un proceso político-jurídico que en su versión inicial, a partir del Siglo XVIII, tuvo objetivo establecer en cada Estado un documento legal – la constitución – con determinadas características.”*

³⁵¹Para uma visão mais completa dos direitos sociais no Brasil, Colômbia, México e Perú: CASTAÑEDA, Alfredo Sánchez. *Las tendencias del derecho social en américa latina: Brasil, Colombia, México Y Peru*. In Boletín Mexicano de Derecho comparado. Num. 99, sept./dic./2000. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/99/art/art7.htm> acesso em 30.09.2006, às 23h13.

São lapidares as palavras de Isaiah Berlin³⁵² a respeito, ao abordar o problema do mínimo existencial³⁵³ e destacar a importância do direito a prestações, que é uma característica preponderante dos direitos sociais.

De forma mais clara, Garcia-Pelayo enfrentou a questão sob certa ótica que se pode dizer realista:

É um fato que propiciar direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla³⁵⁴.

De fato, de nada adianta reconhecer aos miseráveis – ou mesmo a quem não chegue a tanto, mas que não disponha muito mais do que o mínimo necessário para sobreviver – liberdades civis ou políticas se não têm como exercê-las, por depender de autorização, boa vontade ou compreensão de padrões nem sempre muito solícitos³⁵⁵.

Efetivamente, o constitucionalismo teve duas fases³⁵⁶ e hoje se encontra

³⁵²BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. p.138. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

³⁵³Para comparação entre "reserva do possível" e "mínimo existencial", cfr.: SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In Interesse Público (Revista Bimestral de Direito Público). n.32, pp.213/226. Porto Alegre: Notadez, 2005.

³⁵⁴GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporaneo*. p.26. Madrid: Alianza Editorial, 1980. *"Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de uns condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real"*.

³⁵⁵CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *A questão social*. (Apud CASTRO, Araújo. Op. cit., p.319). Afirmava o autor em obra de 1920 que *"tornar o contrato de trabalho exclusivamente dependente do acôrdo de vontade das partes contratantes é cometer uma suprema hipocrisia, é estabelecer, em nome da liberdade, a mais odiosa das opressões"*.

³⁵⁶BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961; VERGOTTINI, Giuseppe de. *Las transiciones constitucionales (el modelo de*

na terceira, que se diz, por isso mesmo, "*constitucionalismo actual*"³⁵⁷, mas foi só na segunda fase que floresceram os denominados direitos sociais. Para melhor compreendê-los, é essencial uma pequena análise da evolução dos direitos fundamentais no Brasil até chegar à situação presente.

Com efeito, o catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 é eclético³⁵⁸, por contemplar no Título II espécies que, de tão variadas, não permitem formular uma classificação isenta de críticas, erros ou incompletudes³⁵⁹.

constitucionalismo de derivación liberal). (trad. esp. LATORRE, Santiago Perea). p.72. Bogotá: Universidade del Externado de Colombia, 2002. "*El Estado se convierte en todas partes en Estado social de derecho, superando el umbral de la garantía meramente formal de la igualdad y agregando a la protección de los derechos civiles y políticos la de los derechos sociales*".

³⁵⁷SAGÜÉS Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.24, § 13. Cfr. especialmente: DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*. In *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6, 2005. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, in <http://hc.rediris.es/O6/index.html>, acesso em 15.06.2006, às 11h02.

³⁵⁸Convém reiterar que, comparando com as anteriores, a vigente Constituição ampliou enormemente o catálogo de direitos fundamentais e foi a única a efetivamente denominá-los "fundamentais." Ressalvando-se a Constituição de 1824 (arts. 173 a 179), que denominou o capítulo de "Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros", e a Constituição de 1891 (Arts. 72 a 78), que denominava de "Declaração de direitos", as demais, até a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, (arts. 153 e 154), utilizavam a expressão "Dos direitos e garantias individuais." Cfr.: Constituição de 1934 (Arts. 113 e 114: Dos direitos e garantias individuais); Constituição de 1937 (Arts. 122 e 123: Dos direitos e garantias individuais); Constituição de 1946 (Arts. 141 a 144: Dos direitos e garantias individuais); Constituição de 1967 (Arts. 140 a 151: Da declaração de direitos, com quatro capítulos, sendo o último "Dos direitos e garantias individuais").

³⁵⁹Cfr.: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.160, que, para admitir a existência de direitos fundamentais além do catálogo, ampara-se em decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI 939-DF dizendo que ali se reconheceu que o "*princípio da anterioridade* (art. 150, III, "b" da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental." Equivocou-se o autor, pois não é o que consta na decisão e, realmente, não é o que o Tribunal decidiu e tem decidido a respeito conforme se vê da ementa: "(...) 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. O princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. O princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito

Aliás, não há uniformidade semântica nem mesmo no texto constitucional, onde a expressão “direitos individuais” aparece mais vezes³⁶⁰ do que “direitos fundamentais”³⁶¹, embora, segundo a técnica adotada, aqueles, quando previstos no catálogo, sejam apenas espécies destes.

“Direitos individuais” é a expressão utilizada em pelo menos quatro dispositivos, além do preâmbulo, enquanto “direitos fundamentais” aparece somente três vezes, sendo duas no próprio dispositivo-tipo, e nem consta do preâmbulo da Constituição³⁶².

De qualquer forma, o catálogo permite concluir que há três grupos

Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); ADI 939-DF, relator ministro Sydney Sanches, 15/12/1993, DJ 18-03-94 pp-05165 ement vol-01737-02 pp-00160.” No julgado, o Tribunal reconheceu que o princípio da anterioridade é garantia individual, por isso é cláusula pétrea, não constando da decisão que seja “garantia fundamental.” Reforça este entendimento a decisão proferida na ADI 712/MC-DF, relator ministro Celso de Mello, 07/10/1992, DJ 19-02-1993 pp-02032 ement vol-01692-02 pp-00265 RTJ vol-00144-02 pp-00435, quando também ali o Tribunal reconheceu que “Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal.”, mas não afirmou que são “garantias fundamentais.”

³⁶⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 60. (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV. Os direitos e garantias individuais.”. “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...) II. Nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;”. “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) III. O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;”. “Art. 145. (...). § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

³⁶¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...) XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:”

³⁶²Sobre natureza e importância dos preâmbulos constitucionais, cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, pp.206/212.

distintos de direitos fundamentais, embora esteja disposto em cinco capítulos com nomes próprios: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos.

Uma análise mais criteriosa mostra que esses cinco capítulos nem guardam seqüência lógica, porque os direitos individuais compreendem os direitos de liberdade e os direitos políticos, em cujo contexto incluem-se a nacionalidade e os partidos políticos, e, mesmo assim, distanciam-se na localização constitucional, além do que os direitos sociais também são direitos individuais.

(...) causa rubor empregar a ambígua expressão "direitos sociais". Os direitos sociais (ou coletivos) pareceriam contrapostos aos direitos individuais, mas não é assim: os que recebem esse nome são também, justamente, direitos individuais.³⁶³

Em síntese, os direitos fundamentais formam três grupos: a) os que podem ser denominados de direitos de liberdade civis – são, realmente, os que mais se aproximam do conceito de direitos fundamentais; b) os relacionados ao exercício da cidadania compreendendo o direito à nacionalidade³⁶⁴, os direitos políticos e o direito ao exercício de atividades políticas por meio de partidos políticos³⁶⁵; c) os direitos sociais, que também são direitos individuais.

³⁶³CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido* (trad. ROSA, Gresiela Nunes da, e ANDRADE, Lédio Rosa). pp.200/201. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³⁶⁴O reconhecimento da nacionalidade como um dos direitos políticos é admitido por COOLEY, Thomas M.. (*Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América* (trad. e anot. GAMA, Ricardo Rodrigues). p.240. Campinas: Russel, 2002) que, referindo-se expressamente à XIV Emenda, assim dizia: "A Emenda nº 14 indica dois métodos segundo os quais o indivíduo pode tornar-se cidadão: primeiro, pelo nascimento dentro do território da União, e segundo, pela naturalização."

³⁶⁵MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 3.ed., p.43. São Paulo: Atlas, 2000.

Este tópico não tem pretensão de analisar à exaustão os direitos sociais, porque fugiria do objeto do trabalho que ora se desenvolve, mas tão-somente alinhar alguns pontos que parecem importantes para o fim colimado: interpretar a norma constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que noticia total eficácia jurídica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais³⁶⁶.

9.2. Direitos fundamentais de liberdade

Quanto aos primeiros, foram relacionados de modo completo e exaustivo – enquanto direitos fundamentais – no art. 5º e seus setenta e oito incisos, incluindo o último³⁶⁷ que foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004, no contexto da denominada “Reforma do Judiciário”³⁶⁸.

São os direitos de liberdade³⁶⁹ que, pode-se dizer, são direitos

³⁶⁶Justamente por isso não se deterá na busca do conceito de direitos sociais. Para mais aprofundamento conceitual, cfr.: JEMMAUD, Antoine. *La experiencia francesa de los derechos sociales* (trad. esp. ZAS, Oscar). pp.53/77, n.3. Buenos Aires: Contextos, 1999; EWALD, François. *El concepto de derecho social* (trad. esp. COURTIS, Christian). pp.101/134, n.1. Buenos Aires: Contextos, 1997; ABRAMOVIC H., Víctor, e COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. pp.3/56, n.1. Buenos Aires: Contextos, 1997; LEAL, Roger Stiefemann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. In <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>, acesso em 21.04.2006, às 23h02. “Tem-se a impressão, todavia, de que a aludida vulgarização da noção de direitos fundamentais advém do surgimento e da tipificação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Questiona-se se tal desvalorização é fenômeno ocasionado por esses novos direitos que estão sendo propostos, ou a criação desses direitos é apenas um reflexo de uma fragilização conceitual ocorrida através da concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais.”

³⁶⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 5º. (...). LXXVIII. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³⁶⁸MARTINS Neto, João dos Passos. Op. cit., p.171, n.8.2.2.

³⁶⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.539. “As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a ações negativas; seriam

fundamentais por excelência³⁷⁰, compreendendo vida, igualdade e liberdade propriamente dita³⁷¹. Esses direitos são considerados de primeira geração³⁷² e convivem com os denominados direitos fundamentais de segunda geração³⁷³,

Abwehrrechte (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que, distinguindo-se entre "direitos, liberdades e garantias", tem de haver algum traço específico, típico das posições subjectivas identificadas como liberdades. Esse traço específico é o da alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre viver ou morrer). A "componente negativa" das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex. ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão)."

³⁷⁰ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales" (a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli)*. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed., p.76, n.1. Madrid: Trotta, 2005. "Con el término "derechos fundamentales" (grundrechte), ciertos teóricos del derecho europeo se refieren, genéricamente, a las "libertades fundamentales"."

³⁷¹SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Op. cit., p.171, n.3. Diz Schmitt que "Es propio del principio fundamental de distribución del estado de derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción." Schmitt faz esta afirmação no contexto em que explica a distinção constante na Constituição de Weimar entre direitos fundamentais absolutos e direitos fundamentais relativos. Exemplos dos primeiros, eram a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência; dos segundos, liberdades de trabalhar e contratar, intercâmbio econômico e direito de propriedade. Cfr. tb.: ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre os derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). p.31, n.II. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. Afirma o professor que "las raíces de los derechos fundamentales en la historia de las ideas políticas son aquellas de los derechos humanos." Cfr. tb.: CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t.I, p.213. Buenos Aires: Ediar, 1992. "Todo derecho fundamental o primario del hombre puede y debe considerarse incluido en la constitución, esté o no reconocido expresamente." Cfr. ainda: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.19, n.1. "Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de "derechos fundamentales": son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de os actos que son ejercicio de éstas." Cfr. tb.: ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (Op. cit., p.58).

³⁷²Cfr. FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. p.6. São Paulo: Saraiva, 1995. "8. As três gerações de direitos fundamentais. Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade."

³⁷³Sobre gerações de direitos fundamentais: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS

que são os direitos sociais, marcados por serem preponderantemente direitos a prestações positivas³⁷⁴.

9.3. Direitos políticos como direitos fundamentais

O segundo grupo – dos direitos políticos³⁷⁵ – se esgota nos arts. 12 e 13, que tratam da nacionalidade, 14 a 16, que regulam a capacidade política ativa e passiva, e 17, que se refere especificamente aos partidos políticos.

Sobre eles, Pimenta Bueno dizia – para distingui-los dos direitos individuais e dos direitos civis – serem *“filhos unicamente das leis ou constituições políticas, são criações das conveniências e condições destas, e não faculdades naturais”*³⁷⁶.

Schmitt, por sua vez, que denomina os direitos políticos de *“derechos*

22164/SP, relator ministro Celso de Mello, julgamento 30/10/1995, DJ 17-11-1995 pp-39206 ement vol-01809-05 pp-0115. *“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, “Desafios: ética e política”, p.239, 1995, Siciliano).”*

³⁷⁴LEAL, Roger Stiefemann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. In <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>, acesso em 21.04.2006, às 23h11. *“Ao contrário das liberdades, os direitos sociais e econômicos pressupõem a existência de situações de desigualdade e necessidade entre os seres humanos, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva através da intervenção do Estado. Deste modo, estes direitos são entendidos como direitos a prestações positivas a serem exigidas do Estado, que, no caso de se possuir condições econômico-financeiras suficientes e de se encontrar no mercado uma oferta acessível, poder-se-iam obter também de particulares. É o caso, ao que parece, dos direitos arrolados no art. 6º da Carta Magna brasileira”*.

³⁷⁵SCHMITT, Carl. Op. cit., p.174.

³⁷⁶BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. p.379. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

*ciudadanos*³⁷⁷, diz que são muito “*distintos de los derechos de libertad*”³⁷⁸ e acrescenta:

*Al dualismo de los elementos de una Constitución moderna del Estado de Derecho (abajo, § 16, pág. 201), corresponde aquí un dualismo de los derechos fundamentales. Los derechos ciudadanos democráticos no presuponen al hombre individual libre en el estado extraestatal de “libertad”, sino al ciudadano que vive en el Estado, al citoyen. Tiene por eso un carácter esencialmente político*³⁷⁹.

Os direitos políticos foram reconhecidos como fundamentais ainda na primeira etapa do constitucionalismo³⁸⁰, que se estende de fins do Século XVIII até começo do Século XX, quando “*implanta, igualmente, un nuevo orden político*”, diz Sagüés³⁸¹, mas de forma limitada. São, por isso, como os direitos de liberdade, direitos fundamentais de primeira geração.

Essa nova ordem política – que tem a burguesia como classe motora – procura neutralizar a nobreza e a aristocracia e anestesiar o proletariado³⁸²; aquelas, por meio da extinção dos privilégios, este, negando-lhes direitos políticos. Diz Sagüés³⁸³:

El constitucionalismo de la primera etapa implanta, igualmente, un

³⁷⁷SCHMITT, Carl. Op. cit., p.173, n.5.

³⁷⁸SCHMITT, Carl. Op. cit., p.174.

³⁷⁹SCHMITT, Carl. Op. cit., p.174.

³⁸⁰Sobre “etapas do constitucionalismo”, cfr.: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, pp.3/26. Cfr. tb. sobre constitucionalismo do Século XXI: PACE, Alessandro (trad. esp. desde o italiano CHAMARRO, Asunción de la Iglesia). *Los retos del constitucionalismo en el Siglo XXI*. In Revista de derecho constitucional europeo. Año 1, n.2, Jul./dic./2004, in <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE2pdf/indice.pdf>, acesso em 30.04.2006, às 21h38.

³⁸¹SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.7.

³⁸²Para melhor compreensão sobre a estrutura social francesa até fins do Século XIII, cfr.: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* (trad. AZEREDO, Norma). 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

³⁸³SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.7.

nuevo orden político.

1) *Éste tiene, en primer término, directrices antiaristocráticas, que disuelven las prerrogativas del rey, de la nobleza y del clero. Así, la Constitución de Chile de 1833 declara que "no hay clase privilegiada" (art. 12). La Constitución de Portugal de 1911 anuncia que "no admite privilegio de nacimiento, ni fueros de nobleza, extingue los títulos nobiliarios y de consejo, así como Las órdenes honoríficas, con todas sus prerrogativas y regalías" (art. 3º). Incluso una constitución monárquica, como la belga de 1831, proclama que "el Estado no reconocerá distinción de clases u órdenes. Los belgas serán iguales ante la ley".*

2) *Después de descargarse contra el primer y segundo estado, este constitucionalismo anestesia al cuarto (proletariado). La Constitución francesa de 1791 niega la condición de ciudadano activo al "doméstico", o sea, al "servidor asalariado" (art. 2º, secc. 11), y distingue entre "ciudadanos activos" y "pasivos". Para ser ciudadano activo, en resumen, es necesario "pagar en un lugar cualquiera del reino una contribución directa al menos igual a tres jornadas de trabajo". La Constitución de Bolivia de 1878 exigirá, para la plena posesión de la ciudadanía, "saber leer y escribir y tener una propiedad inmueble o una renta anual de doscientos bolívares, que no provenga de servicio prestado en clase de doméstico" (art. 33). Normas parecidas se incluyen en las constituciones de Uruguay, de 1830, y en la de Chile, de 1833.*

Os direitos políticos não eram acessíveis ao povo em geral, porque, ditados pela classe burguesa³⁸⁴, visavam atender a seus interesses, dificultando ou impossibilitando aos pobres e empregados até o mais simples dos direitos, como os de votar e ser votado³⁸⁵.

³⁸⁴SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantía constitucional dos direitos sociais no Brasil*. p.11. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

³⁸⁵SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.9.

Foi somente na segunda etapa do constitucionalismo³⁸⁶, que se iniciou já no Século XX impulsionado por pressões e “*atitudes inusitadas, proclamadoras de uma desconhecida verdade histórica*”³⁸⁷ por parte do proletariado, que os direitos políticos começaram a ser vistos como direitos de todos – pobres ou ricos, homens ou mulheres –, caracterizando o que se denomina de sufrágio universal³⁸⁸ e com valor igual para todos, independente de classe ou condição social ou econômica.

Tecendo uma comparação crítica entre os modelos constitucionais do liberalismo e do estado social – *welfare state*, que marcou a segunda etapa – Maurizio Fioravanti assim se expressa³⁸⁹:

Empecemos por la crítica a la constitución como norma directiva fundamental. Aparece, sin duda, como una amenaza para los liberales que comenzaban a construir el Estado de derecho en Europa. La constitución como programa, como norma directiva fundamental, evocaba el espectro jacobino de la soberanía popular y de la democracia directa; a lo que se unía la imagen, igualmente inquietante, de un poder constituyente perennemente movilizado, de una sociedad civil unificada en la perspectiva de una común voluntad política. Frente a todo esto, el Estado liberal de derecho del siglo pasado manifiesta sobre todo una fuerte necesidad de estabilidad, la búsqueda – casi obsesiva – de un desarrollo gradual, tranquilo y ordenado, capaz de satisfacer en primer lugar la generalizada

³⁸⁶SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.18, “b.”

³⁸⁷SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantía constitucional dos direitos sociais no Brasil*. p.11. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

³⁸⁸Exemplo de implantação do sufrágio universal pode ser visto na Constituição brasileira de 1934, que passou, timidamente, a admitir o voto feminino. BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934. “Art. 109. O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.” In <https://www.planalto.gov.br/>, acesso em 15.05.2006, às 14h20.

³⁸⁹FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales (apuntes de historia de las constituciones)*. 4.ed., p.98. Madrid: Trotta, 2003.

aspiración al bien-estar individual y capaz, por ello, de relegar decididamente al pasado las llamadas revolucionarias a la virtud de los ciudadanos.

Presentemente, os direitos políticos são amplos, compreendendo o direito de homem e mulher votar e ser votado para qualquer mandato representativo³⁹⁰, obedecidas as condições previstas em caráter geral e não elitista na Constituição, como a filiação partidária ou o implemento de certa idade mínima³⁹¹.

Em relação aos direitos políticos na Constituição atual, não há dificuldade, nem dúvida: são direitos fundamentais de primeira geração, integram os denominados direitos de liberdade e não há outros além dos mencionados nos arts. 12, 13, 14, 15, 16 e 17, porque, formalmente, não há direitos fundamentais fora do catálogo³⁹².

³⁹⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 12 (...).§ 3º. São privativos de brasileiro nato os cargos: I. de Presidente e Vice-Presidente da República; II. de Presidente da Câmara dos Deputados; III. de Presidente do Senado Federal; IV. de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V. da carreira diplomática; VI. de oficial das Forças Armadas. VII. de Ministro de Estado da Defesa."

³⁹¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I. plebiscito; II. referendo; III. iniciativa popular. § 1º. O alistamento eleitoral e o voto são: I. obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II. facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei: I. a nacionalidade brasileira; II. o pleno exercício dos direitos políticos; III. o alistamento eleitoral; IV. o domicílio eleitoral na circunscrição; v. a filiação partidária; VI. a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador."

³⁹²NOVARO, Carlos A., e HRONCICH, Héctor F.. *Derecho constitucional argentino y comparado*. 2.ed., p.154. Buenos Aires: Frontiñan, 1939; ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Op. cit., p.21, "a"; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.38.

9.4. Direitos sociais como direitos fundamentais

9.4.1. Noções

O mesmo não se verifica com a terceira categoria de direitos fundamentais – direitos sociais –, cuja constitucionalização também se deve à segunda etapa do constitucionalismo que ficou marcado como *estado social*³⁹³, quando as constituições começaram a dedicar tratamento específico para a proteção do trabalhador.

*Os direitos fundamentais inerentes à Constituição apresentam-se, segundo SMEND, como um determinado sistema cultural ou de valores de um povo. Não excluem os direitos sociais. Estes assinalam, no Século XX, a passagem do Estado de mera função protectora e garantidora a uma função promocional*³⁹⁴.

Sobre esses direitos, que a doutrina qualifica como direito a prestações positivas, em contrapartida aos direitos de liberdade, que são direitos a prestações negativas, Alexy³⁹⁵ diz ser um dos mais discutidos pela doutrina atual, neles incluindo os direitos ao trabalho, à assistência social e à educação.

Para José Afonso da Silva, são cinco as espécies de direitos sociais. É o que diz:

Sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11 da Constituição, podemos agrupá-los nas cinco classes seguintes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à família, criança,

³⁹³CARVALHOSA, Modesto. *Ordem econômica na Constituição de 1969*. p.65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

³⁹⁴QUEIROZ, Cristina M. M.. Op. cit., pp.156, n.3.1.

³⁹⁵ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp.419/420.

*adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente*³⁹⁶.

O certo é que os direitos sociais mereceram importância peculiar na vigente Constituição ao figurar ao lado de todos os demais direitos fundamentais.

Esse novo *status* que lhes foi conferido pode não ter sido o melhor caminho, contudo. Segundo Roger Leal – inclusive ressaltando que não se trata de problema exclusivamente brasileiro –, ao aumentar o rol e inserir os direitos sociais no mesmo plano dos direitos fundamentais, todos esses direitos acabaram sendo vulgarizados³⁹⁷.

9.4.2. Caracterização dos direitos sociais pelo conteúdo

Apontando para o conteúdo como elemento caracterizador, inserem-se no contexto dos direitos sociais normas que asseguram à classe trabalhadora participação efetiva na configuração de novos direitos fundamentais, como escrevem María José Añon Roig e José García Añon³⁹⁸:

El paso del Estado liberal al Estado social (con los antecedentes de la Constitución de México de 1917 y de la República de Weimar de 1919) se centra en la puesta en marcha de derechos que garantizan

³⁹⁶ *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a constituição)*. p.199, n.19. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁹⁷ LEAL, Roger Stiefemann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. In Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>, acesso em 21.04.2006, às 23h35. "A vulgarização da noção de direitos fundamentais tem, sem sombra de dúvida, raízes na implementação dos direitos sociais nos textos constitucionais de vários países. Não haveria de ser diferente, uma vez que se estabeleceu na declaração de direitos fundamentais prevista na Constituição direitos que não são direitos. De que adianta incorporar estes novos direitos ao texto constitucional, se eles não podem ser exigidos?" No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. v.1, p.204, out./dez./1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

³⁹⁸ ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). *Lecciones de derechos sociales*. 2.ed., p.22. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

o hacen posible una participación política igualitaria, y por consiguiente una participación de la clase trabajadora en la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad.

Os mesmos autores acrescentam, na seqüência, que os direitos de associação e de sufrágio, é dizer, os direitos políticos são direitos novos e determinantes para a realização dos direitos sociais³⁹⁹.

Son derechos nuevos el derecho de asociación y el sufragio universal. Como consecuencia de ello, se incorporarán al Parlamento representantes de los partidos obreros que defenderán su intereses y que plantearán problemas ajenos a los que tradicionalmente interesaban a la burguesía. Esta dinámica, que llevará a la formación incluso de gobiernos socialistas, incidirá en el constitucionalismo con una actuación positiva de los poderes públicos y con una nueva función atribuida al Derecho, la promocional, sobre todo a través del incremento de la acción del Derecho administrativo y laboral. También contribuirá esta situación a la formulación de nuevos derechos los llamados "derechos económicos, sociales y culturales", cuyo fundamento será la igualdad y la solidaridad, y cuya finalidad es satisfacer las necesidades básicas no cubiertas con los derechos civiles y políticos, a través de la función promocional del Derecho y los poderes públicos.

O constitucionalismo brasileiro seguiu esse caminho, a partir da Constituição de 1934, quando passou a inserir em suas seguidas constituições regras acerca dos direitos do trabalhador e dos interesses econômicos do país (art. 121)⁴⁰⁰, embora sem lhes conferir *status* de direitos fundamentais, não

³⁹⁹ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). *Lecciones de derechos sociales*. 2.ed., p.22. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

⁴⁰⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1934. "Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º. A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um

as inserindo no catálogo próprio, mas sim no Capítulo dedicado à Ordem Econômica e Social.

Idêntica solução foi tomada pela Carta ditatorial de 1937 (arts. 136 a 140⁴⁰¹, especialmente o art. 137⁴⁰²), assim como pela Constituição de 1946

mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho. § 2º. Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos. § 3º. Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas. § 4º. O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas. § 5º. A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem-trabalho. § 6º. A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos. § 7º. É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena. § 8º. Nos acidentes de trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex officio.” In www.planalto.gov.br, acesso em 23.05.2006, às 03h40.

⁴⁰¹CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. p.319. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. *“Da concepção individualista da liberdade resulta, como corolário lógico, a faculdade que cabe a cada indivíduo de estipular as condições em que pretende prestar seus serviços a outra pessoa, mas, segundo a concepção solidarista, se o indivíduo é obrigado a trabalhar, ele não pode nem deve realizar um trabalho acima de suas forças. Daí, a legitimidade das medidas tendentes a proteger a sua saúde. Daí, a legitimidade da intervenção do Estado no contrato do trabalho para impedir que ele seja esmagado pelo patrão. Ninguém é livre quando, sem possuir recurso algum, fica na contingência de escolher entre um salário miserável e a falta absoluta de trabalho acompanhada das mais duras privações. Nessas condições, escreve VIVEIROS DE CASTRO, tornar o contrato de trabalho exclusivamente dependente do acordo de vontade das partes contratantes é cometer uma suprema hipocrisia, é estabelecer, em nome da liberdade, a mais odiosa das opressões. Assim, pois, no tocante ao estabelecimento das relações*

(arts. 145 a 162, especialmente o art. 157⁴⁰³), e, finalmente, pela Constituição

entre patrões e operários, o Estado é investido de um duplo poder: poder de polícia e poder de tutela, em virtude dos quais pode regular os serviços dos estabelecimentos industriais do ponto de vista da higiene, da segurança e da moralidade dos operários, fixar as horas de trabalho para as crianças e mulheres e mesmo para os adultos, assegurar-lhes uma indenização quando vítimas de acidentes do trabalho, etc.”

⁴⁰²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937. “Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho; c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa; d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada; f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo; h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho; i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno; k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.” In www.planalto.gov.br, acesso em 23.05.2006, às 03h40.

⁴⁰³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946. “Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: I. salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II. proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; III. salário do trabalho noturno superior ao do diurno; IV. participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V. duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI. repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VII. férias anuais remuneradas; VIII. higiene e segurança do trabalho; IX. proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente; X. direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XI. fixação das percentagens de empregados brasileiros nos

de 1967 (arts. 157 a 166, especialmente o art. 158⁴⁰⁴).

Em 1938, comentando a Constituição brasileira do ano anterior, Araújo Castro disse, acerca das normas de caráter social, com especial ênfase para a proteção das classes menos favorecidas, que “*constitui característica*

serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; XII. estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII. reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV. assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV. assistência aos desempregados; XVI. previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII. obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. Parágrafo único. Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.”

⁴⁰⁴BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967. “Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I. salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II. salário-família aos dependentes do trabalhador; III. proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; IV. salário de trabalho noturno superior ao diurno; V. integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; VI. duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos; VII. repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VIII. férias anuais remuneradas; IX. higiene e segurança do trabalho; X. proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; XI. descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; XII. fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais; XIII. estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente; XIV. reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XV. assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; XVI. previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; XVII. seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; XVIII. proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; XIX. colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; XX. aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; XXI. greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º. § 1º. Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total. § 2º. A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei.” In www.planalto.gov.br, acesso em 23.05.2006, às 03h49.

*dominante das modernas constituições*⁴⁰⁵ e, inclusive, ressaltou o fato de a Constituição de 1934 ter dedicado um capítulo especial para tratar da Ordem Econômica e Social.

Do conjunto dos direitos sociais destaca-se o direito ao trabalho, sobre o qual Leon Duguit teceu interessante comentário, conforme palavras de Araújo Castro⁴⁰⁶:

Segundo a concepção individualista da liberdade, cada indivíduo tem o direito de empregar a sua atividade no que bem entender, ou de não empregá-la em coisa alguma. Mas a consciência moderna se levanta energicamente contra tal princípio: todo indivíduo que ficar inativo, não sendo inválido e estando em idade de trabalhar, falta ao primeiro dever que lhe impõe a sua qualidade de membro da sociedade, e o Estado pode e deve intervir para obrigá-lo a cumprir o seu dever, adotando as medidas apropriadas a esse fim. Ao dever, porém, que cabe ao indivíduo de não permanecer na ociosidade corresponde por parte do Estado o dever de proporcionar-lhe os meios de encontrar uma ocupação e auxiliar aqueles que se acham impossibilitados de adquirir os recursos necessários à sua subsistência.

O trabalho é direito e dever do indivíduo. Fiéis a essa orientação, várias constituições daquele período, incluindo as brasileiras de 1937 (art. 136)⁴⁰⁷ e 1946 (art. 145, parágrafo único)⁴⁰⁸, declaravam o trabalho como um dever

⁴⁰⁵CASTRO, Araújo. Op. cit., p.317.

⁴⁰⁶Apud CASTRO, Araújo. Op. cit., pp.317/318.

⁴⁰⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1937. "Art. 136. O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solícitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa." In www.planalto.gov.br, acesso em 23.05.2006, às 03h40.

⁴⁰⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1946. "Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que

social, cabendo ao Estado protegê-lo. Também assim dispunham as constituições alemã, de 1919⁴⁰⁹, e espanhola, de 1931⁴¹⁰.

Destacando mais uma vez a alteração de óticas entre a que imperava na fase do constitucionalismo individual e a que passou a ser adotada na fase do estado social, em que a proteção das classes menos privilegiadas passou a ser exigência crucial, Araújo Castro assim disse:

Da concepção individualista da liberdade resulta, como corolário lógico, a faculdade que cabe a cada indivíduo de estipular as condições em que pretende prestar seus serviços a outra pessoa, mas, segundo a concepção solidarista, se o indivíduo é obrigado a trabalhar, êle não pode nem deve realizar um trabalho acima de suas forças. Daí, a legitimidade das medidas tendentes a proteger a sua saúde. Daí, a legitimidade da intervenção do Estado no contrato do trabalho para impedir que êle seja esmagado pelo patrão. Ninguém é livre quando, sem possuir recurso algum, fica na contingência de escolher entre um salário miserável e a falta absoluta de trabalho

possibilita existência digna. O trabalho é obrigação social.” In www.planalto.gov.br, acesso em 23.05.2006, às 03h55.

⁴⁰⁹ALEMANHA. CONSTITUIÇÃO DE 1919. “Art. 163: *Todo alemão tem, sem prejuízo de sua liberdade pessoal, o dever moral de empregar suas forças intelectuais e físicas em conformidade com o interesse da coletividade. Deve ser dado a todo alemão a oportunidade de ganhar a vida por meio de um trabalho produtivo. No caso em que se não lhe possa proporcionar uma ocupação conveniente, ser-lhe-ão assegurados os necessários meios de subsistência. Os pormenores serão assegurados pelas leis ordinárias do Reich.*” In http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf, acesso em 23.03.2006, às 02h55.

⁴¹⁰ESPAÑHA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA DE 1931. “*El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores.*” In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/1931.html, acesso em 23.03.2006, às 02h50.

*acompanhada das mais duras privações*⁴¹¹.

Esse enfoque fez com que o Estado se investisse tanto do poder de fiscalizar as condições de trabalho, como de tutelar o trabalhador⁴¹², abrindo, assim, curso para o desenvolvimento dos direitos sociais.

9.4.3. Direitos sociais: direitos objetivos ou subjetivos

9.4.3.1. Noções

Nas constituições do Brasil, anteriores à atual, há dois pontos comuns quanto aos direitos sociais: não são catalogados como direitos fundamentais⁴¹³, por um lado, e, por outro, exaurem a matéria nos próprios dispositivos que os reconhecem sem remetê-los a outros para complementação.

Não se diz, com isso, que necessariamente são normas de máxima eficácia, mas sim que o constituinte não usou a técnica⁴¹⁴ de indicar em um artigo o rol daqueles direitos e remeter o detalhamento para outros

⁴¹¹CASTRO, Araújo. Op. cit., p.319.

⁴¹²CASTRO, Araújo. Op. cit., p.319.

⁴¹³Sobre isso, destacando as vantagens da atual Constituição Federal em relação às anteriores, escreve BONTEMPO, Alessandra Gotti (*Direitos sociais: Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Op. cit., p.64): "*Além de apresentar um extenso rol de direitos e garantias individuais, a Constituição de 1988 inova a sua Declaração de Direitos, na medida em que inclui, no seu catálogo, não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais que, nas constituições anteriores, encontravam-se dispersos no âmbito da ordem social, que sempre estivera misturada com a ordem econômica. Ao conjugar os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Carta de 1988 endossa a concepção contemporânea de direitos humanos, demarcada pela Declaração Universal de 1948, e reafirmada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, acolhendo, por conseguinte, o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.*"

⁴¹⁴Ou falta de técnica...

dispositivos ou outros capítulos, como na vigente Constituição⁴¹⁵.

9.4.3.2. Conteúdo do capítulo dos direitos sociais

Efetivamente, o Capítulo II, do Título II, da Constituição de 1988, é dedicado aos “Direitos Sociais”, como tais considerados o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados⁴¹⁶. No entanto, no próprio Capítulo somente são detalhados os direitos relacionados ao trabalho sob os prismas individual e coletivo (arts 7º, 8º, 9º, 10 e 11).

Quanto aos demais, podem ser divididos em dois grupos: o primeiro, compreendendo os direitos que acabaram sendo remetidos para capítulos próprios, fora do catálogo dos direitos fundamentais, onde foram devidamente detalhados, e tais são o direito à educação (arts. 205 a 214), à saúde (arts. 196 a 200) e à previdência social (arts. 201 e 202).

Isso não é problema brasileiro somente, constatando-se também, por exemplo, na Constituição espanhola, como anotam María José Añon Roig e José García Añon⁴¹⁷:

En ocasiones, sucede que buena parte de los derechos sociales se ubican en capítulos de la constitución nítidamente diferenciados de aquéllos en los que se formulan los derechos fundamentales (en la constitución española, por ejemplo, los “derechos fundamentales” son aquellos que se encuentran en la sección 1ª del Capítulo II, mientras que la mayoría de los derechos sociales se hayan en Capítulo III, más

⁴¹⁵MARTINS Neto, João dos Passos. Op. cit., p.171, n.8.2.2.

⁴¹⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁴¹⁷ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). Op. cit., p.59, n.1.3.

allá de que ambos capítulos se encuentren en el Título I, que habla explícitamente de "derechos y deberes fundamentales."

O segundo grupo constitui direitos sobre os quais não há mais que meras palavras na Constituição, sem qualquer regramento mais completo⁴¹⁸, especialmente sem qualquer instrumentalização que lhes assegurem efetividade⁴¹⁹, e tais são a promessa de proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e o direito à moradia, ao lazer e à segurança.

También la modalidad de su positivación (la clase normas que confieren derechos sociales) es, como veremos, heterogénea: los derechos sociales pueden revestir la fisonomía de los derechos subjetivos en sentido estricto, pero lo más común es que aparezcan enunciados en normas de carácter programático (directrices) que ordenan a los poderes públicos la persecución de determinado objetivo social⁴²⁰.

Em resumo, então, pode-se dizer que no Brasil, segundo a Constituição de 1988, há três categorias de direitos sociais: a) os direitos relacionados ao trabalho; b) os direitos à educação, à saúde e à previdência social⁴²¹; c) os direitos de proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

⁴¹⁸SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. p.65. São Paulo: LTr, 2005. *"Como já assinalado, as manifestações em prol dos direitos sociais deram-se, principalmente, pelo reconhecimento de direitos de natureza trabalhista e previdenciária, o que mais tarde transbordou para outras espécies de direitos, como a proteção à saúde, à infância, à maternidade, ao meio ambiente, os direitos de habitação, alimentação, lazer etc. Todavia, não obstante a existência de diversas bases normativas, que vão desde as proclamações de direitos até os tratados internacionais, passando pela Constituição da maior parte dos países, os direitos sociais não lograram ainda plena eficácia real, muitas vezes carecendo (ou parecendo carecer) de exigibilidade."*

⁴¹⁹ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). *Lecciones de derechos sociales*. 2.ed., p.60. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. *"Finalmente, y en relación con esto último, la enunciación de los derechos sociales no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y protección jurisdiccional parangonables a las previstas para la tutela de los derechos de libertad."*

⁴²⁰ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). *Op. cit.*, p.59, n.1.3.

⁴²¹OLIVEIRA, Eliane Domingues da Silva. *Previdência social como direito fundamental do trabalhador*. In *Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais* (coord. HASSON, Roland). pp.141/164. Curitiba: Juruá, 2003.

desamparados e o direito à moradia, ao lazer e à segurança.

9.4.3.3. Natureza jurídica dos direitos sociais

Discute-se muito, mas ainda está longe de ter um fim, acerca da natureza jurídica das normas que veiculam direitos sociais, especialmente se têm mesmo conteúdo de direitos fundamentais. Sob o prisma formal não resta dúvida de que são normas de direitos fundamentais – mesmo estando fora do catálogo – porque não representam, efetivamente, direitos em si mesmos⁴²², senão complementos dos direitos relacionados no Título próprio.

Nem todos pensam assim. Há quem levante dúvida sobre os direitos sociais serem espécies de direitos fundamentais, como Maria José Añon Roig e José García Añon que dizem que, embora a terminologia seja pacífica, há controvérsias acerca do seu caráter e fundamentalidade⁴²³.

Com isso, pode-se afirmar que há direitos fundamentais além do catálogo, mas não fora dele⁴²⁴, é dizer, os direitos fundamentais não se limitam aos arts. 5º a 17 da Constituição Federal, porque devem alcançar os dispositivos que complementam os direitos previstos no art. 6º, mesmo que não integrem um capítulo específico, e tais soam mais como

⁴²²LIMA Júnior, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. p.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Para o autor, "os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos humanos", além do que sinaliza "inteira compatibilidade com a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos", acrescentando que "muito embora ainda sejam incompletos os mecanismos que garantem a exigibilidade plena de todos os direitos desse tipo, condição essencial para que se possa chamá-los direitos".

⁴²³ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). Op. cit., p.59, n.1.3.

⁴²⁴Há quem entenda ao contrário, como MARTINS Neto, João dos Passos (Op. cit., p.171, n. 8.2.2) que diz, textualmente, que esses direitos "tiveram sua disciplina remetida para fora do catálogo."

obrigações do Estado do que, propriamente, direitos do indivíduo⁴²⁵.

Efetivamente, os direitos sociais se traduzem como obrigação do Estado tomar providências concretas para efetivá-los, da qual não se desincumbe com a simples enunciação constitucional.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem sinalizado nesta direção, reconhecendo que os direitos sociais – com destaque para o direito à saúde – constituem direitos a prestações positivas, podendo o interessado exigir do Estado meios concretos para exercê-los. Neste sentido, ao votar vencido na ação direta de inconstitucionalidade contra lei do Estado de São Paulo⁴²⁶ que obrigava os planos de saúde a garantir o atendimento a todas as enfermidades, sem exceções, consignou o ministro Celso de Mello⁴²⁷:

(...)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem, como no caso, providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o

⁴²⁵ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). Op. cit., p.60, n.1.3.

⁴²⁶SÃO PAULO. LEI ESTADUAL N° 9.495, de 04.03.97. "Art. 1º. As empresas de Seguro-Saúde, as empresas de Medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médico-hospitalares e operem no Estado de São Paulo, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doença da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza."

⁴²⁷BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1595/SP, relator ministro Nelson Jobim, julgamento de 30/04/1997, DJ 19-12-2002 pp-00069 ement vol-02096-01 pp-00079.

reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à vida e à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica inderrogável.

(...)⁴²⁸

Analisando a situação dos direitos sociais à luz da Constituição portuguesa⁴²⁹, Cristina Queiroz ressalta que são direitos a prestações, mesmo quando alguns – como o direito de propriedade ou o direito à iniciativa privada – não dependam de comportamento prestacional. São dela as palavras:

Os "direitos económicos" e "sociais" apresentam-se como direitos a "prestações" ou a "actividades do Estado", ainda que a Constituição inclua nesses direitos, "direitos de natureza negativo-defensiva" como, por exemplo, o "direito à iniciativa privada" (artigo 61.º) ou o "direito de propriedade privada" (artigo 62.º), que não carecem, como tal, de conteúdo prestacional. O mesmo poderá dizer-se do "direito à greve" (artigo 57.º) ou do "direito à liberdade sindical"

⁴²⁸Em pelo menos outras duas oportunidades o mesmo ministro Celso de Mello já havia afirmado o direito a prestação positiva dos direitos sociais, em ambas analisando o art. 7º, IV, que dispõe sobre o salário mínimo. Em ambas, assentou o ministro: "A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo." BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1458/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento de 23/05/1996, DJ 20-09-1996 pp-34531 ement vol-01842-01 pp-00128) e ADI-MC 1439/DF, julgamento de 22/05/1996, DJ 30-05-2003 pp-00028 ement vol-02112-01 pp-00076.

⁴²⁹Essa Constituição dedica o Título III, que ocupa os arts. 58 a 79, para tratar dos "Direitos e deveres económicos, sociais e culturais", dividindo-o em três Capítulos: Capítulo I: Direitos e deveres económicos, que abrange o direito ao trabalho, direitos dos trabalhadores, direitos dos consumidores e iniciativa privada, cooperativa e autogestão; Capítulo II: Direitos e deveres sociais, que abrange a segurança social e solidariedade, saúde, habitação e urbanismo, ambiente e qualidade de vida, família, paternidade e maternidade, infância, juventude, cidadãos portadores de deficiência e terceira idade; Capítulo III: Direitos e deveres culturais, que abrange educação, cultura e ciência, ensino, ensino público, particular e cooperativo, universidade e acesso ao ensino superior, participação democrática no ensino, fruição e criação cultural, cultura física e desporto e organização económica.

(artigo 55.º). Estes últimos, qualificados entre nós de "direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores", eram anteriormente considerados como "direitos sociais" ou "conquistas dos trabalhadores". A sua qualificação actual como "direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores", fá-los beneficiar, por imperativo constitucional, do regime especial previsto para os "direitos, liberdades e garantias"⁴³⁰.

Discute-se, também, se os direitos sociais são direitos objetivos ou direitos subjetivos. Parece que não podem ser meros direitos objetivos, conferindo proteção ao indivíduo sem, no entanto, dotar-lhes de meios para exigir que sejam efetivados; antes, são direitos subjetivos e como tais podem ser invocados pelos destinatários⁴³¹.

Depois de esquematizar os direitos fundamentais em três categorias (direitos *stricto sensu*, liberdades e garantias), Cristina Queiroz afirma, apontando a mesma conclusão, embora sob outro prisma:

Perante este quadro, a compreensão dos direitos económicos, sociais e culturais como "direitos originários" implica uma "mudança de significado" e "compreensão" desses direitos e pretensões, colocando com acuidade o "problema da sua efectividade". É que, se alguns dos direitos económicos, sociais e culturais se apresentam como direitos "directamente aplicáveis", sem necessidade de interposição (e/ou intervenção) do legislador, outros, todavia, apresentam-se como "direitos a prestações", dependentes essencialmente de uma actividade mediadora levada a cabo pelos poderes públicos. Exemplo do que se acaba de afirmar, quanto ao primeiro caso, será o "direito de propriedade" (artigo 62.º) ou o "direito de iniciativa privada" (artigo 61.º). Exemplo do segundo, será o do "direito à saúde" (artigo 64.º), do "direito à habitação e urbanismo" (artigo 65.º) ou do "direito ao ensino" (artigo 74.º). Ora, justamente, é nessa questão da

⁴³⁰QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.149, § 2.

⁴³¹QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.150.

"efectividad" dos direitos económicos, sociais e culturais que se tem vindo a falar na "reserva do possível" (Vorbehalt des Möglichen), querendo com isso acentuar a dependência desses direitos dos "recursos económicos" existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira.

Por sua vez, Alexy cita julgados do Tribunal alemão, em tópico em que pergunta se os direitos sociais são *"derechos subjetivo o (mera) norma objetiva"* e responde dizendo assinalar para uma interpretação subjetiva. É o que diz:

Los ejemplos muestran claramente que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, no obstante la tendencia objetiva, es posible obtener también indicaciones claras para una interpretación subjetiva⁴³².

Os exemplos cogitados são quatro e estão mencionados na página anterior da mesma obra:

En el fallo sobre la solución de plazos en el caso del aborto deja abierta la cuestión de la titularidad de derechos fundamentales del nasciturus y elige, en cambio, una solución objetiva. En el fallo Schleyer, se habla exclusivamente de deberes del Estado, pero no de derechos a protección del individuo. En el fallo Kalkar, se distingue entre derechos fundamentales y deberes de protección jurídico-objetivos que pueden ser derivados del orden de los derechos fundamentales; distinción que es reiterada en el fallo Mülheim-Kärlich, que es considerado como una continuación de la línea solución de plazos/Schleyer/Kalkar.

Para chegar à conclusão de que, a despeito do caráter visivelmente objetivo, também é possível extrair interpretação subjetiva, Alexy busca os fundamentos da decisão:

⁴³² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.438.

Desde luego, la tendencia objetiva claramente perceptible en los cuatro fallos es sólo un costado del asunto. En el fallo sobre la solución de plazos, en el contexto de una ponderación, se habla, en todo caso, del "derecho de la persona por nacer". En el fallo Schleyer, se distingue entre un "deber de protección frente al individuo" y de un derecho a protección "frente a la totalidad de los ciudadanos". Si, como parece plausible, se concibe al primero como obligación relacional, entonces al deber del Estado corresponde un derecho del individuo. La tesis formulada en el fallo Kalkar según la cual de los otorgamientos de derechos fundamentales podrían resultar deberes de protección "que ordenan conformar las regulaciones jurídicas de forma tal que se ponga coto al peligro de violaciones de derechos fundamentales", requiere ser interpretada⁴³³.

De forma mais clara, a dupla de escritores Añon Roig e García Añon⁴³⁴ diz textualmente que *"los derechos sociales pueden revestir la fisonomía de los derechos subjetivos en sentido estricto, pero lo más común es que aparezcan enunciados en normas de carácter programático (diretrices) que ordenan a los poderes públicos la persecución de determinado objetivo social"*.

Na seqüência, acrescenta que *"la enunciación de los derechos sociales no se ha visto acompañada de de la elaboración de garantías adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y protección jurisdiccional parangonables a las previstas para la tutela de los derechos de libertad"*⁴³⁵.

9.5. Conclusão

Concluindo este tópico, pode-se afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, especialmente pelo fato de integrarem o catálogo

⁴³³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp.437/438.

⁴³⁴ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). Op. cit., p.60.

⁴³⁵ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). Op. cit., p.60.

constitucional, embora nem todos possuam conteúdo essencialmente fundamental, como o direito à proteção contra a automação (art. 7º, XXVII, da Constituição Federal).

Isso, contudo, não é suficiente para conferir eficácia imediata e total a todas as normas que os definem, faltando a muitas delas os elementos necessários de formação – hipótese, mandamento, consequência e destinatário –, a exemplo da norma que estabelece a proporcionalidade do prazo do aviso prévio em relação ao tempo de serviço, mas remete à lei ordinária a forma de calcular a proporção.

Ademais, a regra inserta no art. 5º, § 1º, que noticia eficácia imediata e total para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não contempla, necessariamente, os direitos sociais, embora também não os exclua, devendo ser verificada no caso concreto a presença dos elementos de formação.

Aliás, os direitos sociais não são direitos universais – embora possam ser encontrados em significativo número de constituições, assim como podem ser negados em outras –, mas sim positivados em determinadas constituições, o que é essencial para caracterizá-los como fundamentais⁴³⁶.

⁴³⁶BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. (org. SARLET, Ingo Wolfgang). pp.113/114, n.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. "A integração dos direitos sociais no quadro dos direitos humanos implica logicamente em considerá-los, preliminarmente, sob a perspectiva da sua universalidade. O núcleo do argumento central, que não inclui na categoria dos direitos humanos os direitos sociais, refere-se à sua universalidade. Argumentos teóricos e práticas, políticas e legislativas, contestam essa universalidade, separando os direitos sociais dos direitos civis e políticos. A hipótese a ser desenvolvida neste trabalho é a de que esses argumentos somente poderão ser superados se e quando situarmos os direitos sociais numa dimensão propriamente ética o que lhes trará, assim como trouxe, historicamente, para os direitos civis e políticos, a qualidade de direitos humanos universais. Torna-se, assim, necessário analisar os fundamentos lógicos e empíricos dos direitos sociais para que se possa verificar onde se situam os obstáculos a sua integração no corpo dos direitos humanos.

CAPÍTULO II: DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. NOÇÕES

Repita-se uma vez mais, para não pairar dúvida, que o objeto de estudo deste trabalho tem como limite analisar o significado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, especialmente em face de sua localização, como parágrafo de um artigo⁴³⁷, e pela diversidade de conteúdo dos direitos e garantias fundamentais⁴³⁸.

Trata-se de construir um novo paradigma, que justifique racionalmente a integridade dos direitos humanos, neles incluídos os direitos sociais."

⁴³⁷Na técnica legislativa, os parágrafos se prestam para expressar aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por ele estabelecida. Neste sentido consta do art. 11, inciso III, alínea "c", da Lei Complementar nº 95, de 26.02.1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e tem por objeto propiciar meios para obtenção de ordem lógica. Cfr.: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. p.65. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. *"Os parágrafos são, na técnica legislativa, a imediata subdivisão do artigo ou disposição acessória, marginal e complementar do trecho onde figura. A disposição principal (artigo) é assim explicada, restringida ou modificada pelo parágrafo, disposição secundária."* Cfr. tb.: BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Manual de redação da Presidência da República*. p.193. Brasília: Presidência da República, 1991. *"Os parágrafos constituem, na técnica legislativa, a imediata divisão de um artigo, ou, como anotado por Arthur Marinho, "(...) parágrafo sempre foi, numa lei, disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal."*

⁴³⁸A diversidade de conteúdos não se verifica apenas nas normas que definem direitos e garantias fundamentais. Como anota Jorge Miranda (Op. cit., t.II, p.42.), as *"normas*

A redação promete solução simplista para um problema que, na prática, mostra-se complexo:⁴³⁹ dizendo que essas normas têm aplicação imediata, o constituinte pretendeu enfrentar a questão da densidade normativa⁴⁴⁰ das normas constitucionais, em que algumas dependem de regulamentação legislativa, enquanto outras encontrariam⁴⁴¹ nelas próprias todos os elementos necessários para produzir os efeitos que lhe são esperados⁴⁴².

Com as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais pretendeu-se solução direta, pois se determinou aplicabilidade imediata sem questionar eventual falta de densidade normativa, quando é certo que em muitas delas há expressa referência à necessidade de lei regulamentadora⁴⁴³, de modo que a compreensão do seu significado exige,

materialmente constitucionais não cabem hoje, como não cabiam já nas constituições liberais. Basta pensar no próprio domínio mais generalizadamente tipo por pertencente à Constituição material: desde o estatuto dos órgãos e dos titulares dos órgãos governativos à regulamentação das eleições políticas, as respectivas normas não se esgotam (nem podem esgotar-se) na Constituição formal (ou na Constituição instrumental)."

⁴³⁹Sobre a complexidade de aplicação das normas jurídicas, cfr. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Op. cit., p.5.

⁴⁴⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.524, "c."

⁴⁴¹Usa-se o verbo no tempo condicional para demonstrar certa irresignação com a tentativa de dar aplicação imediata a essas normas, quando se verá que algumas dependerão de regulamentação legislativa.

⁴⁴²Particularmente quanto às normas definidoras de direitos e garantias individuais, assim se expressava a doutrina no início do século XX, reforçando a necessidade de regulamentação legislativa: *"Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários — o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa."* (SOUSA, Marnoco e. *Comentário à Constituição da República*. p.14, 1913, apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.185.

⁴⁴³Confira-se, por antecipação, os seguintes incisos do art. 5º, entre muitos outros, da Constituição Federal de 1988: VI, que subordina à lei a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII, que submete à lei o exercício do direito à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; XII, que submete à lei a regulamentação das hipóteses e forma que o juiz deve obedecer para autorizar ou determinar violação do sigilo telefônico para fins de investigação criminal ou instrução

necessariamente, interpretação constitucional⁴⁴⁴.

Por isso que, em busca do resultado colimado, o capítulo anterior foi destinado a estudos sobre os direitos e garantias fundamentais, ressaltando suas espécies e distinções entre uns e outros, assim como se procurou caracterizar o que são direitos individuais e direitos coletivos, bem como identificar a posição constitucional dos direitos sociais.

Por outros termos, a norma-objeto consta de um parágrafo do art. 5º, que, por isso, não deveria representar mais que uma disposição acessória, marginal ou complementar dele⁴⁴⁵. Mas, a expressão "fundamental", em lugar de "individual ou coletivo", parece indicar que se aplica também aos demais artigos que veiculam direitos e garantias fundamentais, e não somente aos constantes do rol respectivo.

Traçadas essas linhas, o caminho para o ponto final está praticamente pavimentado, mas ainda há um trecho a percorrer: firmar compreensão do que seja aplicabilidade das normas constitucionais para, após isso, particularizar a aplicação das que definem direitos e garantias fundamentais, que deve ser imediata, segundo determina a norma constitucional analisada⁴⁴⁶.

processual penal; XXVI, que submete à lei a regulamentação do conceito de pequena propriedade rural para fins de impenhorabilidade; XXXII, que submete à lei regulamentar a forma de defesa do consumidor; XLI, que submete à lei a regulamentação dos meios de punição aos atos discriminatórios dos direitos e liberdades fundamentais;

⁴⁴⁴ "Aplica-se a lei interpretando, diz Cossio." Apud SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed., p.29. México: Porrúa, 1973.

⁴⁴⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. p.65. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

⁴⁴⁶ Não há uniformidade doutrinária nem mesmo quanto à terminologia mais adequada para enfrentar o problema, preferindo alguns denominar de "aplicabilidade das normas

Por conseguinte, este capítulo será destinado a traçar algumas linhas sobre a problemática da eficácia das normas constitucionais como um todo, ficando o próximo para a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, tema que tem ocupado boa parte dos juristas e não é pacífico, pelo menos na classificação que se lhe costuma dar.

A discussão surge porque uma constituição, em regra, não é analítica, como as leis, resumindo-se a estabelecer princípios que devem ser mais detalhados pelo legislador ordinário. Nestes casos, se o legislador não der a devida regulamentação ao dispositivo constitucional, ele seria "letra morta"⁴⁴⁷?

2. EFICÁCIA OU APLICABILIDADE? UM PROBLEMA TERMINOLÓGICO

2.1. Noções

Na verdade, a discussão consiste em saber se todas as normas contidas em uma constituição, isto é, se todos os dispositivos constitucionais, contêm

constitucionais", como José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998), enquanto outros, sem negar que se trata de típico problema de aplicação, preferem designar simplesmente de "eficácia constitucional", como Maria Helena Diniz (*Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed., p.33. São Paulo: Saraiva, 1992), e outros, e são a maioria, utilizam a expressão "aplicação", como está no texto constitucional. Durante os debates constituintes, o deputado Chico Alencar propôs que se adotasse o termo "aplicabilidade", conforme consta da PR nº 0129-4, justificando-a por definir "a correta categoria jurídica, qual seja aplicabilidade, traduzindo a qualidade de o direito conferido ser fruído imediatamente". (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315, p.22. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 28.05.2006, às 03h24). A proposta foi criticada pelo deputado Gastone Righi e não chegou a ser votada. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. p.161. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

⁴⁴⁷MARTINEZ, Julian Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. Num. 15, jul./dic./2006, p.16, n.49. In Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ciudad Universitaria: México, 2003, in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.pdf>, acesso em 15.06.2006, às 22h54.

conteúdo normativo automático que se sobrepõe aos demais, inclusive aos emitidos por outros poderes constituídos, ou se há necessidade de intermediação regulamentadora justamente por parte desses poderes.

Surge, assim, o problema terminológico que deve ser resolvido para se subsumir à pureza de linguagem, evitando-se o uso de expressões diferentes para designar institutos iguais, ou expressões iguais, para institutos diferentes⁴⁴⁸.

Em geral, fala-se muito de *eficácia* das normas constitucionais, mas o termo utilizado na Constituição brasileira de 1988 é "aplicabilidade", o que leva a doutrina a recomendar que se busque a terminologia adequada⁴⁴⁹.

Por outro lado, os mesmos autores que utilizam a expressão lançada no texto constitucional, também utilizam a expressão "eficácia", ora parecendo querer designar dois institutos⁴⁵⁰, ora institutos iguais ou complementares entre si⁴⁵¹.

⁴⁴⁸BUZUID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Item 26. "O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes."

⁴⁴⁹TAVARES, André Ramos. Op. cit., p.81; FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. pp.11/19. São Paulo: Atlas, 1990; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. p.46.; São Paulo: Malheiros, 2004, in verbis: "Estabelecidas as devidas definições e distinções, já é possível argumentar em favor da tese de que a expressão "eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares" descreve de forma mais clara e rigorosa o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais."

⁴⁵⁰Cfr. por todos: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.63. "1. O problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais começa com as incertezas terminológicas, o que dificulta ainda mais sua solução e até mesmo sua formulação científica."

⁴⁵¹Cfr. por todos: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.83. "Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade

Há, no entanto, quem se refira unicamente à eficácia das normas constitucionais sem se preocupar com eventual distinção do termo para com a aplicabilidade, como se vê em Gomes Canotilho⁴⁵² e Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴⁵³, por exemplo.

Mas, há quem veja nítida distinção entre eficácia e aplicabilidade, dizendo, expressamente, para não se confundir *existência, validade e eficácia* das normas constitucionais com a aplicabilidade dessas mesmas normas⁴⁵⁴, mostrando-se necessário, então, resolver o problema terminológico antes de prosseguir.

2.2. Opção pelo termo “eficácia”

2.2.1. Noções

Para tratar da eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva elege o que denomina de condições mínimas de aplicabilidade, começando por explicar justamente o que é aplicabilidade, que seria “*possibilidade de aplicação*” que, por sua vez, “*consiste na atuação concreta da norma*”,⁴⁵⁵ para o que é necessário que esteja “*plenamente aparelhada para incidir.*”⁴⁵⁶

Essas condições mínimas são, segundo sua lição, vigência, validade, legitimidade e aptidão para produzir efeitos, ou, como ele próprio indaga,

indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia.”

⁴⁵²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.186, n.2.

⁴⁵³Op. cit., p.18.

⁴⁵⁴GEBRAN Neto, João Pedro. Op. cit., 126.

⁴⁵⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.51.

⁴⁵⁶SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.51.

consiste na pergunta se, enfim, a norma tem ou não tem eficácia.⁴⁵⁷

De fato, a solução de determinado caso concreto exige que se investigue acerca da validade da norma, assim como de sua vigência e, particularmente em se tratando das normas constitucionais, também sobre sua eficácia, sendo, portanto, três os institutos, dos quais apenas o último relacionado com o tema proposto neste trabalho.

Com efeito, cuida-se, como se tem insistido, de interpretar o dispositivo que determina que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais – logicamente, da Constituição Federal de 1988 – têm aplicação imediata, o que nada tem a ver com a validade dessas normas, tampouco com a vigência, como adiante será mostrado.

2.2.2. Validade da norma

A eficácia da norma não se confunde com a sua validade que, em poucas palavras, significa *constitucionalidade*. Norma válida é a norma que não colide com a constituição, seja essa norma anterior ou contemporânea com a constituição, como anotara Pontes de Miranda⁴⁵⁸:

À constituição têm de amoldar-se as leis, assim as leis a serem feitas, como as leis já promulgadas. A noção de constitucionalidade surge juridicamente a partir do momento em que começa a ter vigor a constituição: todo o material legislativo que existe considera-se revogado no que contraria os preceitos constitucionais.

É certo que a doutrina e a jurisprudência modernas não atribuem a mesma natureza aos atos anteriores e aos atuais incompatíveis com a

⁴⁵⁷SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.51.

⁴⁵⁸Apud RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Op. cit., v.I, p.335, n.253.

constituição, optando por considerar os primeiros como revogados e os segundos, inconstitucionais, o que implica considerar aqueles como não mais em vigor, e os últimos, inválidos. Anotando a diferença entre as duas situações, assim escreveu Barroso:

As manifestações transcritas acima, embora cuidassem de destacar a necessária compatibilidade entre a velha ordem e a nova constituição, passam ao largo de uma discussão que seduz os teóricos, mas que tem, igualmente, significativas conseqüências práticas. É que a doutrina tem assumido posições que se contrapõem com certo radicalismo no que toca às relações entre a constituição e a lei anterior.

*De um lado, há os que sustentam que a nova constituição, ao entrar em vigor, simplesmente revoga toda a legislação precedente com ela incompatível. Portanto, cuidar-se-ia de um conflito de natureza temporal, a ser resolvido no plano da vigência da norma. De outro lado, há os que sustentam a inadequação de se tratar tal questão à luz do direito intertemporal, sob o argumento de que a regra *lex posterior derogat priori* somente se aplica a normas de igual hierarquia. Por via de conseqüência, consideram que o conflito entre a constituição e a lei anterior é de natureza hierárquica, a ser resolvido no plano da validade da norma. Logo, se a constituição e a norma anterior são incompatíveis, é caso de pronunciar-se a inconstitucionalidade da norma, e não sua revogação⁴⁵⁹.*

Entre os que defendem tratamento diferenciado – revogação do ordenamento anterior, inconstitucionalidade do contemporâneo – pode ser citado o ex-ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, quando, compartilhando da corrente dominante, afirmou que a *“doutrina e a jurisprudência brasileira concebem a questão no âmbito do direito intertemporal: a legislação anterior à constituição e com esta incompatível*

⁴⁵⁹BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Op. cit., p.72.

considera-se revogada."⁴⁶⁰

Outro é o ensinamento de Canotilho, para quem o direito anterior também é objeto de controle de constitucionalidade e não simples questão de direito intertemporal que se resolve por meio da revogação. É o que diz⁴⁶¹:

Os juízes podem e devem conhecer da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional e o TC pode julgar inconstitucionais normas cuja entrada em vigor retrotraí a um momento anterior ao da entrada em vigor da constituição.

Ao contrário do que se defende habitualmente na doutrina, julga-se não existir, em relação a leis ordinárias pré-constitucionais contrárias à constituição, nem uma relação de anterioridade dos juízos de revogação e de inconstitucionalidade nem uma relação de exclusão. Não há uma relação de anterioridade: a respeito de normas revogadas não se suscita um problema de constitucionalidade. Não há uma relação de exclusão: se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a constituição, então a contrariedade é ela mesma premissa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). Como se escreveu noutro lado, um tribunal não pode certamente aplicar uma norma de direito pré-constitucional contrária à constituição, pois ela deixou de vigorar, mas só a pode considerar revogada ou caducada depois de a ter considerado contrária à constituição.

Sem embargo das respeitadas opiniões contrárias e a favor, não é esse exatamente o problema enfocado neste trabalho, que não trata nem do controle da constitucionalidade e nem da vigência das normas constitucionais,

⁴⁶⁰VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle da constitucionalidade da Constituição brasileira de 1988*. In Temas de Direito Público. p.138. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

⁴⁶¹CANTOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.1108.

mas sim da eficácia das que definem direitos e garantias fundamentais.

Mas, essa abordagem se fez necessária para mostrar a distinção existente entre vigência e validade, vez que tem prevalecido o entendimento de que normas anteriores, incompatíveis com a nova Constituição, consideram-se revogadas, é dizer, não mais em vigor⁴⁶², enquanto as que lhe forem contemporâneas e também incompatíveis, consideram-se inconstitucionais, é dizer, inválidas.

Em resumo, a validade da norma decorre da observância do processo legislativo e da incidência sobre matérias que possam ser objeto de lei, enquanto eficácia jurídica é a potencialidade da norma para produzir efeitos. Será válida a lei que for produto de regular processo legislativo e não apresentar vício de inconstitucionalidade material, mas não será eficaz se depender de alguma condição⁴⁶³.

⁴⁶²Cfr. tb.: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2/DF, relator ministro Paulo Brossard, julgamento 06/02/1992, DJ 21-11-1997 pp-60585 ement vol-01892-01 pp-00001. *“EMENTA: Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. 1 A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispendo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.”*

⁴⁶³DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed., p.23. São Paulo: Saraiva, 1992. *“A validade constitucional, intimamente relacionada com a eficácia constitucional, indica que a disposição normativa é conforme às prescrições constitucionais; assim, nesse sentido, válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional. A validade formal, ou técnico-jurídico (vigência, em sentido amplo), de uma norma significa que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais. Logo, como mais adiante veremos,*

Ao contrário, a norma que não obedecer ao processo legislativo ou a que violar preceito constitucional material será inválida, o que não impede que seja eficaz e apta a produzir todos os efeitos até que a inconstitucionalidade seja declarada⁴⁶⁴, e, efetivamente, produza efeitos que, em certos casos, não poderão sequer serem desfeitos.

Isto avulta claro quando se tem em vista que em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal, inclusive com base na Lei nº 9.868, de 10.11.1999, atribui efeito da declaração de inconstitucionalidade para o futuro⁴⁶⁵, ressaltando a validade dos atos até então praticados, com o

a norma constitucional não pode ser válida formalmente, porque é a primeira de uma cadeia normativa, é uma norma-origem, por não se fundar em nenhuma outra."

⁴⁶⁴LARENZ, Karl. Op. cit., pp.270/271. "Se o jurista pergunta se uma lei é válida, não tem em vista se a lei é sempre observada ou o é na maioria das vezes, mas e a pretensão de validade que enquanto norma lhe é conatural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa de normas. Para decidir tal questão, pergunta se certos actos que têm como sentido o conferir validade a uma norma foram realizados pelas pessoas para tal legitimadas por normas de escalão superior, segundo o procedimento nessas normas previsto e se o conteúdo da norma assim posta está de acordo com as exigências a esse respeito colocadas pelas normas de escalão superior. Para comprovar a sua validade, compara a norma com outras normas. A esta espécie de normas pertencem não só as normas constitucionais sobre competência legislativa e o processo que a esse propósito deve observar-se, mas também todas as normas que limitam a liberdade do legislador no que toca à conformação do conteúdo das suas normas, já que estas normas, os direitos fundamentais, "vinculam" também o legislador como "Direito imediatamente aplicável", segundo a disposição expressa da nossa Lei Fundamental (art. nº 1, nº 3). Decerto que o jurista não pode, com métodos jurídicos, levar a sua indagação para além da validade normativa da Constituição. Tal constitui, como já foi observado, um problema de filosofia do Direito. A questão suscita-se inevitavelmente em conexão com a questão acerca da possibilidade e cognoscibilidade do "Direito legislado injusto". Na vigência de uma Lei Fundamental que, como a nossa, elevou à dignidade de princípios constitucionais princípios jurídicos fundamentais de índole mais geral, esta questão situa-se certamente por regra no contexto da comprovação da constitucionalidade das leis e é assim uma questão de interpretação da Constituição. A vinculação do legislador ordinário aos princípios do Estado de Direito e aos direitos fundamentais estabelecidos na constituição confere, como é fácil de ver, à actividade decisória judicial, mas ao mesmo tempo também à jurisprudência, uma importância considerável em relação ao legislador."

⁴⁶⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 442.683-RS, julgamento de 13/12/2005, DJ 24.03.2006 relator ministro Carlos Velloso. "EMENTA: I (...). II. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos." Ao concluir

que, a despeito da inconstitucionalidade, e, por isso, invalidade, há efeitos que não serão alcançados nem mesmo pela declaração do vício, conservando, assim, a eficácia⁴⁶⁶.

Justamente por isso – porque validade significa constitucionalidade e invalidade, a inconstitucionalidade – todas as normas constitucionais são válidas, porquanto não se cogita de inconstitucionalidade de normas da própria constituição⁴⁶⁷.

seu voto, anotou o relator: *"A questão dos efeitos ex nunc ou pro futuro da decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei não tem, conforme vimos, sabor de novidade no Supremo Tribunal Federal. É que, anotei no voto que proferi no citado RE 328.232-AgR/AM, "uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz."*

⁴⁶⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.1012. *"À inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta. É possível, por exemplo, fixar a inconstitucionalidade mas com efeitos prospectivos ou pro futuro e não com efeitos retroactivos (como na nulidade absoluta)."*

⁴⁶⁷Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de que normas constitucionais também podem ser inconstitucionais: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* (trad. e nota prévia COSTA, José Manual M. Cardoso). Coimbra: Almedina, 1994. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também não admite a tese de inconstitucionalidade de normas da própria Constituição dizendo que não lhe cabe o papel de fiscal do poder constituinte. Neste sentido: *"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. §§ 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de constituição rígida. Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido."* ADI 815/DF, relator ministro Moreira Alves, julgamento de 28/03/1996, DJ 10-05-1996 pp-15131 ement vol-01827-02 pp-00312.

2.2.3. Vigência e eficácia da norma

Por outro lado, vigência também não se confunde com a eficácia, embora por vezes os termos sejam utilizados como se fossem sinônimos. Vigência, do latim *vigere*, exprime o que está em voga. Neste sentido, explica De Plácido e Silva⁴⁶⁸:

VIGÊNCIA. Do latim vigens, de vigere (estar em voga, vigorar), é empregado no mesmo sentido de vigor, eficácia, força. A vigência, assim, revela a qualidade, ou o estado, do que está em vigor, permanece efetivo, exerce toda sua força, ou se encontra em plena eficácia, ou efeito.

Mais adiante e na mesma página o autor explica o sentido de “viger”, dizendo ser o mesmo que *“vigorar, equivalendo, assim, a estar em vigor, ter vigor, estar em vigência, estar em uso.”*

Embora o termo “eficácia” tenha sido incluído na explicação do que seja vigência, parece certo que esta significa o período de tempo que medeia entre a entrada em vigor e a revogação, o primeiro correspondendo ao nascimento, e o segundo, à morte da lei⁴⁶⁹.

Mas, a morte não faz desaparecer os efeitos produzidos – ou que deveriam ter sido produzidos – durante a vigência da lei, mesmo porque são comuns fórmulas que determinam a *sobrevida* de efeitos mais benéficos

⁴⁶⁸ *Vocabulário jurídico*. 2.ed., v.IV, p.492. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

⁴⁶⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3.ed., amp.e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. p.23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. *“A vigência da norma equivale ao seu período de vida. A carga de obrigatoriedade do respeito à norma elaborada pelo órgão competente, isto é, desde o seu nascimento até quando deixa de existir no mundo jurídico pelo surgimento de uma outra norma que disponha sobre a mesma matéria em sentido contrário, ou quando o ordenamento jurídico prevê a sua anulação por vício através de processos específicos, ou, ainda, quando ela própria prevê o período determinado para sua existência.”*

constantes de leis anteriores⁴⁷⁰, embora revogadas por leis posteriores, para não violar direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada⁴⁷¹.

Dando aplicação prática a esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu em favor de réu condenado pela prática de certo crime, aplicando lei que não estava mais em vigor, mas que lhe era mais benéfica, como se vê de parte da ementa:

*EMENTA. I (...). II. Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade in melius já determinara.*⁴⁷²

Por outro lado, o mesmo Tribunal utiliza a expressão "vigência" como sinônimo de "eficácia", como se vê de certo trecho do voto do ministro Gilmar Mendes ao conceder liminar em ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 196, de 19.01.2005, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que dispõe sobre recolhimento de emolumentos.

Ao concluir seu voto, o ministro falou da "*conveniência política da suspensão da eficácia*", mas concedeu a liminar para "o fim de suspender a vigência da Resolução", *in verbis*:

⁴⁷⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 5º. (...) XL. a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;"

⁴⁷¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 5º. (...). XXXVI. a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

⁴⁷²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 418876/MT, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 30/03/2004, DJ 04-06-2004 pp-00048 ement vol-02154-04 pp-00662.

Ao adotar o conceito jurídico indeterminado de conveniência política da suspensão da eficácia, procurou o Tribunal desenvolver um conceito geral que lhe outorgue maior liberdade para avaliar a necessidade ou não de suspensão cautelar da lei ou do ato normativo. É certo, por outro lado, que a utilização desse conceito permite que o Supremo Tribunal desenvolva um modelo diferenciado para o processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade, tanto quanto possível distinto do processo cautelar convencional.

No caso, não tenho dúvida da conveniência política da suspensão do ato, tendo em vista o conteúdo desagregador da medida adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com imediata repercussão na relação entre os Poderes daquele Estado.

Meu voto, portanto, ressalvado melhor juízo quando da apreciação do mérito desta ação direta, é no sentido do deferimento da cautelar para o fim de suspender a vigência da Resolução 196, de 2005⁴⁷³.

Em outro julgado, o Tribunal foi ainda mais expresso ao utilizar os dois termos sem ressaltar suas distinções⁴⁷⁴, inclusive invocando o magistério do ministro Ayres Britto⁴⁷⁵:

A vigência e a eficácia de uma nova constituição implicam a supressão da existência, a perda de validade e a cessação de eficácia da anterior constituição por ela revogada, operando-se, em tal situação, uma hipótese de revogação global ou sistêmica do ordenamento constitucional precedente, não cabendo, por isso mesmo, indagar-se, por impróprio, da compatibilidade, ou não, para efeito de recepção, de quaisquer preceitos constantes da Carta Política anterior, ainda que materialmente não-conflitantes com a

⁴⁷³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 3401/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento de 03/02/2005, DJ 03-06-2005 pp-00004 ement vol-02194-01 pp-00188 LJSTF v.27, n. 320, 2005, p.42-66.

⁴⁷⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR-ED-EDv-AgR-ED 386820/RS, relator ministro Celso de Mello, julgamento de 24/06/2004, DJ 04-02-2005 pp-00007 ement vol-02178-03 pp-00544 RDDP n. 26, 2005, p.160-171.

⁴⁷⁵BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. p.106. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

*ordem constitucional originária superveniente*⁴⁷⁶.

Mas, não há como confundir: a questão de vigência está relacionada com a vida, isto é, com o período de tempo entre a entrada em vigor e a revogação da lei, enquanto a eficácia jurídica diz respeito à simples aptidão da norma para produzir efeitos⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. p.122. São Paulo: Martins Fontes, 1990. "É igualmente irrelevante saber se a substituição foi efetuada através de um movimento emanado da massa popular ou através da ação de pessoas em postos governamentais. De um ponto de vista jurídico, o critério decisivo de revolução é o de que a ordem em vigor foi derrubada e substituída por uma nova ordem de um modo de que a primeira não havia previsto. Na maioria das vezes os novos homens que a revolução leva ao poder anulam a Constituição e certas leis de importância política proeminente, e estabelecem outras em seu lugar. Uma boa parte da velha ordem "permanece" válida dentro da estrutura da nova ordem. Mas a expressão "permanece válida" não dá uma descrição adequada do fenômeno. Apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade. Elas não são válidas em virtude de terem sido criadas da maneira prescrita pela velha Constituição. Essa Constituição não está mais em vigor: ela foi substituída por uma nova Constituição que não é o resultado de uma alteração constitucional da primeira. Se as leis introduzidas sob a velha Constituição "continuam válidas" sob a nova Constituição, isso é possível apenas porque a validade lhes foi conferida, expressa ou tacitamente, pela nova Constituição. O fenômeno é um caso de recepção (semelhante à recepção do Direito Romano). A nova ordem recebe, isto é, adota, normas da velha ordem; isso quer dizer que a nova ordem dá validade (coloca em vigor) as normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem. A recepção é um procedimento abreviado de criação de Direito. As leis que, na linguagem comum, inexata, continuam sendo válidas são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas cuja significação coincide com as velhas leis. Elas não são idênticas às velhas leis, porque seu fundamento de validade é diferente. O fundamento de sua validade é a nova Constituição, não a velha, e a continuidade das duas não é válida, nem do ponto de vista de uma, nem do da outra. Assim, nunca é apenas a Constituição, mas sempre toda a ordem jurídica que é modificada por uma revolução. Isso mostra que todas as normas da velha ordem foram privadas de sua validade, não só de facto mas também de jure. Nenhum jurista sustentaria que mesmo após uma revolução vitoriosa a velha Constituição e as leis nela baseadas permanecem em vigor, valendo-se do argumento de que elas não foram anuladas da mesma maneira prevista pela velha ordem. Todo jurista presumirá que a velha ordem – à qual não corresponde mais nenhuma realidade política – deixou de ser válida, e que todas as normas válidas dentro da nova ordem recebem sua validade exclusivamente da nova Constituição. Segue-se, então, que, a partir desse ponto de vista jurídico, as normas da velha ordem não podem mais ser reconhecidas como normas válidas."

⁴⁷⁷SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.66.

2.2.4. Eficácia jurídica e eficácia social

2.2.4.1. Noções

Como exposto, eficácia da norma constitucional não se confunde com vigência e nem com validade, sendo três realidades distintas, embora não falte quem os veja como institutos iguais, ou pelo menos não se preocupe em estabelecer suas diferenças, especialmente quanto à vigência e eficácia⁴⁷⁸.

Mas, é certo, uma norma pode ser eficaz sem estar em vigor, e pode estar em vigor sem ser eficaz, porquanto a vigência diz respeito ao período de sua existência – desde a entrada em vigor até a revogação – enquanto a eficácia diz respeito à produção de efeitos – efeitos reais ou aptidão para produzi-los.

Com isso, há duas espécies de eficácias que não se confundem, embora nem sempre os autores se refiram a ambas, preferindo ficar com a eficácia social, como o fez Evaristo de Moraes Filho⁴⁷⁹:

Vigente é o direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz, o que se imiscuiu na conduta dos homens em sociedade, e não o que simplesmente se contém na letra da lei, sem ter conseguido força real suficiente para impor-se aos indivíduos e grupos sociais.

Segundo o autor, norma eficaz é a que se impõe, efetivamente, perante a sociedade, é dizer, é a norma que produz os efeitos dela esperados. Essa é, porém, eficácia social, não eficácia jurídica, das quais poderiam ser citadas como exemplos hipotéticos a que faz diminuir a criminalidade, melhora as

⁴⁷⁸DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. Op. cit., p.22. A professora cita autores (Max Ernst Mayer, Carlos Cossio e Evaristo de Moraes Filho) que vêem os termos *vigência* e *eficácia* como sinônimos. De Max Ernst Mayer citou o seguinte trecho: "*Vigência equivale à influência social, à eficácia.*"

⁴⁷⁹*O problema de uma sociologia do direito*. 2.ed., p.34. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

condições de vida ou torna a Administração mais eficiente.

2.2.4.2. Eficácia social e efetividade

Há quem, como José Carlos Vasconcellos dos Reis⁴⁸⁰, que pretende distinguir *eficácia social* e *efetividade* dizendo que a primeira consiste na produção de efeitos da norma, e a segunda, no resultado prático que dela se espera. Para ele, então, o que aqui se denomina de “eficácia social” seria “efetividade”⁴⁸¹.

Parece que essa posição pertence à minoria, vez que a maioria considera socialmente eficaz a norma jurídica que, de fato, produz os efeitos dela esperados.

A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não. Casos há em que o órgão competente emite normas, que por violentarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; conseqüentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social).⁴⁸²

O professor Manoel Reigota⁴⁸³ mostra um claro exemplo do que caracteriza a eficácia social, reafirmando o entendimento de que assim é a norma que, efetivamente, produz os efeitos dela esperados:

⁴⁸⁰As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado. p.79. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁸¹KELSEN, Hans. Op. cit., p.19. “(...) fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.”

⁴⁸²DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.28.

⁴⁸³REIGOTA, João Manoel S.. Da lei complementar na estrutura escalonada das normas jurídicas. In Revista Direito Mackenzie, n.2, ano 1, p.48. São Paulo: Mackenzie, s/a..

Tem-se por eficácia social o fenômeno consistente em adequar-se, a conduta dos destinatários da norma, à vontade nela contida. É o assentimento do povo em relação à norma que a faz dotada de eficácia social.

Num exemplo banal, de fato, é manifesta a eficácia social da norma jurídica quando, na parada de ônibus, inúmeras pessoas estão fumando; o coletivo chega e, antes de nele entrar, todos apagam seus cigarros. De pronto. Visível a olho nu, no caso, a eficácia social da norma que proíbe que se fume no interior dos ônibus.

A professora Regina Ferrari tem o mesmo pensamento: *“Como eficácia social, que designa a efetiva conduta social, acorde com a prevista pela norma, referindo-se, dessa forma, ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada.”*⁴⁸⁴. Aliás, mais adiante a professora afasta de vez qualquer dúvida acerca do que seja eficácia social dizendo que *“podemos admitir que uma norma pode ter eficácia jurídica sem ter eficácia social”*⁴⁸⁵.

2.2.4.3. A eficácia não depende da vigência

Realmente, uma norma em vigor pode não ser eficaz do ponto de vista social, por não produzir os efeitos que dela se esperam⁴⁸⁶, mas também pode

⁴⁸⁴FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Op. cit., p.21.

⁴⁸⁵FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Op. cit., p.22.

⁴⁸⁶Talvez um bom exemplo seja a “lei dos crimes hediondos” – Lei nº 8.072, de 25.07.1990 –, que não conseguiu reduzir a criminalidade. Pelo contrário, o que se viu depois dela foi um aumento vertiginoso de alguns dos crimes hediondos, como a extorsão mediante seqüestro. Se antes da lei era espécie de crime praticado em grandes centros e contra vítimas com alto poder financeiro, depois dela se banalizou de tal forma que qualquer pessoa pode ser considerada vítima em potencial. Matéria publicada no Jornal O Globo www2.uerj.br/~clipping/fevereiro04/d18/oglobo_numeros_carcere.htm acesso em 28.03.2006, às 02h40, mostra a realidade: *“Os números de seqüestros no Rio estão em catifeiro. Apesar de garantir que conseguiu zerar este tipo de crime no Rio, a Secretaria de Segurança omite dados estatísticos que revelariam à população uma realidade bem diferente. O GLOBO teve acesso a uma planilha da própria secretaria mostrando que, graças à criação de uma nova denominação para o crime em julho, o número de extorsões mediante seqüestro foi de apenas 14 em 2003, 45% menor que o índice real.*

não ser eficaz do ponto de vista jurídico, por se sujeitar a determinada condição que impeça a produção de efeitos.

É neste sentido que se emprega o termo "eficácia", isto é, no sentido jurídico, de aptidão para produzir efeitos, e não, propriamente, de que produz os efeitos esperados. Segue-se, assim, a orientação de Meirelles Teixeira⁴⁸⁷, bem como de José Afonso da Silva⁴⁸⁸, que afirma:

Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que 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 de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Na verdade, 17 casos de seqüestro (55%) ficaram escondidos sob o item "extorsão com momentânea privação da liberdade da vítima", nunca divulgado nos boletins mensais de criminalidade. A Secretaria alega que os casos não são de seqüestro clássico porque as vítimas são mantidas "em cativeiro efêmero" - por poucas horas. No dia 6 de fevereiro deste ano, o estado publicou um anúncio de página inteira em jornais em que afirmava ter reduzido em 65% o número de seqüestros de maio a dezembro de 2003 em relação ao mesmo período de 2002. Mas o que a mudança esconde é que o número de seqüestros até cresceu de 2002 para 2003. Em 2002, foram 24 casos e, em 2003, se somados os dois itens que passaram a vigorar no cálculo da estatística, o total chegaria a 31. Em vez de cair, o número de seqüestros, de fato, aumentou 29,1%." (O GLOBO. Números do cárcere. p.13.)

⁴⁸⁷TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. p.289. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

⁴⁸⁸*Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.66.

Logo na seqüência o autor completa⁴⁸⁹:

Os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, como já anotamos antes.

Enfim, são dois os sentidos da expressão "eficácia": o primeiro, designando a efetiva produção dos efeitos que se espera da norma, que se traduz, assim, como eficácia social; o segundo, designando aptidão para produzir efeitos, que se traduz, assim, como eficácia jurídica.

Nenhum dos dois sentidos depende, necessariamente, da vigência, nem é suficiente, porque, como já restou afirmado, a norma pode estar em vigor e não produzir os efeitos dela esperados, ou estar em vigor e nem poder produzir os efeitos, por se subordinar a algum evento exterior que a impeça de produzi-los.

Pode, finalmente, não estar mais em vigor – o que se dá com a revogação – e, não obstante, continuar eficaz em relação aos fatos ocorridos anteriormente⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.66.

⁴⁹⁰ PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU. A irretroatividade das leis para prejudicar situações consolidadas é princípio universalmente aceito, como se vê de sentença do Tribunal Constitucional do Peru: Exp. n° 1594-2003-HC/TC La libertad. Maximo Llajaruna Sare. *"Rige, pues, el principio tempus dilicti comissi, y está prohibida, conforme se enuncia en el artículo 103° de la Constitución, la aplicación retroactiva de las leyes, "salvo en materia penal cuando favorece al reo." Ese ha sido el criterio aplicado por este Tribunal en la STC N° 1300-2002-HC/TC: "Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo [...]. Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una*

2.2.4.4. Eficácia jurídica no plano infraconstitucional

2.2.4.4.1. Suspensão da execução pelo Senado Federal

No plano infraconstitucional – mas como reflexo de problemas constitucionais – é exemplo de situação que retira a eficácia jurídica a suspensão, pelo Senado Federal⁴⁹¹, da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental⁴⁹².

Nesta hipótese, a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional não a retira do mundo jurídico – quer dizer, não a anula, nem a revoga, limitando-se a impedir que continue produzindo efeito.

O Senado não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida

pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable” (Fund. Jur. N° 8)”. In www.justiciaviva.org.pe/jurispu/beneficios/llajaruna_sare_maximo.htm acesso em 22.04.2006, às 19h08.

⁴⁹¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X. Suspende, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

⁴⁹²Cfr.: SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2.ed., p.111. Rio de Janeiro: Forense, 2000; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. p.164. Rio de Janeiro: Forense, 1966; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*. p.211. São Paulo: José Bushatsky, 1980. Esse autor equipara a suspensão da execução à revogação da lei. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da constitucionalidade*. pp.208/216. São Paulo: Saraiva, 1990. O autor faz excelente exposição dos debates travados no Senado Federal em 1934, 1946 e em outras passagens, merecendo destaque o parecer oferecido pelo senador Accioly Filho (Revista de Informação Legislativa. Ano 12, n.48, p.266. Brasília: Senado Federal, 1971), em que conclui, porém, fundamentadamente que o efeito da suspensão é *ex tunc*. No mesmo sentido foi a decisão proferida no Supremo Tribunal Federal pelo ministro Amaral Santos (RMS 17.976, Relator ministro Amaral Santos, julgamento de 13/09/1968, DJ 24.09.1969, ement vol-00777-01 pp-00142 RTJ vol-00055-03 pp-00744) de que a suspensão da execução torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional desde o seu ingresso no mundo jurídico.

*no caso concreto*⁴⁹³.

A perda de eficácia – e não de vigência – do ato declarado inconstitucional após a resolução do Senado Federal, foi bem ressaltada em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa por Sérgio de Barros, embora tenha utilizado a expressão "existência" para designar vigência:

*Nessa regra – é bom esclarecer desde logo – execução significa eficácia e não existência. O Senado suspende para todos a eficácia que o Supremo já suspendera entre partes. Mas nenhum dos dois toca na existência da lei. O que condiz com a lógica do sistema difuso, cuja raiz está no princípio da separação de poderes, de sorte que uma lei só pode deixar de existir se for revogada por outra lei editada pelo poder legislativo. Pelo que, após as intervenções do Supremo e do Senado no controle difuso, a lei continua existindo, ainda que ineficaz. De início, é ineficaz só nos casos julgados pelo Supremo. Após a generalização decidida pelo Senado, torna-se ineficaz em todo e qualquer caso. Esse é o conceito segundo o qual agiu o Constituinte de 1891, valendo-se do termo execução para atender à distinção entre existência e eficácia da lei, curial em todo o direito.*⁴⁹⁴

De qualquer forma, o que pretendeu dizer é o que teria que ser dito: a lei, cuja execução for suspensa pelo Senado Federal após ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permanece em vigor, só não podendo ser aplicada, porquanto a resolução suspende a sua exeqüibilidade, é dizer, retira-lhe a eficácia jurídica, e, com isso, a eficácia social⁴⁹⁵.

⁴⁹³MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da constitucionalidade*. p.216. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁴⁹⁴BARROS, Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?* In Revista de Informação Legislativa. Ano 40, n.158, p.234, abr./jun./2003. Brasília: Senado Federal, 2003.

⁴⁹⁵Na prática, é pouca ou nenhuma a importância se a resolução senatorial retira a eficácia ou revoga a lei inconstitucional, porque, segundo reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal esgota sua participação no processo de controle

2.2.4.4.2. Suspensão da execução por superveniência de lei federal

Outra situação que provoca ineficácia jurídica se verifica nos casos de competência concorrente⁴⁹⁶, em que o sistema nacional adota técnicas de repartição entre a União e cada um dos estados e municípios diferentes⁴⁹⁷, ora

difuso de constitucionalidade ao editar a resolução, não lhe sendo permitido, em momento posterior, revogar sua própria resolução. Se assim fosse permitido, seria notória a importância da distinção entre revogação e suspensão, porque com a revogação a lei, até então suspensa, recuperaria a eficácia, ao contrário do que ocorre ao ser considerada revogada. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 16512, ministro Oswaldo Trigueiro, julgamento de 25/05/1966, DJ 31-08-1966 PG-2913 ement vol-00665-01 pg-00150. Consta de certo trecho do acórdão: "(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar." Mais adiante, completa: "(...) ao suspender o ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à "extensão do julgado do Supremo Tribunal", não tendo "competência para examinar o mérito da decisão (...) para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la".

⁴⁹⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I. direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II. orçamento; III. juntas comerciais; IV. custas dos serviços forenses; v. produção e consumo; VI. florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII. proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII. responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX. educação, cultura, ensino e desporto; X. criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI. procedimentos em matéria processual; XII. previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII. assistência jurídica e Defensoria pública; XIV. proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV. proteção à infância e à juventude; XVI. organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis."

⁴⁹⁷FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., pp.43/44. Sobre a repartição de competência, o professor assim se manifestou: "Essa partilha dá-se por duas técnicas principais: Sobre as técnicas de repartição de competência o professor uma, a da reserva de matérias à União ou aos Estados. Daí competências reservadas ou exclusivas da União ou dos Estados. Neste caso, somente quem recebeu a competência pode dispor sobre a matéria, com exclusão de qualquer outro. Daí, por exemplo, o poder constituído da União não poder invadir a esfera de competência dos Estados, sob pena de inconstitucionalidade. Esta técnica é chamada de repartição horizontal, porque separa competências como se separasse setores no horizonte governamental. Por vezes, a mesma matéria é deixada ao alcance de um (União) ou de outros (Estados). Diz-se que têm competência concorrente. A competência dos Estados, em certas hipóteses, só existe antes ou na falta de manifestação da União. É uma competência supletiva, então. Outra técnica, chamada de repartição vertical, consiste em distinguir níveis em relação a determinada matéria. Atribui, pois, a mesma matéria à

adotando repartição horizontal, por atribuir competências próprias para a União e Estados, ora vertical, por submeter a mesma matéria ao poder da União e dos Estados, mas em níveis diversos de atuação⁴⁹⁸, ocorrendo um verdadeiro “condomínio legislativo”⁴⁹⁹.

No campo da competência concorrente, cabe aos estados apenas suplementarem a legislação federal⁵⁰⁰, pois compete à União editar normas de caráter geral⁵⁰¹. Deixando a União, no entanto, de elaborá-las, abre espaço para os estados legislarem plenamente, tanto que essa competência dos estados é denominada de *supletiva* ou *complementar*⁵⁰².

Neste caso, a lei estadual não impede que a União saia da inércia e edite lei sobre normas gerais, hipótese em que a posterior lei federal que dispuser⁵⁰³ suspenderá a eficácia da lei estadual no que for contrária⁵⁰⁴.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara quanto a isto,

União e aos Estados mas em níveis diferentes que se superpõem. Assim, por exemplo, à União se dá a determinação de diretrizes e bases ou a fixação de normas gerais e aos Estados o seu desdobramento e complementação. Neste caso, costuma-se dizer que o Estado tem competência complementar.”

⁴⁹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David, e NUNES Júnior, Vidal Serrano. Op. cit., p.272. “Na Constituição Federal, entretanto, coabitam dois critérios de repartição de competências. Ao lado do critério horizontal acima explicitado, existe o vertical. Por intermédio deste é que se estabelecem as competências que podem ser simultaneamente exercidas por mais de um ente federativo.”

⁴⁹⁹ RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p.94.

⁵⁰⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 24... § 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

⁵⁰¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 24... § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”

⁵⁰² NETTO, André Luiz Borges. *Competências legislativas dos estados-membros*. p.139. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁵⁰³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 24... § 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”

⁵⁰⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 24... § 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

conforme se vê de parte do voto do ministro Carlos Velloso, citando Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Já a competência do § 3º tem natureza diversa. Ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior: "O § 3º regula o caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, ou seja, de lacuna. A Constituição Federal, ocorrendo a mencionada inexistência, autoriza o Estado federado a preenchê-la, isto é, a legislar sobre normas gerais, mas apenas para atender a suas peculiaridades.

O Estado, assim, passa a exercer uma competência legislativa plena, mas com função colmatadora de lacuna, vale dizer, apenas na medida necessária para exercer sua competência própria de legislador sobre normas particulares. Ele pode, pois, legislar sobre normas gerais naquilo em que elas constituem condições de possibilidade para a legislação própria sobre normas particulares.

Tais normas gerais estaduais com função colmatadora por isso mesmo só podem ser gerais quanto ao conteúdo, mas não quanto aos destinatários: só obrigam nos limites da autonomia estadual" (ob. e loc. cit.).

Na Lei Fundamental de Bonn, há 14 casos em que pode ocorrer a legislação concorrente, dispondo os Estados dessa competência legislativa desde e à medida que a Federação não faça uso da sua faculdade legislativa (art. 72, I). Assim, aos Estados a Constituição conferiu competência para legislar à medida que a Federação não dispuser dos poderes legislativos constitucionais a ela conferidos. Na competência concorrente, no sistema constitucional alemão, o direito federal afasta o direito estadual.

Na competência concorrente do § 3º do art. 24 da Constituição do Brasil, tem-se que o direito federal também afasta o direito estadual (§ 4º). Inexistindo lei federal sobre normas gerais, exercerão os Estados competência legislativa plena, a fim de preencher a lacuna, ou seja, a falta da lei federal. Assim o farão, entretanto, para atender a suas peculiaridades (§ 3º).

Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia

*da lei estadual no que esta compreender princípios, normas gerais e no que contiver, também, particularidades incompatíveis com a norma geral federal. É o caso, portanto, do direito federal afastando o direito estadual. Inspira-se a Constituição, no ponto, no constitucionalismo alemão, art. 72, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn*⁵⁰⁵.

Discute-se acerca dos efeitos da suspensão da execução da lei estadual por superveniência da lei federal, se são *ex nunc* ou *ex tunc*, parecendo que a primeira corrente – efeito para o futuro – tem a preferência da maioria.

Mesmo sem buscar distinção entre “revogar” e “suspender execução”, não parece haver dúvida que suspensão significa para frente, pois não há como suspender o que se passou, o que implicaria verdadeira anulação dos efeitos⁵⁰⁶.

Tanto nesse caso, como no da suspensão da eficácia por inconstitucionalidade, a suspensão da execução não é revogação e nem anulação; a lei suspensa continuará em vigor, mas sem eficácia, ocorrendo o que Marcelo Neves denomina “*critério negativo de pertinência das normas ao sistema jurídico*”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3098/SP, relator ministro Carlos Velloso, julgamento de 24/11/2005, DJ 10-03-2006 pp-00006 ement vol-02224-01 pp-00098.

⁵⁰⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.435. “Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde a sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir.”

⁵⁰⁷*Teoria da inconstitucionalidade das leis*. p.52, nota de rodapé nº 41. São Paulo: Saraiva, 1988. São as seguintes as palavras do autor: “41. Assim como a absoluta ineficácia em sentido sociológico, conforme enfatizamos acima, é condição negativa de pertinência, a definitiva ineficácia em sentido jurídico, enquanto impossibilidade de incidência (ausência de incidibilidade ou de vigência) e, portanto, de aplicação (inaplicabilidade), funciona como critério negativo de pertinência das normas ao sistema jurídico. É o que ocorre, por exemplo, com a suspensão pelo Senado Federal da eficácia de lei decretada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Constituição

2.2.5. Eficácia e aplicabilidade

No texto constitucional, o constituinte brasileiro de 1988 utilizou a expressão “aplicação” das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, aliás, a mesma expressão utilizada por José Afonso da Silva⁵⁰⁸, pela Constituição portuguesa de 1976⁵⁰⁹, a qual, naturalmente, serviu de parâmetro para a doutrina lusitana⁵¹⁰, e pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949⁵¹¹, entre outras⁵¹².

Sem embargo, há, mesmo em Portugal, quem prefira a expressão *eficácia* para designar o fenômeno que subordina a possibilidade de uma norma constitucional ser aplicada sem intermediação legislativa, como Jorge Miranda, que assim se expressou ao tratar do problema das normas programáticas:

As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem “elasticidade” ao ordenamento constitucional; têm como destinatário principal – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e

Federal, art. 42, VII).”

⁵⁰⁸ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.3.

⁵⁰⁹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. “Artigo 18.º (Força jurídica). 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” In http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/, acesso em 15.04.2006, às 22h35.

⁵¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.185.

⁵¹¹ ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL DE BONN. “Art. 1º. (...) 3. Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable.” (tradução livre: Os direitos fundamentais relacionados neste título vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário e são diretamente aplicáveis. In <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>, acesso em 31.03.2006, às 21h45.

⁵¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *La constitución y sus normas*. In CARBONELL, Miguel (comp.). *Teoría de la constitución (Ensayos escogidos)*. Porrúa: México, 2000.

nisso consiste a discricionariedade); (...)

*Contudo, nenhum desses traços definidores (ou outros critérios que se utilizem para a contraposição diante das normas preceptivas) briga com a juridicidade das normas programáticas: nem a eficácia diferida ou a elasticidade queridas pelo legislador constituinte – porque a dimensão prospectiva é também uma dimensão de ordenamento jurídico (...)*⁵¹³

No México, o professor Carlos Báez Silva, do *Instituto de la Judicatura Federal*, também se refere à *eficácia* das normas constitucionais, denominando as que dependem de futura regulamentação de *normas de eficácia diferida*⁵¹⁴:

Normas constitucionales de eficacia diferida: son normas de organización de los llamados "poderes" estatales y de sus instancias de dirección. Por ejemplo, no obstante las reglas específicas de los artículos 51 a 54 de la Constitución Federal, es necesario contar con una ley electoral que los desarrolle para integrar las cámaras federales; por otra parte, puesto que el artículo 105 señala las hipótesis en las que se pueden presentar acciones de inconstitucionalidad y de controversia constitucional, pero no el procedimiento a seguir, se hace necesaria una ley que haga plenamente eficaz este dispositivo constitucional. En general, cabría incluir aquí a las disposiciones constitucionales que para su plena eficacia requieren de la existencia de las denominadas "leyes orgánicas".

Outro que se refere a essas normas como sendo de *eficácia diferida* é Riccardo Guastini, na tradução de Miguel Carbonell direta do italiano:

Por otro lado, las eventuales normas – como se suele decir – "de eficacia diferida", es decir, todas aquellas normas que no pueden

⁵¹³ *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, pp.218/219.

⁵¹⁴ *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Num. 105, sept./dic./2002. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=105>, acesso em 31.03.2006, às 21h50.

*adquirir eficacia sin la previa creación de otras normas, las cuales son, por ello, condición necesaria de eficacia*⁵¹⁵.

Mas, o que se percebe – e com razão – é que, a despeito da relativa distinção entre "aplicabilidade" e "eficácia", o fenômeno que ora se estuda é mesmo a eficácia das normas constitucionais, em particular das que veiculam direitos ou garantias fundamentais, as quais não dependem – segundo o comando constitucional – de regulamentação legislativa ou administrativa.

De fato, a distinção é relativa, tanto que os autores retrocitados parecem ter tido dificuldade para apontar alguma diferença – se é que se preocuparam em encontrá-la. Com efeito, embora usem a expressão *aplicabilidadade*, dizem que as normas que dependem de regulamentação têm *eficácia diferida* até a superveniência de leis que as regulamentem.

2.3. Conclusão

Segundo restou exposto, a norma jurídica infraconstitucional pode ser válida ou inválida conforme seja compatível ou incompatível com a constituição. Pode, também, ser eficaz, tanto do ponto de vista jurídico como social, a primeira entendida como aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico, a segunda, por efetivamente alterar a ordem jurídica, produzindo os efeitos que dela se esperam.

Para a produção de efeitos não é essencial que a lei conserve a vigência, assim entendido o período de tempo que medeia entre a entrada em vigor e a revogação, pois há diversas situações em que a lei, a despeito de

⁵¹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In Cuestiones Constitucionales (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 1, jul./dic./1999, ISSN 1405-9193, in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=1>, acesso em 31.03.2006, às 22h18.

revogada, continua regendo os casos ocorridos enquanto vigorava⁵¹⁶.

Não se passa muito diferente com a norma constitucional, exceto quanto à validade – porquanto não há norma constitucional originária inconstitucional⁵¹⁷: em relação a ela também cabem discussões acerca da vigência e eficácia, tanto jurídica como social, isto é, tanto quanto à aptidão para produzir efeitos como em relação à efetiva produção deles.

É dos efeitos jurídicos que cogita o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ao dispor que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Com efeito, embora a expressão utilizada seja “aplicação imediata”, o

⁵¹⁶A esse fenômeno, que permite a aplicação de lei revogada a situações ocorridas antes da revogação, denomina-se ultra-atividade, em contraposição à retroatividade, que decorre da aplicação da lei posterior a situações ocorridas em data anterior. Nesse sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed., p.35, n.36. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵¹⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.70/71. “A definição material de normas constitucionais — melhor: a junção ou acrescento de uma definição material a uma definição formal — tende a esvaziar-se progressivamente de sentido. Na realidade, a admitir-se a distinção entre normas material e formalmente constitucionais e normas formal mas não materialmente constitucionais (para, por ex., distinguir o objecto de vários ramos do direito público) correr-se-ia o risco de dissolução da unidade normativa da constituição. Significa isto dizer que todas as normas da constituição tem o mesmo valor, daí derivando ser insustentável a tentativa de supra e infra-ordenação de normas constitucionais, quer para distinguir entre “normas constitucionais fortes” e “normas constitucionais fracas” (MAUNZ), quer para alicerçar a doutrina de normas constitucionais inconstitucionais (BACHOF).” Nem todos concordam com esse ponto de vista, além do próprio Bachof – o personagem principal da corrente contrária (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* (trad. e nota prévia COSTA, José Manuel M. Cardoso). Coimbra: Almedina, 1994). DANTAS, Ivo (*Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. p.102. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995), tem o mesmo entendimento de Bachof, de que há normas inseridas em uma constituição hierarquicamente inferiores a outras, da mesma constituição, as quais, contrariando as normas de hierarquia superior, seriam inconstitucionais. Para ele, superiores seriam os princípios fundamentais, os princípios gerais e as normas setoriais, nesta ordem. É o que diz: “b) a existência de Princípios Fundamentais, representados por esta ou outra expressão, implica uma subhierarquia interna. Isso significa que o conteúdo da Constituição nada mais deverá ser do que o desenvolvimento de tais princípios. Assim, admite-se a existência de Normas Constitucionais Inconstitucionais. Em outras palavras: dentro da própria Constituição, como decorrência do conteúdo dado pelos 'Princípios Fundamentais', poder-se-á identificar norma materialmente inconstitucional.”

que se pretende dizer é que a aplicação dessas normas não depende de regulamentação legislativa, estando, por isso, aptas a produzir efeitos jurídicos, é dizer, são normas cuja eficácia decorre diretamente da inserção no texto constitucional, sem necessidade de intermediação ou complementação legislativa e nem de providências de outras espécies.

É sob esta terminologia – eficácia das normas constitucionais – que se enfrenta o problema neste trabalho, especialmente conforme a fundamentação que vem a seguir, onde restará claro que se cuida de eficácia jurídica, e não eficácia social.

3. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1. Noções

Pode-se atribuir a Thomas M. Cooley, em seu "*A treatise on the constitutional limitations*", de 1883, a pioneira tarefa de distinguir as normas constitucionais quanto aos graus de eficácia⁵¹⁸, quando as denominou de normas *self-executing* e *not-self-executing*, respectivamente, as que não dependem e as que dependem de complementação.

Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.72, especialmente nota 38; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle da constitucionalidade das leis* (atual. DIAS, José de Aguiar). 2.ed., pp.57/58. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

⁵¹⁹ COOLEY, Thomas M.. *A treatise on the constitutional limitations*. Apud SILVA, José

Por outros termos, diz-se que as normas constitucionais são bastantes em si ou não-bastantes em si conforme não dependam ou dependam de regulamentação.

*Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, self-executing, self-acting, self-enforcing. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastantes em si*⁵²⁰.

A doutrina, por variados autores, encarregou-se de desenvolver as mais diversas classificações, mas em geral se atribui a José Afonso da Silva o estudo mais completo do tema no Brasil quando em obra específica⁵²¹ apontou três critérios para identificar o grau de eficácia das normas constitucionais: eficácia plena, eficácia contida e aplicabilidade imediata e eficácia limitada ou reduzida.

Este tópico não tem por objeto estudar exaustivamente a problemática da eficácia das normas constitucionais, mas tão-somente fixar algumas diretrizes para melhor compreender o sentido da regra determinante de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm imediata

Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.74.

⁵²⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco di Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2.ed., t.I, rev., p.126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Em nota de rodapé, José Afonso da Silva diz que a terminologia "bastante em si" e "não-bastante" em si, de autoria de Pontes de Miranda, "é tão sem fundamento e tão superada como as expressões auto-aplicáveis e não auto-aplicável, a que corresponde". In *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.68, n.20.

⁵²¹*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Trata-se de respeitada obra, cuja primeira edição data de mais de trinta e nove anos e foi traduzida para vários idiomas. Cfr.: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidad de las normas constitucionais* (trad. esp. MARTÍN, Nuria González). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995. In <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1000>, acesso em 31.03.2006, às 23h33.

aplicabilidade.

3.2. Eficácia da norma e elementos de formação

3.2.1. Noções

Insista-se que embora se adote quanto às normas constitucionais praticamente a mesma regra de eficácia das leis em geral, não há como se falar em vigência e eficácia no mesmo sentido, porque ao entrar em vigor, a constituição revoga todo o conjunto normativo anterior que lhe seja contrário⁵²².

Por isso, por eficácia da norma constitucional deve-se entender a possibilidade de ser aplicada, ou, mais propriamente, a aptidão para produzir os efeitos que dela se esperam, o que pode ser imediato ou depender da edição de norma regulamentadora⁵²³.

O problema não é novo, como visto, porquanto Cooley o detectara em 1883⁵²⁴ e alertara para o perigo de submeter a vontade constitucional à ação de poderes constituídos, assim como outros autores também alertavam que essa submissão da constituição à futura regulamentação legislativa era capaz de torná-la letra morta⁵²⁵.

⁵²²MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.238.

⁵²³SOUZA, Luciane Moessa. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵²⁴COOLEY, Thomas. *Apud SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.74.

⁵²⁵Cfr.: SOUSA, Marnoco e. *Constituição da República 1913 (apud CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional*. Op. cit., p.185.); MAXIMILANO, Carlos. *Commentários à Constituição brasileira*. p.426. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918. manifestando seu receio, assim escreveu Maximiliano (p.429): "(...) à sombra das disposições dos nº 33 e 34 propuseram no Congresso leis interpretativas ou regulamentadoras da Constituição, cuja linguagem crystallina era adrede torcida e

Entre nós, parece que inicialmente o problema foi exposto de forma mais científica por Rui Barbosa, em parecer relativo à consulta formulada pelo Estado do Paraná em ação sobre limites territoriais que lhe movia o Estado da Santa Catarina, segundo se extrai do prefácio do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, à obra de Jacqueline Bilhalva⁵²⁶.

alterada no seu significado lógico. Foram erros de revolucionária, que felizmente não medraram. Não se regulamentam Constituições; nem ellas comportam leis interpretativas, salvo quando votadas com os mesmos requisitos que se exigem para reformar o código supremo".

⁵²⁶ Apud BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. "Embora Rui Barbosa não tenha sido professor em nenhuma escola jurídica, nem houvesse escrito tratado algum de Direito, segundo Pedro Lessa foi quem mais ensinou a professores, juizes e advogados, e João Mangabeira sustentou que quem esclareceu maior número de questões jurídicas, de direito público e privado, particularmente de direito público. No tocante à eficácia das normas constitucionais também foi ele o primeiro a ocupar-se do tema, ao ser consultado pelo Estado do Paraná que litigava com o Estado de Santa Catarina acerca de limites territoriais." Logo a seguir, extrai fragmentos do parecer e os reproduz da seguinte forma: "Não estando, pois, traçadas, em parte alguma da legislação brasileira, ao Supremo Tribunal Federal as regras, a que ele deve obedecer, quando exerça o encargo constitucional de proceder à execução das sentenças proferidas nesses litígios, a questão vem a ser se lhe é lícito desempenhar essa função, e como, enquanto não existir lei, que a regule. Mas formular esta interrogação equivale a perguntar se todas as disposições constitucionais são executáveis independentemente de lei, que a pautar, ou se, pelo contrário, algumas haverá, que, antes de lhes ser pautado em lei o exercício, não se possam exercer. (...) Nos arestos e tratados americanos é vulgar e inconcussa a noção de que, ao passo que muitas disposições constitucionais, mas são as disposições constitucionais em sua maioria, são, digamos assim, auto-executáveis, isto é, se executam de si mesmas, se executam imediatamente, se executam independentemente de qualquer desenvolvimento legislativo (self-executing, self-enforcing, self-acting, self-operative dispositions), outras, primeiro que venham a entrar em ação, demandam a interferência do legislador, para se revestirem da forma prática, e terem, nos preceitos que ele ditar, um diretório geral, uniforme e permanente aos seus executores. (...) Bastaria o exame atento dos casos, que acabamos de expor, uns de preceitos constitucionais exequíveis proprio-vigore, outros de prescrições constitucionais só executáveis mediante leis suplementares, para se ver claramente por onde correm as divisas entre o território das primeiras e o das segundas. A linha que as extrema, poderia descrever-se num só traço, dizendo-se como a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Davis v. Burke, que uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime". (...) "Seja qual for, pois, o aspecto, a que encaremos o assunto submetido ao nosso exame pela consulta, as conclusões, a que chegamos, são que, ante o nosso direito constitucional, com as leis atuais do processo, não tem cabimento a execução da sentença obtida por Santa Catarina contra o Paraná, e, não havendo, na lei processual existente, meio de executar os julgados desta natureza, ao Congresso Nacional compete acudir a essa lacuna da nossa organização judiciária com o remédio, não difícil, que a sua importância está exigindo, para a satisfação da justiça e o

Citando doutrina e jurisprudência norte-americanas, disse Rui em seu parecer⁵²⁷:

Bastaria o exame atento dos casos, que acabamos de expor, uns de preceitos constitucionais exeqüíveis proprio-vigore, outros de prescrições constitucionais só executáveis mediante leis suplementares, para se ver claramente por onde correm as divisas entre o território das primeiras e o das segundas. A linha que as extrema, poderia descrever-se num só traço, dizendo-se como a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Davis v. Burke, que uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime.

Depois de certa paralisia constitucional, como consequência das fortes turbulências a que todos fomos submetidos – primeira e segunda guerras mundiais, revoluções, quedas de governos e ditaduras –, em 1967 surge a obra "*Aplicabilidade das normas constitucionais*", de José Afonso da Silva, que pode ser apontada como um novo marco no estudo da problemática, embora seja natural que depois de quase quarenta anos algo tenha se modificado e mereça revisão⁵²⁸.

desempenho de uma das funções mais eminentes do Supremo Tribunal Federal."

⁵²⁷A causa foi julgada favorável ao Estado de Santa Catarina, mas a execução se deu por acordo em 20.10.1916. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AO nº 7. Acórdão de 06.07.1904. Aquino e Castro, Presidente, André Cavalcanti, Piza e Almeida, Ribeiro de Almeida, vencido. In www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=acor7, acesso em 01.04.2006, às 02h33.

⁵²⁸FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *O sistema financeiro nacional. Limitação de juros. Comentários ao art. 192. In Direito constitucional econômico.* p.140 São Paulo: Saraiva, 1990. Com a humildade que lhe é peculiar, o professor criticado – aceitando a crítica – acrescentou que da "*não muda a essência das coisas, pois o essencial é que se reconhece a existência da diferença entre ambas, seja como gêneros diversos, seja como espécies do mesmo gênero; nem a lógica formal aplicada pelo ilustre professor melhora muito, pois, para exprimir uma das espécies da outra, ele teve de utilizar a expressão "normas plenamente eficazes propriamente ditas", o que significa que, se são "propriamente ditas", é porque essa espécie representa a natureza essencial do gênero,*

De modo sintético, José Afonso da Silva entende que todas as normas constitucionais têm certa eficácia, distinguindo apenas o grau, por isso as classifica como de eficácia plena, contida e limitada, distinção que faz considerando os elementos de formação das leis, que são o destinatário, a hipótese, o mandamento e o destinatário:

24. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida⁵²⁹.

Como consequência, conclui⁵³⁰ que as normas de uma constituição rígida são dotadas de eficácia e todas têm aplicabilidade imediata nos limites dessa eficácia.

O professor Celso Ribeiro Bastos⁵³¹ prefere ver o problema sob outro enfoque. Para ele, há normas constitucionais de mera aplicação porque seus preceitos são aptos a incidir diretamente sobre os fatos que regulam sem necessidade de qualquer lei ou ato complementar, mas há outras que não têm esta mesma qualidade, por serem incompletas e dependentes de lei posterior⁵³².

*enquanto a outra, que não é "propriamente dita", é algo de essência diversa." (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.85, nota 67).*

⁵²⁹*Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., pp.81/82, n.24.

⁵³⁰*Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.83.

⁵³¹*Hermenêutica e interpretação constitucional*. Op. cit., p.35.

⁵³²Essa classificação foi duramente criticada por José Afonso da Silva, quando, em nota de rodapé, ao analisar os métodos propostos por outros professores, assim disse: "Celso

Respeitados os pontos de vistas – que a despeito de diferenças terminológicas, não são conflitantes –, parece correto dizer que há normas constitucionais que, pela simples previsão na constituição, projetam seus efeitos sobre a sociedade, podendo o destinatário – o ser humano como ente de carne e osso⁵³³ ou investido de poder de autoridade pública⁵³⁴ – invocá-las

Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que, lamentavelmente, não melhorou em nada a nossa. Distinguem a normas constitucionais em dois grupos: a) normas constitucionais quanto ao modo de incidência; e b) normas constitucionais quanto à produção de efeitos. As primeiras, à sua vez, são: a) por via de aplicação, distinguindo-se em normas regulamentáveis e normas irregulamentáveis; e b) por via de integração, distinguindo-se em normas complementáveis e normas restringíveis. As segundas são de dois tipos, também: a) normas de eficácia parcial, que são normas complementáveis; e b) normas de eficácia plena, distinguindo-se em normas regulamentáveis, normas irregulamentáveis e normas restringíveis (cfr. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais, p.63). Separar a aplicabilidade (normas de incidência) da eficácia (normas de produção de efeitos) não beneficia em nada a clareza da matéria. Antes, confunde e cria redundâncias desnecessárias". (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. Op. cit., p.86/87, n.68).

⁵³³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.558/559. "A extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas colectivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são "direitos do homem", podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de "carne e osso." No mesmo sentido: MONTOSO, Ángel José Gómez. *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)*. In *Cuestiones Constitucionales*. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art2.htm>, acesso em 30.06.2006, às 22h35.

⁵³⁴Com efeito, costumam-se dividir as normas jurídicas entre normas de organização e normas de condutas, aquelas, pelas quais o legislador organiza os serviços públicos, e estas, que moldam o comportamento dos indivíduos. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Op. cit., p.33/34. "Até aqui, falando de normas que compõem um ordenamento jurídico, nos referimos a normas de conduta. Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas. Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de estrutura, na medida em que não determina uma conduta, mas fixa as condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta. Vimos até agora que não é concebível um ordenamento jurídico composto de uma só norma de conduta. Perguntamos: é concebível um ordenamento composto de uma só norma de estrutura? Um ordenamento desse tipo é concebível. Geralmente considera-se tal o ordenamento de uma monarquia absoluta, em que todas as normas parecem poder ser condensadas na seguinte: "É obrigatório tudo aquilo que o soberano determina". Por outro lado, que um tal ordenamento tenha uma só norma de estrutura não implica que

de imediato sem ter que aguardar regulamentação por parte do órgão competente, em geral o Poder Legislativo, mas também podendo ser o Poder Executivo.

Logo, o problema da classificação das normas constitucionais sob o prisma da eficácia sugere que antes sejam analisados os elementos de formação da lei, termo aqui utilizado para designar o que é necessário para que uma lei possa ser compreendida e aplicada.

3.2.2. Elementos de formação da norma jurídica

Em comentário superficial sobre o tema – porque sua preocupação ali não era com o processo legislativo, mas sim com a eficácia da norma constitucional – o professor Celso Ribeiro Bastos⁵³⁵ apontava como elementos lógico-estruturais de formação da lei a hipótese, o mandamento e a consequência, lembrando, em nota de rodapé, que nem sempre as regras constitucionais contêm isoladamente cada um destes.

De forma mais específica, em 1982, em obra conjunta com o hoje ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, o professor já assim se manifestava acerca da eficácia das normas constitucionais e dos elementos de sua formação:

Algumas são executadas por via de mera aplicação, isto é, por incidência direta sobre os fatos regulados, na inteireza dos respectivos mandamentos. Outras, ao contrário, inadmitem o seu

também haja apenas uma norma de conduta. As normas de conduta são tantas quantas forem em dado momento as ordens do soberano. O fato de existir uma só norma de estrutura tem por consequência a extrema variabilidade de normas de conduta no tempo, e não a exclusão de sua pluralidade em determinado tempo."

⁵³⁵ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Op. cit., p.35.

inteiro cumprimento sobre os fatos ou comportamentos disciplinados, porque reclamam a intermediação de lei subconstitucional, integradora do seu comando.

Em verdade, a maior ou menor aptidão para atuar, para incidir sobre os fatos abstratamente descritos na hipótese da norma, depende do modo como a própria norma regula a matéria de que se nutre. É falar, a possibilidade de plena incidência da norma está sempre condicionada à forma de regulação da respectiva matéria. Se esta é descrita em todos os seus elementos, é plasmada por inteiro quanto aos mandamentos e às conseqüências que lhe correspondem, no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermédia legislação, porque o comando constitucional é bastante em si.

Tem autonomia imperativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena. De revés, se a matéria que se põe como conteúdo da norma é deficientemente plasmada, de modo que tal defeito de formação intercorra por qualquer um dos seus elementos lógico-estruturais – que são a hipótese, o mandamento e a conseqüência – aí se torna necessária a expedição de um comando complementar da vontade constitucional.

Dá-se, então, o reclamo de interposta lei, para suprir as insuficiências da norma, complementar as suas prescrições e tornar sua incidência possível, em termos de plenitude eficácia⁵³⁶.

Por outras palavras, Kaufmann também se refere aos elementos de formação da lei, dizendo que mesmo quando todos se encontrem reunidos, formam norma jurídica completa ou autônoma:

a) Uma norma jurídica completa ou autônoma consiste numa previsão factual, numa consequência jurídica e na conexão entre consequência jurídica e previsão factual (mandato de aplicação). A norma jurídica não é uma proposição declarativa, não diz o que é ou não é (por exemplo, que o homicida foi punido ou que escapou à

⁵³⁶BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. pp.35. São Paulo: Saraiva, 1982.

*pena), mas sim uma ordem de vigência ou norma de valoração que diz o que deve ser ou não deve ser (por exemplo, que o assassino deve ser punido)*⁵³⁷.

De fato, a lei e, por analogia, a norma constitucional devem conter a situação hipotética a que se aplica, o conteúdo normativo e a consequência do cumprimento ou descumprimento, mas isso não é suficiente. Também é essencial que estabeleça quem é o destinatário de seu comando, ponto relevante nos casos em que se cuidam de direitos ou obrigações⁵³⁸.

O destinatário das normas que definem direitos sociais é o indivíduo – a quem cabe exercê-los – ou o Estado – a quem cabe tomar as providências para que possam ser exercidos? A esta pergunta pode-se responder afirmando que o destinatário pode ser o titular de um direito ou de uma obrigação⁵³⁹.

O destinatário que não exercer o direito poderá perdê-lo pelo decurso do tempo – por exemplo, pela prescrição ou caducidade –, o que é de todo incompatível com a norma que estabelece obrigação, da qual não se exonera

⁵³⁷KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Op. cit., p.147.

⁵³⁸Um bom exemplo da importância da distinção entre direitos e obrigações, especialmente em face do descumprimento, pode ser visto no art. 12, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal: "*Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.*". Passados dezessete anos desde que a Constituição Federal entrou em vigor ainda existem muitas zonas de conflitos territoriais entre estados ou municípios. Mesmo assim, cuidando o dispositivo de obrigação imposta aos estados e municípios – o que resta claro pelo verbo "deverão" com que se lhes determina solucionar o problema –, é fácil concluir que ainda poderão tomar as providências, o que não seria possível, caso o dispositivo lhes concedesse um direito. Ver mais sobre natureza jurídica das disposições constitucionais transitórias, cfr.: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias*. In *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Op. cit., pp.377/408.

⁵³⁹Cfr.: QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.97.

pelo descumprimento⁵⁴⁰, sujeitando-se, a sanções sem prejuízo de continuar tendo que cumpri-la.

Por exemplo, a norma que confere aos magistrados o direito à promoção por merecimento não se destina aos magistrados, mas sim ao poder público, que tem a obrigação de criar mecanismos objetivos que permitam aferir com justiça o merecimento⁵⁴¹. Ao contrário, a norma que proíbe ao parlamentar ser titular de mais de um cargo ou mandato público eletivo⁵⁴² não se destina ao poder público, mas sim ao próprio parlamentar que, se descumprir, poderá perder o mandato⁵⁴³.

Enfim, pode-se dizer que uma norma será completa quando definir a

⁵⁴⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.111, n.3. "a) Regras de direitos fundamentais. Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (cfr. CRP, arts. 24.º ss.). A importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, directa ou indirectamente, assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos. b) Regras de garantias institucionais As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de garantias institucionais."

⁵⁴¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) II. promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;"

⁵⁴²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: (...). II. desde a posse: d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo."

⁵⁴³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...). I. Que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior."

hipótese, o mandamento, a consequência e o destinatário⁵⁴⁴, que são os elementos necessários para a sua imediata produção de efeitos. Faltando um ou outro destes elementos, a norma deverá ser completada, por vezes pelo Poder Executivo, mas em geral pelo Poder Legislativo, especialmente quando for norma constitucional.

3.3. Graus de eficácia da norma constitucional

3.3.1. Noções

Desde logo e em linhas introdutórias, convém afirmar que não há norma constitucional ineficaz do ponto de vista jurídico⁵⁴⁵, embora nem todas se encontrem

⁵⁴⁴Sobre o destinatário da norma, cfr.: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 195227/DF, relator ministro Maurício Corrêa, julgamento 27/09/1996, DJ 06-12-1996 pp-48727 ement vol-01853-09 pp-01850. "EMENTA: (...) 2.2. A lei distrital não versa sobre vantagem ou benefício concedido aos servidores em atividade, mas, sim, de direito do servidor de perceber em pecúnia, por ocasião de sua aposentadoria, o período de férias não gozado, direito esse deferido a partir da vigência da norma. Não se cuida de vantagem ou benefício concedido aos servidores em geral, mas somente àqueles que, por ocasião de sua exoneração ou aposentadoria não tenham usufruído do período de férias a que tinham direito. Não há, pois, para o servidor em atividade, nenhuma vantagem ou benefício, não sendo ele destinatário da norma, de modo a autorizar a incidência do preceito constitucional suscitado. 3. (..)"

⁵⁴⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., pp.183/184, n.II. Criticando a doutrina que afirma existir normas programáticas, as quais não contêm normatividade suficiente para gerar efeitos, afirma o mestre: "Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da "morte" das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que "impõem uma actividade" e "dirigem" materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: "simples programas", "exortações morais", "declarações", "sentenças políticas", "aforismos políticos", "promessas", "apelos ao legislador", "programas futuros", juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às "normas programáticas" é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes." No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.217, n.53: "Deve-se frisar, antes de mais, que entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre

aptas a realizar na plenitude a vontade constitucional, como dizia Meirelles Teixeira que, inclusive, distinguia entre suficiência e completude da norma⁵⁴⁶.

Sem tomar posição em relação à polêmica em face dos limites específicos deste trabalho – que, repita-se, tem por objeto interpretar o dispositivo constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal – é certo que há normas constitucionais que, de forma expressa ou implícita, contêm os elementos necessários para delas retirar os efeitos constitucionalmente esperados, enquanto outras só chegarão a esse ponto se e quando forem regulamentadas por atos infraconstitucionais⁵⁴⁷.

Por outro lado, entre essas duas categorias de normas constitucionais – que podem ser vistas como normas completas e normas incompletas – há uma terceira compreendendo normas que, a despeito de serem completas, e, por isso, não dependerem de regulamentação para se considerarem aptas a produzir os efeitos que delas se esperam, admitem-no, contudo.

Por outros termos, há uma terceira categoria de normas constitucionais que, não dependendo de regulamentação legislativa por conter todos os

normas exeqüíveis e normas não-exeqüíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou valor. Umas e outras são normas jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. As diferenças são de estrutura e de projecção de cada norma no ordenamento".

⁵⁴⁶TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p.320. Segundo essa distinção, a suficiência da norma resultaria na aptidão para produzir todos os efeitos que dela se esperam, enquanto a completude teria valor relativo por sequer considerar existir diferença entre norma e disposição, segundo crítica de Vezio Crisafulli e citada pelo próprio autor.

⁵⁴⁷MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.217, n.53. A essas normas, o autor se refere como normas não-exeqüíveis por si mesmas, as quais se distinguem – segundo suas explicações – das normas programáticas por um ponto básico: aquelas, dependem apenas de completude legislativa; estas, mais do que isso, requerem também "*decisões políticas, providências administrativas e operações materiais*". (Op. cit., p.223).

elementos necessários para produzir os efeitos que dela se esperam, admitem, contudo, a intermediação do legislador, caso em que a lei resultante poderá implicar redução⁵⁴⁸ ou ampliação do seu alcance.

Em seu trabalho monográfico já citado várias vezes, José Afonso da Silva denominou a primeira dessas normas – as que podem implicar redução – de normas de eficácia contida, não se preocupando – ou não percebendo – com a segunda – as que podem implicar ampliação⁵⁴⁹.

1. Os constitucionalistas, que se ocuparam mais largamente com a definição da eficácia das normas constitucionais, não destacaram, em sua classificação, as normas de eficácia contida.

Muitas dessas normas fazem menção a uma legislação futura, motivo por que alguns as incluem entre as normas de eficácia limitada, que não as programáticas, ou seja, aquelas que Crisafulli denomina normas de legislação. Trata-se, a nosso ver, de equívoco manifesto, porquanto o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipá-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. O contrário é que se verifica – conforme mostraremos daqui a pouco –, pois, com relação a elas, a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico.

Acresce, ainda, que algumas normas desse tipo indicam elementos de sua restrição que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente etc., que, com a lei prevista

⁵⁴⁸BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Op. cit., p.87. "(...). E a duas, porque, nas normas constitucionais de eficácia contida, o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados independe de interposição legislativa, embora esta possa ocorrer (e não necessariamente deva ocorrer), para fins de restrição; o seu preenchimento pode se dar via interpretação do julgador no exercício da jurisdição (...)."

⁵⁴⁹*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

ou a ocorrência de determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, importam limitação da eficácia de normas geradoras de situações subjetivas ativas ou de vantagem.

2. Isso implica o surgimento de um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios; e, se se assemelham às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sentido exatamente contrário: restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo, como se dá com as de eficácia limitada⁵⁵⁰.

Quanto às primeiras, o mestre tem razão, pois nem sempre a expressa menção à lei é sinônimo de necessidade de regulamentação legislativa, assim como a falta de menção é sinônimo de que não há necessidade, sendo essencial, em cada caso, verificar se a norma contém os elementos de sua formação completa – hipótese, mandamento, destinatário e consequência.

Segundo essa linha de raciocínio, pode-se citar como exemplo de norma que não depende de regulamentação – mas admite – o art. 5º, XII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações nos seguintes termos:

XII. é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁵⁵⁰ *Aplicabilidade das normas constitucionais. Op. cit., pp.102/103.*

Dessa norma, extrai-se que em determinadas hipóteses estabelecidas por lei e segundo o procedimento (forma) previsto nesta mesma lei, o juiz, tendo em vista a necessidade em curso de investigação criminal ou instrução processual penal, poderá autorizar ou determinar a violação do sigilo das comunicações telefônicas.

É dizer: a norma constitucional, por si só, sem necessidade de regulamentação legislativa, encontra-se apta para produzir o efeito de garantir a todos os indivíduos o sigilo de suas comunicações telefônicas; no entanto, admite que lei ordinária estabeleça algumas hipóteses em que o juiz poderá autorizar ou determinar a violação.

Isso ocorrendo, isto é, havendo lei, a garantia da inviolabilidade sofre certa redução, não mais alcançando todos os indivíduos, mas tão-somente os que não se encontrarem nas hipóteses nela definidas.

Quanto às normas que não necessitam de regulamentação, mas ao admiti-la, acabam por admitir que haja ampliação, a doutrina não parece ter se dedicado, embora não sejam raras na Constituição, como o art. 109, § 3º, que dispõe sobre os casos em que a justiça estadual pode julgar causas de competência da justiça federal:

§ 3º. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

A primeira parte do dispositivo é clara por si: as causas entre instituição

de previdência social federal e segurado ou beneficiário – que são de competência da justiça federal – serão processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca não for sede de vara federal. A segunda parte, no entanto, permite que seja aplicada a mesma regra de competência em outros casos a serem definidos em lei⁵⁵¹, ampliando, assim, o alcance da norma constitucional.

Em síntese, pode-se afirmar que há três categorias de normas constitucionais quanto à eficácia jurídica:

a) normas que, por serem completas, não dependem, nem admitem regulamentação sob pena de inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo;

b) normas incompletas que, justamente por isso, dependem de complementação, cuja falta poderá conduzir à inconstitucionalidade por omissão;

c) normas completas que não dependem, mas admitem regulamentação, da qual poderá resultar redução ou ampliação do conteúdo eficaz.

3.3.2. Norma constitucional completa com eficácia total

A norma constitucional de eficácia total corresponde àquelas a que Pontes de Miranda denominou de *bastantes em si* por reunirem todos os

⁵⁵¹São exemplos de causas que, por previsão em lei, podem ser julgadas pela Justiça Estadual as seguintes: Lei nº 6.368, de 21.10.1976, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica (Art. 27. *O processo e o julgamento do crime de tráfico com exterior caberão à justiça estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado, for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos*); Código de Processo Civil (Art. 1.213. *As cartas precatórias, citatórias, probatórias, executórias e cautelares, expedidas pela Justiça Federal, poderão ser cumpridas nas comarcas do interior pela Justiça Estadual.*)

elementos necessários para alcançar os objetivos constitucionalmente visados⁵⁵².

São normas que, sendo auto-executáveis⁵⁵³, não dependem de regulamentação posterior. Aliás, eventual regulamentação caracterizaria inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo⁵⁵⁴ por desnecessidade.

⁵⁵²PONTES DE MIRANDA, Francisco di Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. 2.ed., t.I, rev., p.126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, pp.217, n.53.

⁵⁵³TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p.299.

⁵⁵⁴Sobre essa questão, cfr.: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.1015. "No entanto, quando agora se fala em excesso de poder legislativo como vício da lei não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos. Com isto tenta-se transferir para os domínios da actividade legislativa a figura do desvio do poder dos actos administrativos. Aqui considera-se que os poderes administrativos não são poderes abstractos, utilizáveis para qualquer finalidade, mas sim poderes funcionais, conferidos pela lei em vista de um fim específico. Sempre que a norma atribui a uma autoridade ou órgão de administração um poder com vista a determinado fim (condicionante do exercício da sua competência) e essa autoridade ou órgão prossegue fins distintos dos fixados pela norma, a decisão ou deliberação (acto administrativo) que adopte deve considerar-se viciada de nulidade. Todavia, no que respeita ao acto legislativo, considerava-se que ele era um acto livre no fim. A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controlo e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei. Contra uma concepção tão absoluta de lei como acto livre no fim, movem-se hoje poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos teleologicamente relevantes nos actos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, ir razoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência." Cfr. tb.: FEZAS VITAL. *Da responsabilidade do Estado no exercício da função legislativa*. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano II, nº 20, pp.515/516. Apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.300. Já naquele tempo (1916) dizia: "O desvio de poder não é vício privativo dos actos praticados por agentes administrativos. O Parlamento, órgão legislativo por excelência, pode também exceder os seus poderes, usando das faculdades que a Constituição lhe confere na realização de fins diversos dos que a mesma Constituição tinha em vista ao conceder-lhe a competência. Os actos jurídicos não podem apreciar-se desligando-os do fim que os determinou, sejam ou não actos do Parlamento".

da norma regulamentar⁵⁵⁵.

Em 1999, anotara de forma muito clara o hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que *"a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar"*. São suas as palavras⁵⁵⁶:

É certo que a lei exerce um papel deveras relevante na ordem jurídica do Estado de Direito. Assinale-se, porém, que os espaços não ocupados pelo legislador não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio.

Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar.

Há, portanto, normas constitucionais que, contendo hipótese, mandamento, conseqüência e destinatário, são completas o suficiente para serem invocadas independente de intermediação legislativa, sobre as quais

⁵⁵⁵Sobre o "princípio da proibição do excesso", cfr.: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.383. *"Como superconceito (Oberbegriff), desdobra-se em várias exigências ou princípios que, esquematicamente, poderemos arrumar da seguinte maneira: (...); b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit). Este requisito, também conhecido como "princípio da necessidade" ou da "menor ingerência possível" coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais "poupado" possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados. Em geral, não se discute a adopção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa, ou seja, como é que o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos."*

⁵⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas*. In Revista Jurídica Virtual. Brasília: Casa Civil. v.1, n.1, maio/1999, in https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Revista1.htm acesso em 02.04.2006, às 11h30.

ainda hoje o Supremo Tribunal Federal se manifesta dizendo que são normas auto-aplicáveis – justamente por não dependerem de outras para serem aplicadas ao caso concreto, como o antigo art. 40, § 5º, e o art. 202, § 2º, ambos da Constituição Federal:

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. Administrativo. Pensionistas de servidores militares. Auto-aplicabilidade do § 5º do art. 40 da Magna Carta (redação originária). Natureza da vantagem recebida pelo instituidor do benefício. Controvérsia infraconstitucional. Consoante pacífica jurisprudência desta colenda Corte, o § 5º do art. 40 da Constituição Republicana (redação originária) encerra preceito auto-aplicável. Logo, a pensão devida aos dependentes do servidor falecido deve refletir o que este percebia em vida, a título de vencimentos ou proventos⁵⁵⁷.

—

EMENTA: 1. A norma inscrita no art. 202, § 2º, da Constituição, que dispõe sobre a contagem recíproca de tempo de serviço para a aposentadoria, é auto-aplicável. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.⁵⁵⁸

Em outros julgados, ao invés de se referir a elas como normas auto-aplicáveis, diz que são auto-executáveis.

EMENTA: 1. Direito administrativo. Servidor público. Há leis que são auto-executáveis; outras dependem de regulamento para a sua execução. 2. Se a lei estadual assegura, de imediato, o direito do servidor ao enquadramento sem acesso, não pode a administração pública fazer depender de regulamentação da lei a efetivação daquele direito. 3. A lei que contém norma de eficácia imediata não precisa,

⁵⁵⁷BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 438034/CE, relator ministro Ayres Britto, julgamento de 27/09/2005, DJ 03-03-2006 pp-00072 ement vol-02223-03 pp-00602.

⁵⁵⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 423216/PR, relatora ministra Ellen Gracie, julgamento de 15/02/2005, DJ 04-03-2005 pp-00026 ement vol-02182-06 pp-01047.

*obviamente, de regulamentação para ser aplicada. 4. Recurso extraordinário não conhecido*⁵⁵⁹.

Afirma José Afonso da Silva⁵⁶⁰ que grande parte dos dispositivos constitucionais das constituições modernas contêm normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois "*muitas dessas normas se apresentam em forma de mera autorização ou estatuição de simples faculdade como as que definem competências de entidades federativas ou de órgãos do Governo.*", e tais seriam as normas que:

*a) conttenham vedações ou proibições, b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incubam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas reguladas*⁵⁶¹.

Esclarece, ainda, que será completa a norma que:

(...) contenha todos os elementos e requisitos para sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações-comportamentos, ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto porque a norma de eficácia plena

⁵⁵⁹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 97644/PI, relator ministro Alfredo Buzaid, julgamento de 09/11/1982, DJ 03-12-1982 pg-12490 ement vol-01278-02 pg-00669 RTJ vol-00105-02 pg-00838.

⁵⁶⁰*Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.98.

⁵⁶¹*Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.101.

*dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados*⁵⁶².

Ao contrário de Vezio Crisafulli⁵⁶³ – em cujos conhecimentos parece que o professor José Afonso da Silva também se abeberou –, para quem as normas constitucionais são de eficácia plena e com imediata aplicação ou de eficácia limitada, modernamente se reconhece que não há norma juridicamente ineficaz⁵⁶⁴, embora a eficácia possa ser limitada a questões mínimas.

Em resumo, são dotadas de máxima eficácia jurídica as normas constitucionais que, contendo todos os elementos necessários para sua formação – hipótese, mandamento, consequência e destinatário – não dependem, por isso mesmo, de complementação legislativa para permitir imediata exigibilidade por parte do interessado⁵⁶⁵, tampouco dependem de atos de governo ou dotação orçamentária.

⁵⁶²Curso de direito constitucional positivo. Op. cit., p.100.

⁵⁶³CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di princípio*. Milão: Giuffrè, 1952. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito na Itália: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista eletrônica do Centro de Aperfeiçoamento Jurídico. In <http://br.geocities.com/chegadesaude/textos.htm>, acesso em 01.04.2006, às 05h23. "A Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas preceptivas, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de princípio ou programáticas, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário".

⁵⁶⁴FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. p.19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁵⁶⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.cit.383.

3.3.3. Norma constitucional incompleta

3.3.3.1. Noções

Norma constitucional incompleta é a que, dispendo sobre regra ou princípio⁵⁶⁶, não contempla todos os elementos necessários para a sua formação, reclamando, para tanto, atividade legislativa ou administrativa complementar por meio da edição de leis ou atos administrativos⁵⁶⁷.

É nesta seara que residem as denominadas normas programáticas,

⁵⁶⁶DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (trad. GUASTAVINO, Marta). 3. reimp., p.76. Barcelona: Ariel, 1997; cfr. tb.: FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2.ed., rev. e atual., p.142. São Paulo: Malheiros, 1997. "Os princípios são linhas mestras de acordo com as quais se deve conduzir o intérprete, não se podendo olvidar que, conforme Ronald Dworkin, os princípios não pretendem estabelecer as condições necessárias à sua aplicação, na medida em que enunciam uma razão que conduz em uma só direção, sem exigir uma decisão em particular; os princípios, diferentemente das regras, não estabelecem conseqüências que se seguem automaticamente quando se satisfazem as condições previstas; eles oferecem apenas uma direção, não se podendo dizer que os princípios sejam incompletos e que precisam de exceções que os delimitem, na medida em que a enumeração de exceções aos princípios "poderia agudizar nossa percepção do peso do princípio, mas não nos proporcionaria um enunciado mais completo nem mais exato do mesmo". Daí por que a imediata aplicabilidade dos princípios diz respeito à sua aptidão para serem imediatamente aplicados como linhas mestras e condutores de determinados valores quanto a relações e situações da vida real, haja vista que não se pode dizer que os princípios valem ou não valem na concretização de determinadas relações e situações da vida real, mas, sim, que eles se aplicam ou não se aplicam conforme o seu peso para o caso concreto. A respeito desta temática, Robert Alexy (Op. cit., p.86) trata dos princípios como "mandatos de otimização", que podem ser cumpridos em diferentes graus, na medida das possibilidades reais e jurídicas. Essa noção não afasta, contudo, a idéia de aplicabilidade imediata dos princípios, posto que os princípios ostentam aptidão para serem imediatamente aplicados a casos concretos, variando apenas a maior ou menor medida ou peso da realização dos valores neles positivados. Nesse diapasão, não se pode esquecer que a solução da colisão ou conflito de regras e da colisão ou conflito de princípios resolve-se de forma diversa, adotando-se o critério da validade quanto às regras e o critério do peso quanto aos princípios, como abordam de forma elucidativa, v.g., Robert Alexy (Op. cit., p.89 e segs.) e Luis Afonso Heck (*O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais, Revista dos Tribunais* 781: 71-78, 2000)."

⁵⁶⁷MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.223. O autor distingue entre normas programáticas e normas não-exequíveis por si mesmas dizendo que para essas basta lei regulamentadora, enquanto para aquelas são necessárias outras medidas, como "decisões políticas, atos administrativos ou operações materiais".

categoria aceita por alguns ⁵⁶⁸, mas rejeitada por outros, como Gomes Canotilho, para quem não existem normas que conferem meros programas sem normatividade⁵⁶⁹.

A discordância reside no enfrentamento entre a afirmada força normativa da constituição⁵⁷⁰, de um lado, e, de outro, a impossibilidade de se dar cumprimento aos preceitos constitucionais que estabelecem programas a serem implementados por governos⁵⁷¹.

Seria o caso do art. 3º da Constituição Federal no seu todo⁵⁷², mas especialmente quanto ao seu inciso III, que elege como objetivo fundamental de nosso País erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais sem ao menos definir o que é pobreza, que tipo de marginalização ou qual o parâmetro de desigualdade se quer

⁵⁶⁸REIS, José Carlos Vasconcellos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

⁵⁶⁹*Direito constitucional*. Op. cit., p.189.

⁵⁷⁰Cfr. por todos: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (trad. MENDES, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: SAFE, 1991.

⁵⁷¹SLAIBI Filho, Nagib. *A norma constitucional*. In <http://www.suigeneris.pro.br/>, acesso em 01.04.2006, às 06h41. "Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, certos interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios, para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Exemplo de norma programática, a despeito do tom imperativo, é o disposto no art. 218 da Constituição: "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas."

⁵⁷²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I. construir uma sociedade livre, justa e solidária; II. garantir o desenvolvimento nacional; III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

reduzir⁵⁷³.

O objetivo deste tópico é demonstrar o que são, como se caracterizam e qual a extensão da eficácia da norma constitucional incompleta, antecipando-se, desde já, que ao contrário das normas completas, são aquelas que dependem e requerem regulamentação, ações de governo e, muitas vezes, recursos financeiros ou técnicos nem sempre disponíveis.

3.3.3.2. Caracterização da norma incompleta

Traço marcante da norma incompleta é a impossibilidade de sua imediata invocação por quem se afirma destinatário ativo, para exigí-la do destinatário passivo, por não conter hipótese, mandamento ou consequência do descumprimento, ou, ainda, por não precisar, justamente, quem é o destinatário.

Norma assim produzida não é dotada de atributos suficientes para imediata aplicação, só podendo sê-lo após regulamentação por parte do órgão competente, em regra o Poder Legislativo, mas às vezes podendo ser o Poder Executivo ou até mesmo o Poder Judiciário, quanto a suas funções administrativas.

Com efeito, a completude da norma constitucional – como instrumento necessário para dotá-la de capacidade para produzir os efeitos que lhe são esperados – depende de lei ou de atos normativos ou de efeitos concretos⁵⁷⁴

⁵⁷³O tema “normas programáticas” merecerá melhor análise na sequência, logo após o discurso sobre as normas incompletas, das quais são espécies. Ver mais cfr.: FIGUEIREDO, Marcelo. *Normas programáticas – análise político-constitucional*. In Revista de Direito Público. n.86, pp.139/152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁵⁷⁴Os atos administrativos, assim entendidos atos do Poder Público que não são leis,

que não sejam leis em sentido formal, segundo o magistério de Jorge Miranda:

II. Pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos (ou, o que para aqui vale o mesmo, por omissão de normas legislativas). Perante normas constitucionais não exeqüíveis por si próprias – preceptivas ou programáticas – o legislador não edita as leis necessárias a conferir-lhes concretização. Pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos políticos ou de governo. Entre outras hipóteses, pense-se na não marcação do dia das eleições do Presidente da República e dos Deputados (art. 136º, alínea b, da Constituição), na não-designação de titulares de cargos constitucionais (arts. 136º, alíneas f), h), l), m), n) e p), e 166º, alíneas g) e h), na não-promulgação de leis da Assembléia da República quando devida (arts. 137º, alínea b), e 139º, nºs 2 e 3), na falta de referenda ministerial igualmente quando devida (art.

podem ser normativos ou não-normativos, verificando-se a distinção em face da generalidade, impessoalidade e abstração dos primeiros, o que não se verifica com os segundos, tanto que Canotilho os qualifica de atos singulares: "O regulamento é uma norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com carácter executivo e/ou complementar da lei'. É um acto normativo e não um acto administrativo singular; é um acto normativo mas não um acto normativo com valor legislativo." *Direito Constitucional*. Op. cit., p.908). Cfr. tb.: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo trecho de ementa: "EMENTA: (...) A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, impugnada na presente ação direta, que se reveste de conteúdo normativo, eis que traduz deliberação caracterizada pela nota da relativa indeterminação subjetiva de seus beneficiários, estipulando regras gerais aplicáveis à universalidade dos agentes públicos vinculados aos serviços administrativos dessa Alta Corte judiciária. (...)" ADI-MC 2321/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento 25/10/2000, DJ 10-06-2005 pp-00004 ement vol-02195-1 pp-00046. Em outro julgamento o Tribunal foi ainda mais didático: "EMENTA: (...). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 138/436), em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se o ato estatal questionado assumir a qualificação de espécie normativa, cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes." RE-AgR 404278/RS, relator ministro Carlos Velloso, julgamento 01/03/2005, DJ 08-04-2005 pp-00035 ement vol-02186-03 pp-00542.

143º), etc. (...).⁵⁷⁵

A completude pode, ainda, decorrer de outra norma constitucional da mesma constituição – norma originária – ou de emenda constitucional. Exemplo da primeira é o art. 7º, XIX, da Constituição Federal - que dispõe sobre a licença-paternidade "*nos termos fixados em lei*"; enquanto não sobrevém essa lei, encontra no art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a quantificação do prazo, conferindo-lhe o necessário para sua eficácia jurídica:

§ 1º. Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Como exemplo da segunda, pode ser apontado o art. 100, § 3º, da Constituição Federal⁵⁷⁶, que, ao subordinar a execução contra a fazenda pública ao regime de precatórios, excepcionou as dívidas de pequeno valor sem, contudo, fixar parâmetros que definam o que é pequeno valor, caracterizando verdadeiro *conceito indeterminado*⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.394.

⁵⁷⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 100. (...). § 3º. O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado."

⁵⁷⁷ Há dezenas de termos indeterminados no contexto da Constituição, como "grave ameaça", "interesse público", dignidade da pessoa humana", "serviços essenciais", "interesse social" ou "ordem pública", os quais quase sempre dependem de configuração legislativa. Ver mais, cfr. DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v.40, pp.163/176. Curitiba: UFPR, 2004; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.218, n.2. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. "74. Alcançado este ponto de minha exposição, antes de por outra senda seguir, uma observação e uma indagação podem ser introduzidas, em torno da noção de conceito jurídico indeterminado. A observação: a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões

Para suprir a incompletude da norma e precisar o conceito indeterminado, sobreveio a Emenda Constitucional nº 37, de 12.06.2002, que assim dispôs:

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I. quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II. trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Enfim, característica dessas normas incompletas é a necessidade de regulamentação – legislativa, por emenda constitucional ou pela própria

(termos); logo, mais adequado será referirmo-nos a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados. Este ponto é de importância extremada e nele devo insistir: não existem "conceitos indeterminados". Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito". (PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão de 10.12.1998, Proc.º n.º 35.572, in AP DR de 6-06-2002, 7739), in http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_JN_26055_1_0001.htm, acesso em 30.04.2006, às 10h30. Uma decisão desse Tribunal enfrentou a questão dos conceitos indeterminados: "Nos conceitos indeterminados, a lei refere-se a uma realidade cujos contornos e limites não aparecem bem delineados no seu conceito enunciado, mas que, contudo, resulta também claro que se pretende ver delineado um pressuposto concreto. Estamos, assim, no campo de aplicação da lei, já que, no fundo, se trata de subsumir os factos a uma determinada categoria legal contida em conceitos indeterminados. Neste particular conceito estão, no fundo, em causa juízos de mérito que a Administração formula, de acordo com regras técnicas e científicas, que envolvem em regra um conhecimento especializado. Para elaborar tal juízo a Administração actua com referência a elementos de valoração subjectiva, incumbindo-lhe integrar o conceito vertido na norma legal, servindo-se, para o efeito, de um processo cognoscitivo baseado em princípios técnicos e científicos de que seja conhecedora. Ocorre, por isso, a este nível, uma certa margem de liberdade valorativa. Porém, cumpre realçar, de novo, que os conceitos indeterminados não atribuem qualquer poder discricionário, mas sim uma margem de livre apreciação, margem essa que, é bom dizer, não se reveste da mesma amplitude em todas as situações em que o legislador adopta um conceito indeterminado."

constituição em que acham inseridas –, ou, ainda, de providências administrativas ou políticas como atos necessários para lhes completar e permitir aplicação aos casos para os quais foram projetadas.

3.3.3.3. Desnecessidade de expressa referência à lei

Entram nesta categoria não apenas os preceitos constitucionais com expressa referência à legislação adicional, geralmente identificados por expressões como “a lei disporá...”, “nos termos da lei...”⁵⁷⁸, “na forma da lei...”, “a lei regulará...”, “conforme dispuser a lei...”⁵⁷⁹, entre outros, como

⁵⁷⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) III. renda e proventos de qualquer natureza. (...) § 2º. O imposto previsto no inciso III: (...) II. não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.” Este dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, mas sobre ele o Supremo Tribunal Federal já havia fixado entendimento de que não era auto-aplicável, para o que dependia da lei regulamentar: “EMENTA: (...) 1. Imposto de renda na fonte. Proventos. Beneficiários com idade superior a sessenta e cinco anos. Art. 153, § 2º, inc. II, da Constituição Federal. Lei nº 7.713/88. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 22.584 (Sessão do dia 17.04.97), proclamou entendimento no sentido de que o art. 153, § 2º, II, da Constituição Federal, ao estabelecer que o imposto de renda “não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho”, não é auto-aplicável, estando a depender de lei que fixará os termos e os limites dessa não-incidência. E, até que advenha a lei regulamentando o exercício desse direito, continuam válidos os limites e restrições fixados na Lei nº 7.713/88 com suas posteriores alterações”. 2. (...)”. AI-AgR 515912/RJ, relator ministro Eros Grau, julgamento 23/11/2004, DJ 17-12-2004 pp-00054 ement vol-02177-12 pp-02464 rndj v.6, n. 64, 2005, p.100-102.

⁵⁷⁹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...). v. a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”. Sobre este dispositivo o Supremo Tribunal Federal já se manifestou dizendo que sua eficácia depende de lei: “EMENTA: Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Art. 203, V, da Constituição Federal. Dispositivo não auto-aplicável. 4. Eficácia após edição da Lei nº 8.742, de 07.12.93. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” RE-ED 401127/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento 30/11/2004, DJ 17-12-2004 pp-

também toda e qualquer norma que, a despeito de não haver expressa previsão de lei adicional, nela não se encontrem reunidos os elementos que permitam a aplicação.

Nem todos pensam assim. Na obra a quatro mãos, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto dizem, expressamente, *"que a expressa menção à lei inferior integradora retira desta última a pecha do vício supremo em que incorreria, não fora a referência constitucional"*, implicando dizer que, para eles, sem a referência à lei integradora a norma teria, por si só, eficácia total. São deles as palavras⁵⁸⁰:

A utilização de certas expressões lingüísticas, como "a lei regulará" ou "a lei disporá", ou, ainda, "na forma da lei", deixa de logo claro que a vontade constitucional não está integralmente composta. A matéria normada não ganhou definitividade em seu perfil. Ela reclama a superveniência de uma normação posterior que venha a delimitá-la na sua exata extensão, quer para alargá-la, quer para restringi-la. O que apresentam em comum, tais espécies normativas, é o fato de necessitarem, ou, no mínimo, tolerarem uma legislação subalterna que lhes componha o significado, sem que isso se traduza em inconstitucionalidade. É que a expressa menção à lei inferior integradora retira desta última a pecha do vício supremo em que incorreria, não fora a referência constitucional.

Sem embargo desta respeitada opinião, é certo que são muitos os dispositivos constitucionais que, a despeito de não se referirem expressamente à necessidade de lei regulamentar, não se encontram aptos a produzir os efeitos que lhe são esperados de *per si* por faltar quaisquer dos elementos de formação – hipótese, mandamento, destinatário e consequência

00070 ement vol-02177-03 pp-00559.

⁵⁸⁰ *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., pp.48/49.

–, como os seguintes, todos da Constituição Federal de 1988:

Art. 20. São bens da União:

(...)

VI. o mar territorial;

VII. os terrenos de marinha e seus acrescidos;

—

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

(...)

IV. as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

—

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

Em nenhum destes dispositivos há referência à lei, mas sem ela não há como obter os efeitos que lhes são esperados: é preciso lei que defina o que se entender por *mar territorial*⁵⁸¹ e *terrenos de marinha*⁵⁸² e seus *acrescidos*⁵⁸³; é preciso lei que defina o que e quais são as terras devolutas⁵⁸⁴

⁵⁸¹BRASIL. LEI Nº 8.617, DE 04.01.1993. "Art. 1º. O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil."

⁵⁸²BRASIL. DECRETO-LEI Nº 9.760, DE 05.09.1946. "Art. 2º. São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano."

⁵⁸³BRASIL. DECRETO-LEI Nº 9.760, DE 05.09.1946. "Art. 3º. São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha."

⁵⁸⁴BRASIL. DECRETO-LEI Nº 9.760, DE 05.09.1946. "Art. 5º. São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal,

da União para, a partir daí, obter-se as terras devolutas dos estados; é preciso lei que regulamente o sistema proporcional⁵⁸⁵, especialmente por implicar operações matemáticas⁵⁸⁶.

Por outro lado, nem sempre a referência à lei quer dizer que sem ela o dispositivo não seja eficaz, como nos seguintes exemplos extraídos da Constituição Federal de 1988:

Art. 31.

(...)

§ 3º. As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e

não se incorporaram ao domínio privado: a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais; b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada; e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a 20 (vinte) anos; f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa-fé; g) por força de sentença declaratória proferida nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937."

⁵⁸⁵BRASIL. CÓDIGO ELEITORAL. LEI Nº 4.737, DE 15.07.1965. "Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior. Art. 107. Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração. Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras: I. dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher; II. repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares. § 1º. O preenchimento dos lugares com que cada Partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos. § 2º. Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral. Art. 110. Em caso de empate, haver-se-á por eleito o candidato mais idoso."

⁵⁸⁶Sobre o cálculo do quociente eleitoral exigido pelo sistema proporcional, cfr.: QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito eleitoral*. 9.ed., rev., ampl., e atual. jan. 2005, pp.61/71. Goiânia: IEPC, 2005.

apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

—
Art. 74.

(...)

§ 2º. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Nos dois exemplos, a falta de lei não impede que o contribuinte – no primeiro caso – ou o cidadão – no segundo – tome a iniciativa, cabendo ao poder público competente dar o tratamento que possa merecer, mesmo porque não parece lógico que não se devam tomar providências contra irregularidades por eventual defeito formal na notícia que dela dá conhecimento⁵⁸⁷.

É necessário insistir que, independente de expressa previsão, há normas constitucionais cuja eficácia total depende de lei regulamentadora, como o art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, que dispõe sobre subsídio de servidores públicos, conforme se infere da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal⁵⁸⁸:

EMENTA: Ação direta em que se alega a inconstitucionalidade de dispositivos e expressões constantes da Constituição do Estado do Paraná e da Lei Complementar Estadual nº 85, de 27 de dezembro de 1999, relativos ao Procurador-Geral de Justiça. É relevante a arguição

⁵⁸⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.631: "Na forma da lei, diz o texto, como se para esse tipo de denúncia aquelas partes legítimas dependessem de lei que as autorizasse. Ora, primeiro, existe o direito de petição, que independe de lei, e pode ser utilizado no caso; segundo, porque a denúncia poderá ser feita sempre, e o Tribunal a terá na conta que merecer."

⁵⁸⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2319 MC/PR, relator ministro Moreira Alves, julgamento 01/08/2001, DJ 09-11-2001 pp-00042 ement vol-02051-02 pp-00400.

de inconstitucionalidade de dispositivo que subordina a nomeação do Procurador de Justiça à aprovação da Assembléia Legislativa. Igualmente relevante a fundamentação de arguição de inconstitucionalidade de norma que estabelece restrição ao Procurador-Geral de Justiça não prevista na Constituição Federal para concorrer às vagas de que trata seu art. 95.

Também relevante a fundamentação da arguição de inconstitucionalidade de dispositivo que estabelece como teto para os vencimentos da carreira do Ministério Público estadual os de Procurador-Geral da República. Ocorrência do requisito da conveniência administrativa para a concessão de suspensão das normas impugnadas.

Deferimento do pedido de cautelar, para suspender, "ex nunc" e até o final julgamento desta ação, a eficácia das expressões "após à aprovação da Assembléia Legislativa", "não podendo, a título nenhum, exceder os do Procurador-Geral da República" e "submetendo-o a aprovação pela Assembléia Legislativa" do "caput" do artigo 116, da alínea "f" do inciso I do artigo 188 e "submetendo-o a aprovação pela Assembléia Legislativa" do "caput" do artigo 16, os dois primeiros da Constituição do Estado do Paraná e o terceiro da Lei Complementar nº 85, de 27 de dezembro de 1999, do mesmo Estado, bem como o § 2º do artigo 116 da referida Constituição Estadual e os parágrafos 1º do artigo 10 e 2º e 3º do artigo 16, ambos da mencionada Lei Complementar Estadual nº 85/99.

O dispositivo constitucional não contém referência expressa à necessidade de lei regulamentadora, mas antes que o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal seja fixado, não há como impor limite à remuneração ou subsídio dos demais ocupantes de cargos públicos⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 37. (...). XI. A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra

Assim sendo, a norma constitucional que depende de regulamentação, por expressa disposição constitucional ou por implícita impossibilidade de aplicação imediata, por falta de algum de seus elementos, não tem eficácia total, não se encontrando apta a produzir todos os efeitos que dela se esperam, o que só ocorrerá após intermediação legislativa.

3.3.3.4. Eficácia da norma incompleta

Rui dizia que a maioria das normas constitucionais reside nesta categoria porque a constituição não se executa por si, mas sim pela ação legislativa imediata. Mas – ressaltava o mestre –, normas constitucionais deste jaez não são meros enunciados morais ou de simples conselhos, avisos ou lições, porque todas têm a força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos⁵⁹⁰.

Era esse o pensamento que predominava no início do Século XX, como se pode ver da seguinte passagem de Marnoco e Souza⁵⁹¹:

Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários — o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais, supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa.

De fato, há muitos dispositivos constitucionais vazios e insusceptíveis de

natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;"

⁵⁹⁰BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v.II, p.448. São Paulo: Saraiva, 1933.

⁵⁹¹SOUSA, Marnoco e. *Comentários à Constituição da República*. Apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.185, n.1.

aplicação sem que o legislador⁵⁹² intervenha e complete os elementos faltantes dentre os necessários para a plena eficácia – hipótese, mandamento, conseqüência ou destinatário.

Não é lícito, no entanto, dizer que são ineficazes porque não há norma constitucional desprovida de eficácia, variando apenas o grau em que se projetam: as normas cujos elementos se encontram reunidos têm eficácia total, enquanto as que carecem de um ou outro elemento, têm menor grau de eficácia – eficácia mínima, por assim dizer – ou, na expressão do professor José Afonso da Silva, eficácia limitada⁵⁹³.

O professor Celso Ribeiro Bastos as classificava como normas de integração e as dividia em normas completáveis e restringíveis dizendo que padecem de *"visceral imprecisão, ou deficiência instrumental, e se tornam, por si mesmas, inexecutáveis em toda a sua potencialidade"*⁵⁹⁴.

Sem razão, em parte, o saudoso professor, porque essas normas não são *"inexecutáveis em toda a sua potencialidade"*; na verdade, não se prestam para produzir todos os efeitos que lhe são esperados, mas produzem, desde logo, alguns, especialmente frente ao legislador a quem impõe a obrigação de legislar⁵⁹⁵, ao mesmo tempo em que limita seu poder vedando que extrapole

⁵⁹²O termo "legislador" é aqui empregado no sentido de órgão encarregado da tarefa de completar a constituição, podendo ser, também, os órgãos da Administração, inclusive do Poder Judiciário, quanto a funções administrativas.

⁵⁹³*Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.77.

⁵⁹⁴BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. p.48. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

⁵⁹⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.II, p.218. *"As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação imediata; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem "elasticidade" ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de*

ou desconsidere implícita ou explícita vontade constitucional⁵⁹⁶ ou espírito⁵⁹⁷ da constituição⁵⁹⁸.

Explica-se melhor com outras palavras: a norma constitucional que depende de regulamentação impõe ao legislador a obrigação de regulamentá-la, nisso consistindo o seu primeiro efeito⁵⁹⁹, ao mesmo tempo em que revoga

plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); (...)"

⁵⁹⁶BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. pp.35. São Paulo: Saraiva, 1982.

⁵⁹⁷A doutrina reconhece pacificamente a existência de "espírito da constituição", que se diferencia de seu corpo, o qual pode ser emendado. Sobre o espírito da constituição, escreveu Pierandrei: "*Naturalmente, la operación interpretativa no puede considerarse llevada a término sino cuando la norma ha sido estudiada – de manera sistemática – en sus relaciones con los demás preceptos, en su ubicación dentro del ámbito de la constitución. Y a tal propósito, es oportuno destacar que esta última se integra en torno de un complejo de principios generalísimos, los cuales, podría decirse, representan el núcleo central de ella; se trata de los principios que más directamente expresan aquellos valores políticos en los cuales la Constitución misma encuentra su fundamento, y por los cuales un determinado Estado se caracteriza de modo peculiar; principios que pueden aparecer formulados expresamente en el texto escrito o estar implícitos o que pueden derivar, luego de una cierta evolución histórica, en costumbres o reglas convencionales. Ahora bien, que la interpretación de una sola norma deba respetar tales principios resulta de toda evidencia para quienes piensan que el orden supremo del Estado encuentra en ellos coherencia sistemática. Y esto es tanto más exacto cuanto mayor tiempo la norma, dada la amplitud de su alcance, pueda tutelar a una pluralidad de intereses o aparecer en recíproco contraste con criterios ordenativos más generales; de donde la exigencia de cumplir una ordenación entre los diversos intereses y de eliminar la antítesis. Toda dificultad restante queda superada en último análisis si se llega, como es necesario llegar, a la comprensión de la idea madre de los principios mismos, vale decir, de la idea de la cual resulta determinado lo que se llama el espíritu de la Constitución*". (PIERANDREI, Franco. *L'interpretazione della costituzione*. Apud QUINTANA, Segundo v. Linares. *Tratado de interpretación constitucional*. Cap. XV. *El alma o espíritu de la constitución*. In http://argentina.lexisnexis.com.ar/ar/lpext.dll/LNAR/AR_DA001/1153077/1153078/1170388/1170389/2102_17.htm acesso em 02.04.2006, a 00h21.

⁵⁹⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.79. "*Finalmente, a crise da constituição alerta-nos para a consciência dos limites de uma constituição e do direito constitucional. Sendo este um "direito que gravita sobre si próprio" (SMEND), estará em permanente tensão com o exercício do poder e não se lhe pode exigir que tenha instrumentos repressivos ou sancionatórios, típicos de outros ramos de direito. A história constitucional demonstra que a força normativa da constituição depende da "vontade de constituição" (HESSE) e que as leis constitucionais não têm potencialidades de, só por si, conformar totalmente o processo político-social. Se não se deve falar de um grau-zero de eficácia da constituição e do direito constitucional (DROR), deve, contudo, abandonar-se a pretensão de uma pré-determinação constitucional exaustiva e a crença acrítica nos mecanismos normativos.*"

⁵⁹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. In *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ -

o ordenamento então existente, que lhe seja contrário, e veda que quando legislador, o legislador despreze o que com ela se pretendeu alcançar, nem podendo ir além, nem ficando aquém.

Se for além, incide em inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo; se ficar aquém, inconstitucionalidade por omissão parcial⁶⁰⁰ por não ser razoável admitir regulamentação deficiente. A propósito, a doutrina alemã é bastante clara sobre regulamentação deficiente, especialmente no campo dos direitos fundamentais, segundo ensina Bernal Pulido⁶⁰¹:

Ahora bien, en la dogmática alemana es ya bien conocida la distinción entre dos diversas versiones del principio de proporcionalidad: la prohibición del exceso (Übermaßverbot) y la prohibición de protección deficiente (Untermaßverbot). Este último concepto se

Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.5, ago./2001. In <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 18.04.2006, à 01h49. "O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit). Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos interiores della volizione legislativa. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isto envolveria o próprio mérito do ato legislativo."

⁶⁰⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.1091. "A doutrina alude, por vezes, à distinção entre omissão em sentido formal e omissão em sentido material e à distinção entre omissões absolutas e omissões relativas. Independentemente dos vários problemas suscitados por estas distinções, o conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com omissões legislativas parciais, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de imposições legiferantes favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações, violando o princípio da igualdade e cometendo uma "inconstitucionalidade por acção", como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações. Nesta última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por acção. Precisamente por isso, a omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas."

⁶⁰¹PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Op. cit., pp.801/802.

refiere a la estructura que el principio de proporcionalidad adquiere en la aplicación de los derechos fundamentales de protección. La prohibición de protección deficiente puede definirse como un criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal – por antonomasia una omisión – vulnera un derecho fundamental de protección.

Este concepto ha ocupado el centro de una interesante polémica doctrinal, inaugurada por la sentencia que el Tribunal Constitucional alemán pronunció en el segundo caso sobre el aborto. En la fundamentación de dicha Sentencia, el Alto Tribunal Federal sostuvo, en los siguientes términos, que el Legislador debe observar las exigencias de la prohibición de protección deficiente en la configuración de los deberes de protección estatal: "Las prescripciones que el Legislador expida deben ofrecer una protección adecuada y efectiva y deben poder fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas y en apreciaciones plausibles". Asimismo señaló: "dado que la prohibición de protección deficiente no puede vulnerarse, la configuración de la protección mediante el orden jurídico debe corresponder a unas exigencias mínimas"⁶⁰².

⁶⁰²A seguir, o autor apresenta uma série de regras que, segundo explica, mostram como reconhecer a proteção deficiente. São dele as seguintes palavras (Op. cit., pp.802/805): "Esta somera mención, sin embargo, no esclarece qué diferencias estructurales existen entre esta prohibición de protección deficiente y la prohibición del exceso. Aquí intentaremos poner de manifiesto algunas de tales diferencias, mediante las siguientes reglas argumentativas: REGLA 81. Sobre la estructura de la prohibición de protección deficiente. La prohibición de protección deficiente tiene la misma estructura general que la prohibición del exceso. Esta segunda versión del principio de proporcionalidad se compone de dos presupuestos – la adscripción prima facie a un derecho fundamental de la posición de protección afectada y la catalogación del acto legislativo examinado como una intervención en el derecho – y tres subprincipios – idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. REGLA 82. Sobre la adscripción prima facie en la estructura de la prohibición de protección deficiente. La adscripción prima facie que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue mutatis mutandi las mismas reglas que la de la prohibición del exceso (reglas 1 a 12). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posición que se adscribe, es un derecho fundamental de protección, que impone al legislador un deber de actuación, consistente en realizar el objeto de la posición iusfundamental en la mayor medida posible. REGLA 83. Sobre la intervención legislativa en la estructura de la prohibición de protección deficiente. La intervención legislativa que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue mutatis mutandi las mismas reglas que la de la prohibición del exceso (reglas 13 a 16). Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las

siguientes variaciones: El acto que se examina. El objeto del control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una abstención legislativa o una norma legal que no protege el derecho fundamental o que lo protege deficientemente por no favorecer su realización en la mayor medida posible. Sobre el concepto de afectación negativa. Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental de protección, resulta necesario, que entre la norma legal o la abstención legislativa que se examina y el derecho relevante no medie un nexo de causalidad o de idoneidad positiva óptima que persiga la realización del derecho en la mayor medida posible. Es pertinente que la norma legal o la abstención legislativa no sea idónea para proteger la norma o la posición iusfundamental afectada en la mayor medida posible. Sobre el concepto de causalidad positiva óptima aplicado al concepto de intervención en el derecho fundamental de protección. La norma legal (N) o la abstención (A) no guarda una relación de causalidad positiva óptima con el derecho fundamental (DF), y por tanto debe considerarse como una intervención en este derecho, si no conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental (DF) sea garantizada en la mayor medida posible. REGLA 84. Sobre el subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente. El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente sigue mutatis mutandi las mismas reglas que el de la prohibición del exceso (reglas 18 a 34). Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las siguientes variaciones: Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de idoneidad, cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. La idoneidad de la abstención o de la norma legal como relación de favorecimiento del fin legislativo (variación a la regla 27). Una abstención legislativa o una norma legal que proteja deficientemente a un derecho fundamental, será idónea, si favorece la realización de su fin. En otros términos, es preciso que la carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente legítimo del Parlamento. REGLA 85. Sobre el subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente. El subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente sigue mutatis mutandi las mismas reglas que el de la prohibición del exceso (reglas 35 a 47). Sin embargo, debe ser tenida en cuenta la siguiente variación acerca de la definición del subprincipio: Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad, cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Parlamento por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. REGLA 86. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente sigue mutatis mutandi las mismas reglas que el de la prohibición del exceso (reglas 47 a 80). Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta la siguiente variación acerca de la definición del subprincipio: Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Por último, debe formularse la siguiente regla que es válida para las colisiones entre un derecho fundamental de defensa y un derecho fundamental de protección: REGLA 87. Cuando se presenta una colisión entre un derecho fundamental de defensa y un derecho fundamental de protección, debe aplicarse simultáneamente el principio de proporcionalidad en su función de prohibición del exceso y de prohibición de protección deficiente. En este caso, la falta de realización máxima del derecho de protección sólo es admisible en la medida en que lo exija la realización de derecho de defensa y, correlativamente, la intervención en el derecho de defensa sólo es admisible en la medida en que lo exija la realización del derecho de protección. En esta doble aplicación del principio de proporcionalidad también se debe respetar el ámbito de

Era esse o pensamento do italiano Gaetano Azzariti, ex-presidente da Corte de Cassação, manifestado no fim da primeira metade do século passado em face de uma decisão da própria Corte, da qual discordou, de que o poder conferido ao legislador não pode contrastar com a norma constitucional⁶⁰³.

Normas deste gênero existem em todas as constituições. A opinião de que o caráter rígido destas exclui tais normas não tem fundamento. A propósito, já foi observado que os princípios constitucionais de caráter diretivo, também em um ordenamento rígido, permanecem diretivos e as leis deles divergentes não resultam, simplesmente por isto, inválidas, de modo que dizer que um ordenamento é rígido não significa dizer que as suas disposições são, da primeira à última, absolutamente inderrogáveis. A observação parece-me correta e merece manter-se presente, embora eu creia que, talvez, também a respeito deste problema, não falem algumas divergências entre constituições rígidas e constituições flexíveis. Não significa que, nas primeiras, as normas diretivas se transformem em cogentes e que, em consequência, qualquer lei que dela divirja deva ser considerada inválida. Mas se a lei, ao invés de ser apenas divergente, estivesse absolutamente em claro contraste com a norma diretiva, a ponto de anulá-la, tornando impossível sua futura atuação, talvez em uma constituição rígida, à diferença da flexível, se poderia mesmo duvidar da constitucionalidade da lei. Sob este aspecto, as assim chamadas normas diretivas assumem nas constituições rígidas um certo caráter de juridicidade que não existe nas flexíveis. Não nego que não é fácil distinguir entre os casos de simples divergência e os de claro contraste e que se tornaria ainda mais delicado avaliar se se trata de um contraste tal que torna impossível a atuação da diretiva estabelecida na constituição, mas, já que é instituída a Corte constitucional, não se deve excluir que uma apuradíssima

apreciación empírica y normativa del Legislador."

⁶⁰³ Apud BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Op. cit., p.29.

*investigação possa ser feita por ela em qualquer caso*⁶⁰⁴.

À guisa de mais uma ilustração, tome-se como exemplo o mesmo dispositivo já antes mencionado em nota de rodapé:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V. a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Quem é o destinatário desta norma? Como se comprova a necessidade do benefício? Qual o critério determinante para que alguém possa ser considerado pobre ou idoso? Como o benefício será pago? Bastam estes questionamentos irrespondíveis para se concluir que, antes que seja regulamentado por lei, o dispositivo não tem imediato e total alcance.

Mesmo assim, algum alcance deve ter, e, de fato, tem, pelo menos ao impor ao legislador o ônus de legislar, e ao legislar não estabelecer exigências para provar a necessidade que não possam ser cumpridas e acabem por negar o benefício a quem dele necessita.

Em resumo, na síntese feita pela professora Maria Helena Diniz⁶⁰⁵, a partir de ensinamentos do professor José Afonso da Silva, são os seguintes os efeitos de norma constitucional deste jaez:

a) impedem que o legislador legisle em sentido contrário ao que consta

⁶⁰⁴ *Apud* BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Op. cit., p.29.

⁶⁰⁵ *Norma constitucional e seus efeitos*. Op. cit., p.105.

da constituição;

b) impõem um dever político ao órgão com competência normativa;

c) informam a concepção estatal ao indicar suas finalidades sociais e os valores objetivados pela sociedade;

d) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

e) servem de diretrizes teleológicas para a interpretação e aplicação jurídica (subsunção, integração e correção);

f) estabelecem direitos subjetivos por impedir comportamentos antagônicos a ela.

Portanto, vê-se que a despeito de produzir uma série de efeitos, a norma constitucional dependente de complementação legislativa não produz o efeito principal, que é o de permitir o exercício imediato do direito ou vantagem nela previsto, razão porque se pode denominá-la de norma constitucional de eficácia mínima, limitada, reduzida ou, enfim, norma incompleta, termo utilizado neste trabalho.

3.3.3.5. Repulsa a normas simplesmente programáticas

Há disposições constitucionais que, por não serem completas, buscam em lei posterior os elementos necessários para obter o grau máximo de eficácia que lhes são esperadas, e essa lei é suficiente, mas há normas cuja eficácia parece depender não somente de leis, exigindo também ação

administrativa ou, mais propriamente, vontade política⁶⁰⁶.

A essas normas, parte da doutrina denomina de *programáticas* por vê-las como simples exortações ao poder competente para que tome as providências – se e quando possíveis – para lhes dar efetividade. Entusiasta desta concepção – mesmo porque o foi do Estado Novo brasileiro – foi Karl Loewenstein, segundo informa Eros Grau⁶⁰⁷:

A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. Karl Loewenstein, entusiasta do Estado Novo Brasileiro, não deixou por menos e, com uma franqueza estarrecedora, afirmou que os direitos fundamentais não são "direitos no sentido jurídico", visto que não podem ser exigidos judicialmente do Estado senão quando tenham sido institucionalizados por uma ação estatal. E, mais, que "nos Estados avançados tecnicamente, uma grande parte da filosofia dos direitos sociais e econômicos se tornou concreta na legislação positiva. De outra parte, estes direitos permanecem freqüentemente, em muitos países subdesenvolvidos – e permanecem durante longo tempo – como meros planos nominais para o futuro, até que as condições sócioeconômicas da sociedade permitam sua aplicação. Mas ainda ali onde os direitos sociais têm que esperar até que ocorram os requisitos de sua realização, cumprem um objetivo: para os detentores do poder são o estímulo que os impelirá a sua realização, e para os destinatários do poder significarão a esperança de que um dia venham a ser realizados".

Loewenstein não atribui caráter normativo a normas assim ditadas. García de Enterría, ao contrário, aponta em outra direção, afirmando

⁶⁰⁶RUSSOMANO, Rosah. *Das normas constitucionais programáticas. In Tendências Actuais do Direito Público. In Estudos de homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco.* pp.267 e segs. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

⁶⁰⁷LOEWNSTEIN, Karl. *Apud GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas.* Op. cit., pp.124/125, n.142.

enfaticamente que todos, inclusive os particulares, devem dar imediata aplicação às normas constitucionais *"sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo"*, para, na seqüência, acrescentar⁶⁰⁸:

Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, como hemos ya sentado más atrás, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación (aunque quizá convenga recordar la pertinente observación de Lerche: la Constitución no encierra tanto normas imprecisas como "Derecho concentrado", lo cual es importante a efectos de la interpretación).

A respeito dessas normas, especialmente pela negação de normatividade, José Afonso da Silva⁶⁰⁹, como sempre muito claro, afirmou que *"essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda"*.⁶¹⁰

A expressão "norma programática" já agradou boa parte da doutrina, mas parece estar superada por colidir com a força normativa que se pretende extrair da constituição, vigorante ao lado da força decorrente dos fatores reais

⁶⁰⁸ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p.68, n.4.

⁶⁰⁹*Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.153.

⁶¹⁰De certa forma, foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal quanto ao antigo art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que limitava a taxa anual de juros a doze por cento, contrariando enormemente o interesse dos bancos. Por mais claro que fosse, como se tratava de um parágrafo, o Tribunal decidiu que enquanto o *caput* – que previa lei complementar – não fosse regulamentado, não havia como dar imediata aplicabilidade ao limite de juros. Desse entendimento divergiu, entre outros, o ministro Carlos Velloso considerando que, a despeito de estar redigido como parágrafo, o dispositivo não tinha conteúdo de parágrafo, gozando de verdadeira autonomia. Prevaleceu, contudo, o interesse dos bancos, negando-se eficácia plena ao limite de juros, mesmo que futura lei jamais pudesse estabelecê-lo acima de 12% ao ano. Cfr. mais: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.147, pp.815/820, ADI-4. Brasília: Supremo Tribunal Federal, março de 1994.

de poder⁶¹¹. Pablo Lucas Verdú assim se manifesta a respeito⁶¹²:

Ya dijimos que las normas programáticas son la expresión normativa de ciertos objetivos políticos fijados por el constituyente, cuyo cumplimiento se encomienda al legislador futuro. Ello significa, por un lado, que las normas programáticas que contienen derechos y libertades básicas:

- poseen escaso valor jurídico. Son mera enunciación normativa: están ahí en la constitución como promesa, incitación o reenvío al legislador ordinario futuro;

- por otra parte, tienen valor político, significan un compromiso que vincula a toda la orientación política estatal.

Canotilho⁶¹³ é categórico ao negar a existência de normas simplesmente programáticas, preferindo dizer:

Existem, é certo, normas-fins, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: Simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismas políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória em confronto com qualquer poder estatal discricionário (Crisafuli). Mais do que isso: a eventual mediação, pela instância legiferante, da concretização das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio do legislador; é a positividade das

⁶¹¹HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (trad. MENDES, Gilmar Ferreira). p.11. Porto Alegre: SAFE, 1991.

⁶¹²*Curso de derecho político*. v.III. p.76. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

⁶¹³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.183.

normas-fins e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.

Finalizando, o professor apresenta as linhas básicas que representam a efetividade das normas programáticas:

a) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização;

b) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);

c) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam⁶¹⁴.

Para os limites específicos deste trabalho, pode-se afirmar que as normas programáticas não são outras que não as mesmas que se denominam de normas incompletas, pois a despeito do caráter normativo inerente a toda norma jurídica – ao que a norma constitucional não foge – também dependem de legislação e atividade administrativa complementar para implementar os programas por elas estabelecidos.

Enfim, as denominadas normas incompletas – que incluem as normas-programa, normas-tarefa, normas-fim – são disposições dotadas de normatividade, podendo ser diretamente aplicáveis, mas tão-só quanto aos efeitos retromencionados e não quanto aos fins visados, que só serão conhecidos com a lei regulamentar, razão porque podem ser denominadas normas de eficácia diferida⁶¹⁵.

⁶¹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.184.

⁶¹⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2.ed., rev., t.II, p.527. Coimbra: Coimbra, 2001.

3.4. Norma constitucional que admite regulamentação

3.4.1. Noções

Como exposto na introdução deste tópico – que analisa os graus de eficácia das normas constitucionais – há uma terceira categoria de normas que compreende aquelas que não dependem, mas admitem, regulamentação, e ao admitir abrem espaço para encurtamento ou ampliação de seu conteúdo normativo.

Explica-se: essas normas constitucionais são completas, não reclamando, por isso, *interpositio legislatoris* para que possam ser invocadas pelos interessados e aplicadas aos casos concretos; no entanto, admitem que o legislador ordinário ou o poder constituinte derivado intervenha editando normas que restrinjam ou ampliem o seu conteúdo.

No primeiro caso, o legislador estabelece exigências que nem todos preenchem, como idade mínima ou máxima, certo nível de escolaridade ou tempo de experiência; no segundo, estende seus efeitos para situações semelhantes, mas não contempladas expressamente na Constituição.

Há, ainda, normas inseridas na própria constituição originária que representam restrição ou ampliação de outras de suas normas, podendo-se dizer que as primeiras representam exceções à regra geral por ela estabelecidas⁶¹⁶, e as segundas, integração analógica.

São, assim, dois tipos diversos, mas residentes sob a mesma

⁶¹⁶SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.107. Para o autor, que denomina essas regras de *regras de contenção*, elas não se confundem, mas se assemelham, com regras de exceção.

nomenclatura aqui utilizada – norma constitucional que admite regulamentação –, precisando-se, ainda, que por apenas admitir, mas não depender de regulamentação, gozam desde logo de total eficácia jurídica, encontrando-se aptas a produzir todos efeitos constitucionalmente esperados.

Por serem dois tipos, merecem ser analisadas em separado, a começar por aquelas que permitem encurtamento e são denominadas por Afonso da Silva de normas de eficácia contida⁶¹⁷. Em seguida, serão analisadas as normas que poderão ter o alcance aumentado, por isso serão denominadas de normas de eficácia ampliável.

3.4.2. Normas de eficácia redutível

3.4.2.1. Terminologia

Sem pretender inovar por inovar⁶¹⁸, mas apenas fugir dos equívocos tantas vezes verificados com o uso indevido de termos diferentes para designar institutos iguais, ou iguais, para institutos diferentes, as normas constitucionais que não dependem, mas admitem regulamentação que encurte

⁶¹⁷SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., pp.103/116.

⁶¹⁸Sobre "inovar por inovar": ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil*. In Revista CEJ, n.09, p.4. Brasília: Justiça Federal, dez./1999. In <http://www.justicafederal.gov.br/>, acesso em 30.04.2006, às 18h33. "A missão conferida foi a de elaborar um novo Projeto que seguisse as linhas estruturais do Código Civil brasileiro e que não tivesse a veleidade de inovar por inovar, mas procurasse introduzir dentro dele tudo aquilo que julgasse merecer ser disciplinado em um Código Civil, e que apenas nele se integrassem aqueles institutos que já tivessem estratificação necessária para figurar em uma codificação como a do Código Civil, conseqüentemente, em uma legislação com uma certa permanência." Em certa passagem no livro "A parte geral do projeto de código civil brasileiro" o mesmo autor, criticando o Projeto de Orlando Gomes, disse: "Isso não ocorre, porém, com as modificações que se introduziram no instituto do domicílio – aí, alterou-se toda nossa tradição jurídica, sem qualquer vantagem a nosso ver, para o direito civil brasileiro: inovou-se por inovar, o que é um mal". ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil*. p.11. São Paulo: Saraiva, 1986. Cfr. tb.: GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*. p.19. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1963: "Inovar não significa, porém, amor indiscriminado à novidade, senão aproveitamento da experiência de outros povos e da própria experiência nacional condensadas na doutrina e na jurisprudência".

seu alcance, são denominadas neste trabalho de normas de eficácia redutível, as quais – repita-se – José Afonso da Silva denominou de eficácia contida.

Aliás, o próprio autor da expressão reconhece, em nota de rodapé, que outros preferem utilizar os termos "contível" ou "restringível":

67. Autores há que sugerem normas de eficácia "contível", em lugar de normas de eficácia "contida", porque elas contêm a possibilidade de ser contidas, e o "contível" é que exprimiria essa potencialidade, enquanto "contida", passado, revelaria já o efeito da contenção. Outros preferem falar de norma restringível, passível de restrição.⁶¹⁹

O termo é confuso, realmente. Ao abordar a problemática das normas programáticas, Eros Grau diz que algumas têm eficácia limitada e outras, contida, por estarem subordinadas à futura legislação, demonstrando nítida confusão terminológica, porque são duas as situações:

139. A Constituição, segundo o entendimento da doutrina tradicional, contém algumas normas que são meramente declaratórias de princípios programáticos, tendo, pois, eficácia limitada. Outras, ainda, teriam eficácia contida, na medida em que só estariam em condições de produzir efeitos jurídicos quando implementadas pelo legislador ordinário⁶²⁰.

A jurisprudência também mostra alguns casos de uso indevido de expressões, ora designando como eficácia limitada, ora contida, situações que nem sempre correspondem a uma outra tipologia, como pode ser visto nos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Ação originária. Remuneração dos magistrados. EC 19/98. Disciplina do artigo 39, § 4º, da Constituição Federal. Subsídio dos

⁶¹⁹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.85, nota 67.

⁶²⁰GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. Op. cit., p.123, n.139.

ministros do STF, de iniciativa quádrupla (CF, artigo 48, XV). Teto. Eficácia contida dos artigos 37, XI, e 39, § 4º, da carta da República. Prevalência da regra geral que veda a vinculação de vencimentos. Exigência de lei específica. Ajuste aritmético para fixar-se administrativamente o subsídio. Inconstitucionalidade. Caráter nacional do Poder Judiciário. Aparente antinomia em face da autonomia das unidades federadas.

(...)

3. O sistema de subsídio instaurado pela EC 19/98 somente terá eficácia após a edição da lei de iniciativa dos presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (CF, artigo 48, XI). 4. Enquanto não editada a lei de iniciativa quádrupla, prevalece a regra geral que veda a vinculação de vencimentos, exceção feita apenas aos limites da própria carreira, que, no nível federal, se encerra nos tribunais regionais e, no estadual, nos tribunais de justiça. 5. Qualquer reajuste administrativo da remuneração dos magistrados viola a constituição, quer no regime anterior, quer após a EC 19/98. Segurança denegada⁶²¹.

—

EMENTA: Ações diretas de inconstitucionalidade. Lei 8.264/02, do Estado da Bahia. Redefinição dos limites territoriais do Município de Salinas da Margarida. Desmembramento de parte de município e incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe, tudo sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações de ambas as localidades. Ofensa ao art. 18, § 4º, da Constituição Federal. (...) 3. As questões relativas à idoneidade da lei de criação de município como objeto do controle concentrado e às conseqüências da eficácia limitada da norma inscrita no art. 18, § 4º, da CF, já foram suficientemente equacionadas no julgamento cautelar da ADI 2.381, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001. (...) ⁶²².

⁶²¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AO 584/PE, relator ministro Maurício Corrêa, julgamento de 21/05/2003, DJ 27-06-2003 pp-00029 ement vol-02116-01 pp-00024.

⁶²²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2994/BA, relator ministra Ellen Gracie, julgamento de 12/05/2004, DJ 04-06-2004 pp-00029 ement vol-02154-02 pp-00215.

No primeiro julgado, o que se denomina de *eficácia contida* corresponde, em verdade, à *eficácia limitada* significando que o limite máximo de remuneração ou subsídio depende de futura lei que disponha sobre o valor do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal; no segundo, utilizou-se corretamente a expressão *eficácia limitada*, pois enquanto não houver lei regulamentando o art. 18, § 4º, da Constituição Federal é vedada a criação de municípios⁶²³.

No Superior Tribunal de Justiça, a expressão também tem sido objeto de uso indevido:

EMENTA: Recurso especial. Alínea "a". Tributário. Salário de contribuição. Verbas percebidas pelos empregados a título de participação nos lucros. Não-incidência da contribuição previdenciária. Artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal. Norma de eficácia contida, apenas em parte. Art. 28, 9º, letra "J", da Lei n. 8.212/91. Recurso não conhecido.

(...)

A letra fria desse dispositivo da Carta Maior embora não totalmente auto-aplicável ou de eficácia contida, é plenamente eficaz num ponto, mesmo antes da Medida Provisória n. 794/94, de 29 de dezembro de 1994, ou seja, no que diz respeito à desvinculação entre participação nos lucros e remuneração do trabalhador⁶²⁴.

Neste julgado, a expressão *eficácia contida* foi utilizada indevidamente

⁶²³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 18. (...). § 4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei."

⁶²⁴BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 283512/RS; recurso especial 2000/0107091-6, relator ministro Franciulli Netto, julgamento de 01/10/2002, DJ 31.03.2003, p.190, RTFP vol. 51 p.293, in <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=283512&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>, acesso em 15.06.2006, às 22h15.

porque, ao dizer que a norma não é "*totalmente auto-aplicável*", quer dizer que depende – e não que admite – de regulamentação e, por isso, sua eficácia é mínima ou limitada.

Bastam esses exemplos para demonstrar que a expressão *eficácia contida* é causadora de equívocos, justificando-se seja evitada e substituída por outra que lhe precise o sentido, mesmo porque pode ocorrer – e ocorre com frequência – de não haver lei que contenha seu alcance, soando, assim, como impróprio falar de eficácia contida do que não foi contido.

A melhor expressão para designá-las é *norma constitucional de eficácia redutível*, pois o termo *redutível* indica um permissivo ou possibilidade de redução, e não, necessariamente, que há redução⁶²⁵, o que seria a consequência.

Ao exercer o poder legislativo editando lei que estabeleça condições ou exigência ou abra exceções à regra geral, o legislador reduz o alcance da norma constitucional, que só poderá ser invocada por aqueles que se enquadrarem nos termos dessa nova lei; se não exercer o poder, a norma constitucional continuará com sua eficácia integral⁶²⁶.

3.4.2.2. Comparação com a norma incompleta: o caso do direito de greve

Se, por um lado, parece fácil entender o conceito de norma de eficácia

⁶²⁵FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2.ed., p.1468. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

⁶²⁶BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Op. cit., p.92, n.2.2. "A completude das normas constitucionais de eficácia contida, quanto à sua dimensão eficaz (densidade), que lhes confere aplicabilidade integral, mas restringível, em, virtude de um fenômeno de superabundância normativa, decorre de contenção da eficácia da norma por futura restrição legislativa;"

reduzível, a questão se complica quando a tarefa é identificar se a norma é mesmo de eficácia reduzível ou é limitada. Veja-se, por exemplo, o art. 37, VII, da Constituição Federal, que consigna que *“o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”*

Para alguns, trata-se de norma de eficácia reduzível, cabendo à lei apenas fixar os termos e os limites do exercício do direito de greve, caso em que, enquanto isso não ocorrer, seria lícito o seu exercício⁶²⁷. Para outros – e formam a maioria –, trata-se de norma de eficácia limitada, porque sem lei que regulamente o servidor não pode, legalmente, exercer o direito de greve, como consta do seguinte trecho da Carvalho Filho:

(...) a norma é de eficácia limitada, vale dizer, o direito subjetivo de greve somente surgirá no mundo jurídico quando for editada a lei complementar (agora lei ordinária), e isso porque somente essa lei é que fixará o contorno do direito e os meios através dos quais poderá ser regularmente exercido pelos servidores. O direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada. Parece-nos, pois, que é a lei ordinária específica que vai fixar o real conteúdo do

⁶²⁷BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Op. cit., p.84. A autora apresenta quatro argumentos para sustentar a eficácia contida, os quais, resumidamente, podem ser assim agrupados e expostos: a) à lei regulamentar cabe apenas definir os limites, e não fixar outros requisitos para o exercício do direito de greve; b) a lei pode apenas restringir o direito de greve em certas situações, mas não pode condicionar o seu exercício ao que não consta da Constituição Federal; c) é praticamente impossível conceituar por via legal o que seja serviço essencial; d) o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que o servidor tem direito de receber pelos dias em que estiver em greve. Quanto a esse último argumento, lançado com base no RE 185.944, relator ministro Marco Aurélio, é preciso ter em conta que foi a própria Administração quem autorizou a paralização dos servidores, daí porque o desconto dos salários pelos dias parados soou abusivo, aliás, como consta da própria ementa.

*direito, e, se ainda não tem conteúdo, o direito sequer existe, não podendo ser exercido*⁶²⁸.

Essa também foi a posição do Supremo Tribunal Federal ao julgar mandado de injunção coletivo:

EMENTA: Direito de greve no serviço público. O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.

A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício.

*O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição de lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção*⁶²⁹.

Sustentando entendimento diverso, de que a norma constitucional tem eficácia apenas redutível, mas não limitada, o ministro Marco Aurélio assim fez constar a fls. 36 de seu voto:

Por isso mesmo, o legislador constituinte de 1988, atento à realidade, ao caráter inafastável do fenômeno, reconheceu-o de forma linear,

⁶²⁸CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9.ed., p.571. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁶²⁹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 20/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento de 19/05/1994, DJ 22-11-1996 pp-45690 ement vol-01851-01 pp-00001.

justificando-se a dualidade de artigos versando sobre o tema não o fato de se ter de um lado a iniciativa privada e de outro a Administração Pública, mas a visão pedagógica e especialmente a necessidade de tornar extremo de dúvidas que também os servidores, seja qual for o regime jurídico a que estejam subordinados, gozam desse direito, no que apresenta contornos próprios aos que são tidos como naturais. Sob essa óptica, reconhecida a existência de um direito cujo exercício é irrefreável, há de se ter a referência à lei complementar contida no inciso em comento como indicadora da possibilidade de o direito vir a ser balizado, em obséquio a interesses de maior valia, como são os da sociedade no funcionamento da máquina administrativa. Assim, a revelação de que o exercício ocorreria "nos termos e nos limites definidos em lei complementar", outro sentido não tem senão o de abrir margem a que o legislador, atento à existência de atividades essenciais, venha, sem o esvaziamento do direito, a impor limites. Não creio que, na espécie, a Constituição contemple a outorga de um direito, deixando-o em suspenso, na dependência da vontade política do legislador comum, como se os fatos que o revelam pudessem, em passe de mágica, ser olvidados. A greve prescinde, para ocorrência, das noções de conveniência e oportunidade, enquanto jungidas à atividade legiferante.

O entendimento prevalecente, contrário aos interesses dos servidores, parece coerente com o texto constitucional, mesmo representando alguma distinção com a mesma questão em relação aos empregados privados, como pode ser visto da comparação entre o disposto naquele dispositivo e no art. 9º, ambos da Constituição Federal:

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

—
Art. 37.

VII. O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

No caso dos trabalhadores privados (art. 9º), a própria norma constitucional assegura o direito de greve, conferindo-lhes faculdade para decidir quando exercê-lo e quais os interesses que por meio dele serão defendidos; para os servidores públicos (art. 37, VII), o exercício do direito depende de futura legislação que defina termos e limites⁶³⁰.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 339, em que também se discutia o direito de greve no serviço público, o ministro Carlos Velloso, no exercício interino da presidência do Supremo Tribunal Federal, o comparou com o direito de greve dos empregados privados, concluindo que este último reside em norma completa, por isso independe de regulamentação, ao contrário daquele, que se subordina a superveniência de lei. Consta de sua decisão:

Verifica-se, destarte, que, enquanto os trabalhadores não servidores públicos gozam, com amplitude, do direito de greve, direito estabelecido em norma constitucional de aplicabilidade imediata – art. 9º e seus §§ – o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VII). Quer dizer, enquanto a norma do art. 9º é de eficácia plena, assim de aplicabilidade imediata, direta, integral, porque independe de normatividade ulterior para a sua operatividade, a norma do art. 37, VII, da Constituição, não é auto-aplicável (Walter Ceneviva, “Direito Constitucional Brasileiro”, Ed. Saraiva, 1989, pág. 135), assim de eficácia limitada, porque, segundo leciona José Afonso da

⁶³⁰COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. p.186. São Paulo: LTr, 1991. “A norma do art. 37, inciso VII, constitui exceção ao mandamento genérico que assegura o direito de greve, pois subordina esse direito, no que diz respeito ao seu exercício na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a uma lei complementar definidora dos seus termos e limites”.

Silva, "o constituinte ainda não teve a coragem de admitir amplo direito de greve aos servidores públicos, pois, em relação a estes, submeteu o exercício desse direito aos termos e limites definidos em lei complementar (art. 37, VII). (José Afonso da Silva, "Curso de Dir. Const. Positivo", RT., 5º ed., 1989"⁶³¹.

Enfim, a norma constante do art. 37, VII, da Constituição Federal, que consagra o direito de greve no serviço público, inclui-se entre as que se classificam como de eficácia mínima por não ser completa: faltam-lhe os elementos *hipótese* e *conseqüência*; aquele, consistente na definição dos termos em que pode ser exercido, e este, em como enfrentar o problema dos serviços essenciais que não podem ser prejudicados com a paralisação e, se for o caso, punir os excessos.

As normas de eficácia redutível são, sem dúvida, muito mais democráticas que as de eficácia mínima, por permitirem o exercício pleno do direito, apesar da possibilidade de restrição pelo legislador. Com eficácia redutível, fica claro que os direitos e garantias fundamentais só poderão ser restringidos se houver previsão constitucional, aliás, como salienta José Afonso da Silva⁶³²:

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.

Na seqüência, citando Crisafuli, o professor assim completa seus argumentos:

⁶³¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 339-RJ, decisão monocrática ministro Carlos Velloso, DJ 01/08/90.

⁶³²*Aplicabilidade das normas constitucionais.* Op. cit., p.76.

Do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, "porque todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes em relação a seus destinatários", como assinala De Simone, também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que, "não saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma, cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos (...) incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata a caso historicamente individual que se trata de regular concretamente"⁶³³.

Logo, essas normas se aproximam das de eficácia plena por também serem, como diz Jorge Miranda, exeqüíveis por si mesmas⁶³⁴, isto é, serem aptas a produzir imediata e diretamente os efeitos que lhe são esperados da forma como estão redigidas, mas, ao contrário daquelas, que repelem qualquer lei regulamentadora, admitem-na, embora dela não dependam⁶³⁵.

3.4.2.3. Argumentos da corrente vencida

Para a corrente vencida, admitir que o dispositivo sobre direito de greve

⁶³³CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di princípio*. Apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.76.

⁶³⁴*Manual de direito constitucional*. Op. cit., t. II, p.222, n.54.

⁶³⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.116. "São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo)."

seja de eficácia limitada é o mesmo que negar o direito de greve aos servidores públicos, pois basta que o Poder Legislativo – que, no caso, depende de iniciativa do Poder Executivo, por força do que dispõe o art. 61, § 1º, c, da Constituição Federal⁶³⁶ – contrarie tendência mundial e não edite a lei, e os servidores ficarão impedidos de reivindicar por meio da greve⁶³⁷.

Ainda para essa corrente, entendimento diverso contraria tanto espírito da Constituição, como o princípio da isonomia, pois as diferenças que poderiam existir entre os servidores públicos e os empregados privados são apenas aquelas previstas na própria Constituição.

É a Constituição que estabelece os direitos fundamentais, podendo a norma infraconstitucional – se houver previsão constitucional – reduzir sua abrangência ou traçar os meios de exercitá-los, mas não criar o direito, que já existe.

A omissão infraconstitucional não pode servir como impeditivo ao direito de greve dos servidores públicos. Ao legislador cabe o poder de regular este

⁶³⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...). II. disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"

⁶³⁷ROMITA, Arion Sayão. *Regime jurídico dos servidores públicos civis (aspectos trabalhistas e previdenciários)*. pp.64/65, São Paulo: LTr, 1993; ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Op. cit., pp.340/349, n.11.4. São Paulo: LTr, 2005; CRETELLA Júnior, JOSÉ. *Comentários à Constituição de 1988*. v.IV, p.2200, n. 242. Rio de Janeiro: Forense, 1991; BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. v.3, t.111, pp.89/90. São Paulo: Saraiva, 1992. FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v.1, arts. 1º a 43, pp.248/249. São Paulo: Saraiva, 1990; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p.320, São Paulo: Atlas, 1990; RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. p.183, São Paulo: Saraiva, 1989.

direito por meio de lei a fim de evitar o risco de greves contrárias ao princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo justo que os servidores arquem com a omissão legislativa, vindo, na prática, anulado o direito de greve.

3.4.2.4. Redução por norma constitucional

3.2.2.4.1. Noções

O alcance da norma constitucional pode ser reduzido não apenas por atos infraconstitucionais, mas também por emendas constitucionais ou até mesmo por norma constante do próprio texto da constituição originária, por meio de regras que representam, de certa forma, exceção à regra geral nela constante.

Nem todos pensam assim. José Afonso da Silva nega que as regras de contenção – como denomina as normas constitucionais que encurtam o alcance de outras normas da própria Constituição – sejam regras de exceção, admitindo apenas certa semelhança entre elas:

(...) Quer dizer: o princípio é o de que o direito à elegibilidade se aplica amplamente; mas, no caso, esses dispositivos já trazem regras de restrições, de contenção, a essa eficácia expansiva, e ainda autorizam que lei complementar institua outras regras restritivas. Veja-se que as regras de contenção não constituem mero sistema de exceções, porque não se trata de um sistema de excluir, da regra geral, aspectos particulares, em que ela não deve incidir, como é o caso do § 2º do art. 14, que excepciona os estrangeiros e os conscritos da regra do § 1º do artigo, assim como os analfabetos (alistáveis) são excluídos (excepcionados) da regra geral de que todo alistável (uma vez alistado) é elegível (art. 14, § 4º). Mas é certo que as regras de contenção têm um regime interpretativo semelhante às

regras de exceção, pois, sendo normas restritivas de direitos fundamentais...⁶³⁸.

Mas, é certo que alguns dispositivos constitucionais se prestam para limitar o alcance de outros, de modo que sendo interpretados conjuntamente, em que ambos são de eficácia plena, ter-se-á ao final, verdadeiramente, que o primeiro é de eficácia redutível.

3.2.2.4.2. Norma constitucional originária

Um exemplo esclarece em que consistem as regras de contenção que, na prática, representam exceção à regra geral:

Art. 5º.

I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 143.

§ 2º. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Nos termos do primeiro dispositivo, todos são iguais perante a lei – particularmente sob o prisma da proibição de diferenças em razão do sexo –, incidindo nas mesmas obrigações e tendo os mesmos direitos. Mas, o segundo dispositivo abre uma exceção prestigiadora da condição feminina ao isentar as mulheres da obrigatoriedade do serviço militar, ao contrário dos homens⁶³⁹, que são obrigados a servir, salvo se eclesiásticos.

Portanto, o art. 143, § 2º, funciona como regra de redução do alcance

⁶³⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.107.

⁶³⁹RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5.ed., rev. e atual., p.449. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

do art. 5º, I, podendo-se afirmar, assim, que esse último dispositivo é, sob este enfoque, norma de eficácia reduzida, e não apenas *reduzível*, porque a redução já se acha na própria Constituição.

3.2.2.4.3. Norma constitucional secundária

Há, porém, redução de conteúdo que decorre de norma constitucional secundária inserida na Constituição por emenda constitucional – ou que amplia o universo de normas constitucionais sem se inserir na Constituição, nos casos de dispositivos autônomos de emendas constitucionais –, como o art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37, de 12.06.2002, na qual consta o que se entender por “dívidas de pequeno valor”.⁶⁴⁰

Como o constituinte originário deixou em aberto o conceito de “pequeno valor”, o constituinte secundário emendou a Constituição utilizando como parâmetro o valor e quantidade de salários-mínimos, excluindo, naturalmente, do conceito o valor que, a seu critério, for maior, reduzindo, assim, o alcance da norma constitucional.

Outro exemplo auxilia na compreensão: no texto original da Constituição Federal, o tempo de duração do estágio probatório de servidores públicos era de dois anos, mas foi ampliado para três pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, que, no entanto, deu efeito prospectivo ao assegurar o prazo anterior a quem já integrava os quadros públicos até aquela data:

⁶⁴⁰Ver, a respeito, o item “3.3.3.2. Caracterização da norma incompleta” neste mesmo capítulo.

Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal.

Com isso, pode-se dizer que a novel regra extensiva do prazo de dois para três anos para o estágio probatório⁶⁴¹ é plenamente eficaz por não depender de regulamentação, mas, em face da regra inserta nas disposições transitórias da Emenda Constitucional (art. 28), sofre redução na medida em que não se aplica a todos os servidores, limitando-se tão-somente aos que ingressaram no serviço público após a sua entrada em vigor⁶⁴².

3.4.3. Norma de eficácia ampliável

Além da classificação geralmente aceita pela doutrina, parece correto dizer que há uma outra espécie de eficácia de norma constitucional, verificável nos dispositivos que estabelecem um mínimo a ser observado pelo legislador, como os arts. 40, § 9º⁶⁴³, e 201, § 9º⁶⁴⁴, que determinam a contagem recíproca do tempo de contribuição para fins de aposentadoria.

Segundo esses dispositivos, quem foi servidor estadual ou municipal e passou a integrar o serviço público federal, poderá somar, junto ao novo

⁶⁴¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público."

⁶⁴²MARINHO, Josaphah. *Apud* DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Tudo sobre a reforma administrativa e as mudanças constitucionais (uma avaliação)*. In coletânea Administração Pública. v.4, pp.21/22. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

⁶⁴³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 40. (...) § 9º. O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade."

⁶⁴⁴BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 201. (...) § 9º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei."

órgão, para fins de aposentadoria, o tempo de contribuição prestado junto ao órgão anterior, ou vice-versa.

Igualmente, quem pertencia ao regime da previdência social e passou a integrar o serviço público, poderá somar o tempo anterior de contribuição junto à previdência social ao seu novo tempo junto ao erário, para fins de aposentadoria.

Embora em ambos os casos as normas constitucionais só se refiram à contagem do tempo de contribuição para fins de aposentadoria, parece não haver impedimento a que a lei estenda a contagem para outros fins, como adicional por tempo de serviço, licença-prêmio ou critério de desempate em concurso público ou promoção por antigüidade.

Enfrentando o problema à luz de legislação paulista que, para permitir a contagem recíproca, exigia certas condições não previstas na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade ao considerar que a norma constitucional é completa, constando de certo trecho do voto do relator que não cabe *interpositio legislatoris*:

19. De todo o modo, coubesse ou não cogitar, na hipótese, de compensação, segundo critérios a serem estabelecidos em lei federal, estou em que a ausência dela não afeta à contagem recíproca. 20. À minha leitura, o artigo 202, § 2º, CF, contém duas regras diversas, a primeira das quais, independente da segunda. 21. Com efeito, não diz o dispositivo que a lei assegurará a contagem recíproca para a aposentadoria, mediante compensação financeira entre os sistemas previdenciários, segundo os critérios que a mesma lei estabeleceu. 22. O que se contém, na primeira parte do parágrafo questionado, é uma norma constitucional completa, com força preceptiva bastante a assegurar, desde logo, a contagem recíproca. 23. Outra coisa é a

*previsão, na segunda parte do mesmo texto constitucional, da compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários, essa, sim, pendente de estabelecimento de critérios legais*⁶⁴⁵.

Segundo a decisão, o direito à contagem recíproca do tempo de contribuição independe de regulamentação, decorrendo, automaticamente, da Constituição, por não caber ao legislador infraconstitucional subordinar o exercício à legislação futura, que talvez nunca seja editada.

Mas, a decisão não cogitou da possibilidade de se estender a contagem do tempo de serviço para outros efeitos⁶⁴⁶, além da aposentaria ou disponibilidade, como admite na legislação goiana⁶⁴⁷ para todos os efeitos, representando típico caso de ampliação do conteúdo da norma constitucional, e o Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente pela sua validade:

⁶⁴⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 162620/SP, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 30/09/1993, DJ 05-11-1993 pp-23288 ement vol-01724-01 pp-0012.

⁶⁴⁶HARADA, Kiyoshi. *Previdência Social. Proposta de unificação ignora a realidade*. In Revista Dataveni@ da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Ano VII nº 64, fev/2003. In <http://www.datavenia.net/opiniao/previdenciasocialpropostaunificacao.htm>, acesso em 30.04.1006, às 20h52. O autor comenta sobre a contagem do tempo de serviço público para outros efeitos que não a aposentadoria, embora com ela não concorde. São suas as palavras: "Mudar é preciso, para aperfeiçoar o sistema previdenciário público de caráter contributivo, eliminando, por exemplo, o privilégio de aposentar-se com os vencimentos integrais do cargo, ao cabo de dez anos de efetivo exercício, valendo-se da fórmula mágica da contagem recíproca, que deveria valer apenas para o cômputo do tempo para aposentadoria. Imagine-se o exemplo de alguém, que após vinte e cinco anos na iniciativa privada, ganhando dois salários mínimos, tivesse sido guindado para importante cargo em comissão, ganhando seis mil reais, e que tivesse sido efetivado no final do primeiro quinquênio. Somente no início do segundo quinquênio é que o aludido servidor passaria a contribuir sobre os seus vencimentos integrais. Porém, ao final do segundo quinquênio, aquele servidor felizado poderia aposentar-se com os proventos integrais, ou seja, com seis mil reais, contrapondo-se aos dois salários mínimos do tempo da iniciativa privada. Isso não seria justo com os demais servidores de carreira, nem com a sociedade. Situações da espécie são insustentáveis ética e moralmente. Algo precisa ser feito e com urgência."

⁶⁴⁷GOIÁS. LEI ESTADUAL Nº 10.460, de 22.12.1988. "Art. 106. Quando ocorrer empate na classificação, terá preferência, sucessivamente, o funcionário: (...). III. e maior tempo de serviço estadual; IV. de maior tempo de serviço público; (...)." "Art. 122. Na ocorrência de vagas no quadro de pessoal do Estado, o aproveitamento terá preferência sobre as demais formas de provimento. § 1º. Havendo mais de um concorrente à mesma vaga, terá preferência o de maior tempo de disponibilidade e, em caso de empate, o de maior tempo de serviço público estadual. (...)."

EMENTA: Mandado de segurança. Tempo de serviço na área privada. Direito adquirido de averbá-lo consolidada. Eficácia de liminar do supremo. Precedentes. 1. A força da medida liminar deferida ao Estado de Goiás, na ação em que pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 97, § 3º, no que se refere à contagem de tempo de serviço prestado no setor privado, não alcança os casos em que o direito adquirido a esse cômputo, para o efeito de aposentadoria, se consolidou, durante a vigência de leis estaduais revogadas que a permitiam. 2. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça acolhido, nos termos regimentais. Concessão da segurança, para assegurar ao impetrante a averbação de tempo de serviço, indeferido pela autoridade impetrada. 3. Precedentes deste Tribunal. Segurança concedida⁶⁴⁸.

Na verdade, a questão é mais de interpretação do que de aplicação. Tomando os dispositivos constitucionais retrocitados, deve-se compreendê-los como se dissessem que o tempo de contribuição deve ser contado, “*pelo menos*”, e não “*somente*”, para fins de aposentadoria ou disponibilidade.

Cumpra observar que José Afonso da Silva⁶⁴⁹ cita como exemplo de norma de eficácia redutível o art. 14, § 9º, da Constituição Federal⁶⁵⁰, que remete para legislação complementar a definição de outros casos de

⁶⁴⁸GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 6323-6/101, relator des. José Soares de Castro, acórdão de 13.06.1995, DJ 12.103 de 12/07/1995. No mesmo sentido: MS 6107-1/101, relator dr. Roldão Oliveira Carvalho, acórdão de 18.04.1995, DJ 12.059 de 09/09/1995; MS 4202-6/101, relator des. José Soares de Castro, acórdão de 24.03.1993, DJ 11.559, de 27.04.1993, in www.tj.go.gov.br, acesso em 15.04.2006, às 13h50.

⁶⁴⁹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.107, n.6. O próprio autor vê dificuldade na questão, tanto que logo de início diz que “*Aqui, denotamos a complexidade da questão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*”.

⁶⁵⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “Art. 14. (...). § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

inelegibilidades, além dos previstos nos parágrafos anteriores⁶⁵¹.

Não se pretende, com isso, dizer que a regra inserta nesse dispositivo seja de eficácia plena, tampouco redutível, porque, vista sob enfoque isolado, trata-se de autêntica norma de eficácia mínima⁶⁵² por depender da *interpositio legislatoris*, sem o que não há outros casos de inelegibilidades além dos previstos na Constituição Federal.

Não parece correto, no entanto, tratá-la como uma comum norma de eficácia redutível porque, ao permitir que o legislador institua outras causas de inelegibilidades, está permitindo que se amplie o conteúdo da própria norma constitucional, é dizer, além das inelegibilidades constitucionalmente previstas, outras poderão surgir, não mais com assento constitucional, mas sim infraconstitucional.

Outros exemplos de normas de eficácia ampliável são as constantes dos incisos XVII e XXI do art. 7º, da Constituição Federal, que prevêem, respectivamente, o adicional mínimo de um terço sobre o salário por ocasião do gozo de férias anuais, e prazo de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, que não poderá ser menor, mas poderá exceder a trinta dias.

XVII. gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço

⁶⁵¹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 14. (...). § 4º. São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º. O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. § 6º. Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.(...)."

⁶⁵²SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit., p.107, n.6.

a mais do que o salário normal;

XXI. aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

Nos termos destes dispositivos, sem que sobrevenha lei regulamentar o trabalhador só tem direito ao acréscimo de um terço sobre suas férias e aviso prévio com prazo de trinta dias, independente do tempo de serviço; a lei – ou eventual acordo coletivo entre patrões e empregados – que sobrevier poderá aumentar o valor do adicional de férias, assim como poderá estabelecer uma escala temporal para cálculo da proporcionalidade do aviso prévio, aumentando o prazo, por exemplo, em cinco dias por cada ano de serviço.

Em ambos os exemplos, a vontade mínima do constituinte vem estampada na Constituição que, diferindo ao legislador o poder de legislar, admite que a amplie conferindo outros direitos que não convinhem constar do texto constitucional, inclusive em respeito à autonomia de cada ente federativo.

CAPÍTULO III: O DISPOSITIVO NO DIREITO COMPARADO

1. NOÇÕES

Como se tem afirmado, o objetivo deste trabalho é interpretar o real significado da norma constante do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988, que determina aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, dispositivo sem similar nas constituições que a antecederam, tanto que comentando-a o professor Celso Ribeiro Bastos afirmava que ela não consta nem mesmo no direito comparado⁶⁵³.

Essa informação, contudo, não condiz com a realidade. Norma semelhante já constava expressamente da Lei Fundamental de Bonn, de 1949⁶⁵⁴ e, embora não com a mesma clareza, também constava das constituições venezuelana, de 1961⁶⁵⁵, paraguaia, de 1967⁶⁵⁶, uruguaia, de

⁶⁵³ *Comentários à Constituição do Brasil*. v.2, p.392. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁶⁵⁴ ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL DE BONN. "Art. 1º, n.3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário." In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/alemania.html, acesso em 06.04.2006, às 17h30.

⁶⁵⁵ VENEZUELA. CONSTITUCIÓN DE 1961 CON LAS REFORMAS DE 1983. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html>, acesso em 09.06.2006, às 14h52. "Art. 50. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella."

1967⁶⁵⁷, portuguesa, de 1976⁶⁵⁸, e espanhola, de 1978⁶⁵⁹. Hoje, a mesma norma consta de outras constituições modernas, especialmente dos estados que surgiram com a queda do bloco soviético.

Não sendo questão nova, mas que somente a partir de 1988 passou a ter solução expressa na Constituição nacional, é necessário e prudente buscar as fontes comparadas que serviram de base para o constituinte brasileiro, tema de que se cogitará a seguir, neste capítulo, remetendo para o próximo a análise de sua inclusão no texto constitucional durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte.

A comparação não se estende a todas as constituições do mundo, naturalmente, limitando-se a sessenta e três estados estrangeiros e três províncias argentinas.

De vinte e um estados nacionais além do Atlântico – Alemanha, Áustria,

⁶⁵⁶PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY DE 1967. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1967.html>, acesso em 10.06.2006, às 17h25.

⁶⁵⁷URUGUAI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE URUGUAY. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/uruguay.html, acesso em 11.06.2006, às 18h20. "Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas."

⁶⁵⁸PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. "Artigo 18 (Força jurídica). Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas". In http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/, acesso em 15.04.2006, às 22h30.

⁶⁵⁹ESPAÑA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. "Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a." In <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=47&ti po=2>, acesso em 06.04.2006, às 17h15.

Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, Rússia, Suécia e Ucrânia – apenas Alemanha, Portugal e Espanha inseriram antes do Brasil, em suas constituições, norma conferindo eficácia imediata para os direitos e garantias fundamentais⁶⁶⁰, enquanto Eslovênia⁶⁶¹, Polônia⁶⁶², Rússia⁶⁶³ e Ucrânia⁶⁶⁴ o fizeram nos anos 90.

Na América, entre trinta e três estados – Antigua-barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Estados Unidos da América, Federation of Saint Kitts and Nevis, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Porto Rico, República Dominicana, Santa Lúcia, São Vicente, Suriname, Trinidad Tobago, Uruguai e Venezuela – somente três

⁶⁶⁰CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/index.html, acesso em 10.06.2006, às 14h41.

⁶⁶¹ESLOVÊNIA. CONSTITUTION OF SLOVENIA de 23.12.1991. "ARTICLE 15. EXERCISE OF AND LIMITATIONS ON RIGHTS. 1. The direct exercise of human rights and fundamental freedoms shall be guaranteed by this Constitution." In <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo146.asp>, acesso em 11.06.2006 às 13h46. (Tradução livre: "Art. 15. O exercício direto dos direitos humanos e liberdades fundamentais é garantido nesta Constituição").

⁶⁶²POLÔNIA. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA DE POLÔNIA, DE 1997. "Art. 8º. 1. A constituição é o direito supremo da República da Polônia. 2. Os preceitos constitucionais são diretamente aplicáveis, salvo disposição contrária na própria constituição". In <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/pl000000.html>, acesso em 10.06.2006, às 18h07.

⁶⁶³RÚSSIA. CONSTITUCIÓN DE FEDERACIÓN RUSA, DE 1993. "Artículo 18. Los derechos y las libertades del ser humano y del ciudadano están en vigencia directa y determinan el sentido, el contenido y la aplicación de las leyes, las funciones del poder legislativo y ejecutivo, de la autogestión local y son garantizados por la justicia." In <http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm>, acesso em 11.06.2006, às 12h45.

⁶⁶⁴UCRÂNIA. CONSTITUCIÓN DE UCRÂNIA DE 23.07.1996. "Art. 8º. El principio de la regla de ley se reconocerá y existe en Ucrania. La Constitución de Ucrania es la autoridad legal más alta. Las leyes y otros actos legales se adoptarán en base a lo que debería corresponder a la Constitución de Ucrania. Las normas encontradas en la Constitución de Ucrania son normas de acción directa. Se garantizan apelaciones a la corte basada directamente en la Constitución, en la defensa de los derechos constitucionales y libertades de individuos y ciudadanos". In <http://www.consulucra.org.py/html/archivos.htm>, acesso em 11.06.2006, às 12h12.

– Paraguai⁶⁶⁵, Uruguai⁶⁶⁶ e Venezuela⁶⁶⁷ – continuam, desde a década passada, e continuam contendo norma semelhante à do Brasil.

No Leste Europeu e na Ásia Central, excetuando-se a Rússia e a Ucrânia – que disciplinaram – e a Moldávia, Geórgia, Armênia, Azerbaijão, Turquemenistão, Uzbequistão, Casaquistão, Tajiquistão e Kirquizistão – a cujas constituições não foi possível aceder – nenhum dos outros estados que se formaram após a queda do comunismo – Estônia⁶⁶⁸, Letônia⁶⁶⁹, Lituânia⁶⁷⁰ e Bielorrússia⁶⁷¹ dispuseram em suas constituições acerca da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

Em nenhum outro país pesquisado – Bulgária⁶⁷², Camboja⁶⁷³, Coreia do Sul⁶⁷⁴, Eslováquia⁶⁷⁵, Japão⁶⁷⁶ e China⁶⁷⁷ – há norma que determine o grau de

⁶⁶⁵PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY DE 1967. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1967.html>, acesso em 10.06.2006, às 17h25.

⁶⁶⁶URUGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAY DE 1967. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Uruguay/uruguay04.html>, acesso em 02.07.2006, às 02h38.

⁶⁶⁷VENEZUELA. CONSTITUCIÓN DE 1961 CON LAS REFORMAS DE 1983. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html>, acesso em 09.06.2006, às 14h52.

⁶⁶⁸ESTÔNIA. CONSTITUCIÓN DE ESTONIA. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/estonia.asp>, acesso em 11.06.2006, às 15h13.

⁶⁶⁹LETÔNIA. CONSTITUCIÓN DE LETONIA. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/letonia.asp>, acesso em 11.06.2006, às 15h18.

⁶⁷⁰LITUÂNIA. CONSTITUCIÓN DE LITUÂNIA DE 1992. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/lituania.asp>, acesso em 11.06.2006, às 15h13.

⁶⁷¹BIELORRÚSSIA. CONSTITUCIÓN DE BIELORRUSIA DE 1994. In <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo130.asp>, acesso em 11.06.2006, às 14h53.

⁶⁷²BULGÁRIA. CONSTITUCIÓN DE BULGARIA DE 1991. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/bulgaria.asp>, acesso em 11.06.2006, às 14h54.

⁶⁷³CAMBOJA. CONSTITUCIÓN DE REINO DE CAMBOYA. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/camboya.asp>, acesso em 11.06.2006, às 14h56.

⁶⁷⁴CORÉIA DO SUL. CONSTITUCIÓN DE COREA DE SUR. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/coreasur.asp>, acesso em 11.06.2006, às 14h58.

⁶⁷⁵ESLOVÁQUIA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESLOVAQUIA DE 1992. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/eslovaquia.asp>, acesso em 11.06.2006, às 14h59.

eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Com isso, neste elenco de constituições de sessenta e quatro países, resumem-se a apenas onze – incluindo a do Brasil – as que determinam o grau de eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sendo seis anteriores à brasileira – Alemanha, Paraguai, Uruguai, Venezuela, Portugal e Espanha – e quatro posteriores – Eslovênia, Ucrânia, Rússia e Polônia.

2. CRONOLOGIA DA NORMA NO DIREITO COMPARADO

Traçando uma cronologia, pode-se afirmar que não há controvérsia quanto ao pioneirismo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, como fonte formal da inclusão dessa regra no direito constitucional, assim como a doutrina afirma que, depois dela, o mérito coube às constituições de Portugal, de 1976, e Espanha, de 1978⁶⁷⁸.

Sem embargo, já em 1961 a Constituição venezuelana continha disposição expressa determinante de eficácia imediata das normas que veiculam direitos e garantias:

Art. 50. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo

⁶⁷⁶JAPÃO. CONSTITUCIÓN DE IMPERIO DE JAPÓN de 1947. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/japon.asp>, acesso em 11.06.2006, às 15h00.

⁶⁷⁷CHINA. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA POPULAR DE CHINA DE 1982. In <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/china.asp>, acesso em 11.06.2006, às 15h02.

⁶⁷⁸COMPLAK, Krystian. *La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca*. In *Cuestiones Constitucionales*. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm#N6>, acesso em 11.06.2006, às 10h30. Segundo o autor, depois da Lei Fundamental de Bonn, "En la segunda mitad de los años setenta, el principio en cuestión lo incluyeron las cartas magnas portuguesa y española."

*inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*⁶⁷⁹.

Essa mesma orientação viria ser seguida, mais tarde, pela Constituição de 1999, que passou a dispor sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no art. 22, mantendo-se a técnica de que "(...). *La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*⁶⁸⁰".

No mesmo sentido, o constituinte paraguaio inserira na Constituição de seu Estado, de 1967, norma semelhante, dispondo claramente que a falta de lei não é obstáculo para a aplicação de qualquer direito ou garantia constitucional⁶⁸¹:

Artículo 80. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía.

Na mesma época, o constituinte uruguaio aprovou sua Constituição também inserindo norma semelhante, nos seguintes termos⁶⁸²:

⁶⁷⁹VENEZUELA. CONSTITUCIÓN DE 1961 CON LAS REFORMAS DE 1983. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html>, acesso em 09.06.2006, às 14h52.

⁶⁸⁰VENEZUELA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>, acesso em 09.06.2006, às 14h57.

⁶⁸¹PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY DE 1967. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1967.html>, acesso em 10.06.2006, às 17h25.

⁶⁸²URUGUAI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE URUGUAY. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/uruguay.html, acesso em

Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Depois, vieram as constituições de Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978, que também reconheceram que os direitos e garantias fundamentais devem ser suscetíveis de invocação pelos interessados independente de regulamentação legislativa ou administrativa.

Na década de 90, especialmente após a derrocada do socialismo e, conseqüentemente, com o surgimento de novos estados, começaram a aparecer em outras constituições norma assegurando eficácia imediata para os direitos e garantias fundamentais – Eslovênia, Rússia, Ucrânia e Polônia, como adiante serão vistas.

O quadro abaixo mostra as constituições que contêm norma equivalente à do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988, por ordem cronológica, sendo seis as anteriores e quatro, as posteriores:

ESTADO	TEXTO EM PORTUGUÊS OU ESPANHOL	ANO
ALEMANHA	Art. 1º. (...) 3. Os direitos fundamentais relacionados neste título vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário e são diretamente aplicáveis.	1949
VENEZUELA	Art. 50. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos	1961
PARAGUAI	Artículo 80. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley	1967

	reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía.	
URUGUAI	Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.	1967
PORTUGAL	ARTIGO 18 (Força jurídica). Os preceitos Constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.	1976
ESPAÑA	Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.	1978
ESLOVÊNIA	Art. 15. O exercício direto dos direitos humanos e liberdades fundamentais é garantido nesta Constituição.	1991
RÚSSIA	Artículo 18. Los derechos y las libertades del ser humano y del ciudadano están en vigencia directa y determinan el sentido, el contenido y la aplicación de las leyes, las funciones del poder legislativo y ejecutivo, de la autogestión local y son garantizados por la justicia.	1993
UCRÂNIA	Art. 8º. El principio de la regla de ley se reconocerá y existe en Ucrania. La Constitución de Ucrania es la autoridad legal más alta. Las leyes y otros actos legales se adoptarán en base a lo que debería corresponder a la Constitución de Ucrania. Las Normas encontradas en la Constitución de Ucrania son normas de acción directa. Se garantizan apelaciones a la corte basada directamente en la Constitución, en la defensa de los derechos constitucionales y libertades de individuos y ciudadanos.	1996
POLÓNIA	Art. 8º. 1. A constituição é o direito supremo da República da Polónia. 2. Os preceitos constitucionais são diretamente aplicáveis, salvo disposição contrária na própria constituição.	1997

Por conseguinte, pode-se dizer que o ingresso no direito constitucional positivo, de norma semelhante à do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal

brasileira, começou na Alemanha, em 1949, veio para a América, com as constituições venezuelana, de 1961, paraguaia e uruguaia, ambas de 1967, e retornou para a Europa, nas constituições portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978.

Depois destas, a mesma regra começou a se ampliar e outras constituições passaram a contemplá-la, especialmente após as revoluções que extinguiram a União Soviética⁶⁸³ e a Iugoslávia.

Objetivo deste subitem é apontar os dispositivos das constituições que antecederam e sucederam a brasileira contendo norma sobre a eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

3. CONSTITUIÇÕES QUE INSPIRARAM A DO BRASIL DE 1988

3.1. Lei Fundamental de Bonn

Parece unânime que se deve à Lei Fundamental de Bonn a inserção de regra determinante de eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a qual serviu de fonte para muitas outras constituições que se seguiram. Com efeito, está assim redigida a citada norma:

Art. 1º

⁶⁸³O desmoronamento da União Soviética teve início com o Congresso do Partido Comunista, em 1986, quando Mikhail Gorbachev, então Secretário Geral do Partido, falou da necessidade de profundas modificações na estrutura do país, sob pena de se atrofiar e perder toda a corrida para os Estados Unidos. Os trabalhadores já não tinham mais entusiasmo pelo comunismo, que só era mantido pela força. Em 1991, caiu o muro de Berlim, que separava a capital em duas desde 1961 e, dois anos após, ruiu a própria União Soviética. A Iugoslávia não interava o chamado "bloco soviético", mas acabou seguindo o mesmo caminho do desmantelamento, porém de forma violenta com a guerra dos bálcanos. (In TERRA. EDUCAÇÃO. *Rússia: do fim do comunismo à crise atual (a era das reformas: a glasnost e a perestroika)*. http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/russia_hoje2.htm, acesso em 25.06.2006, às 11h17.

(...)

3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Pode-se, inclusive, dizer que a constitucionalização desta regra protetiva dos direitos fundamentais – que teriam, assim, o caráter de superdireitos fundamentais – decorreu dos abusos verificados pelo regime nazista à luz de aparente legalidade, amparado que estava por falta de normas de cunho constitucional que limitassem os poderes das autoridades⁶⁸⁴.

A propósito, Gebran Neto afirma que *"a constituição nazista não passava de um repositório de intenções, que dependiam de lei ordinária para tornarem-se efetivas"*⁶⁸⁵.

Sobre isso, escreveu Carl Schmitt, destacando distinção entre direitos fundamentais que podiam ser modificados por Lei do Reich, daqueles que o podiam por Lei do País; aqueles, mais importantes que estes:

Algunos tienen, como él dice, fuerza constitucional, es decir, que no puede establecerse una excepción a ellos sobre la base de una ley ordinata, sino sólo por virtud de la prescripción legal-constitucional, sobre la base de una ley de reforma de la Constitución – tal, el derecho al juez legal y la prohibición de Tribunales de excepción (art. 105, C.a.) –; otros, y por cierto la mayor parte, de los derechos fundamentales tienen sólo fuerza legal, a saber, que pueden establecerse por ley ordinaria excepciones y limitaciones, con lo que hay que distinguir ahora si la Constitución de Weimar exige una ley del Reich (fuerza de ley del Reich, por ejemplo, en el art. 117: sólo

⁶⁸⁴HECK, Luís Afonso. *Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn*. In *Revista de Informação Legislativa*. Ano 28, n.109, pp.321/348, jan./mar./1991. Brasília: Senado Federal, 1991.

⁶⁸⁵GEBRAN Neto, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. Op. cit., p.28, n.2.1.1.

por ley del Reich pueden considerarse lícitas las excepciones al secreto de la correspondencia; o el art. 112: "la emigración no puede ser limitada sino por ley del Reich") o si también una ley del País hace posibles tales limitaciones o injerencias (derechos fundamentales con fuerza de ley de País). Con esto tienen, por caso notable, sólo fuerza de ley de País los derechos fundamentales más importantes y básicos, como libertad personal e inviolabilidad del domicilio (arts. 114 y 115, C. a.), habiéndose vaciado prácticamente de contenido, por cuanto el principio de la legalidad de la Administración ha llegado a ser cosa incuestionable. Frente a esta, hay que afirmar que todo auténtico derecho fundamental tiene fuerza de ley constitucional y no puede ser destruido por una ley de reforma de la Constitución, y que, con independencia del principio de la legalidad de la Administración, los límites que se establezcan en vías legislativas son medidos en su volumen por los principios de la Ley, según la entiende el Estado de Derecho, y todo derecho fundamental vincula también al legislador – sea del Reich, sea del País –, pues en modo alguno es "vacío de contenido" si se prescinde del principio de la legalidad de la Administración como cosa incuestionable⁶⁸⁶.

Admitindo, assim, regulamentação dos direitos fundamentais por lei ordinária, a Constituição de Weimar acabava por lhes negar vigência na medida em que bastava a inércia do legislador para que não se fizessem efetivos.

Jorge Miranda fez um interessante resumo do quadro que se desenhou com a Lei Fundamental, depois do fracasso da Constituição de Weimar, que foi considerada *"uma das causas da conquista do poder pelos nacional-socialistas"*⁶⁸⁷. Para o mestre lusitano, a Lei Fundamental proclamou⁶⁸⁸:

⁶⁸⁶ *Teoría de la constitución*. Op. cit., p.182.

⁶⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed., rev., t.I, p.194. Coimbra: Coimbra, 1985.

⁶⁸⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.I, p.195.

a) *Os direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento da ordem social (art. 1.º, n.º 2);*

b) *A vinculação dos Poderes legislativo, executivo e judicial pelos direitos fundamentais enunciados na Constituição (art. 1º, nº 3);*

c) *A necessidade de a restrição de qualquer direito fundamental só poder realizar-se por lei geral que não afecte o seu conteúdo essencial (art. 19.º, n.08 1 e 2);*

d) *A possibilidade de recurso jurisdicional em caso de ofensa de qualquer dos direitos fundamentais (art. 19º, nº 4).*

Ainda segundo Jorge Miranda, a Lei Fundamental se projetou para além de suas fronteiras, fazendo-se sentir, primeiramente, nas constituições cipriota, de 1960, e turca, de 1961, e, na década seguinte, nas constituições portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978; aquelas, apenas quanto ao Tribunal Constitucional, e estas, quanto aos direitos, liberdades e garantias fundamentais⁶⁸⁹.

Em um resumo histórico, Gonet Branco diz que o dispositivo brasileiro se deve à falência do modelo autoritário da Alemanha – que levou à Segunda Grande Guerra – e à necessidade de proteger os direitos previstos na constituição⁶⁹⁰.

Os efeitos corrosivos da neutralização ou da destruição dos direitos postos na Constituição foram experimentados de modo especialmente notável na Alemanha, quando da implantação do nazismo. A noção de que os direitos previstos na Constituição não se aplicavam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador e a falta de proteção judicial direta desses direitos propiciaram a erosão do substrato democrático da Constituição de

⁶⁸⁹MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Op. cit., t.I, p.195, n.IV.

⁶⁹⁰MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. pp.133/134. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Weimar, cedendo espaço a que se assentasse o regime totalitário a partir de 1933. A Lei Fundamental de 1949 tentou reagir contra essas falhas, buscando firmar-se em princípios como o da proteção judicial dos direitos fundamentais, o da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e o da aplicação direta e imediata destes, independentemente de tradução jurídica pelo legislador.

Agregou-se à lição da História o prestígio do axioma de que a Constituição – influenciando os seus preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, como é o caso do Poder Legislativo – não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.

Finalizando, o autor acrescenta que as constituições de Portugal e da Espanha seguiram o modelo alemão, contendo normas preceptivas de que direitos fundamentais têm aplicação imediata.

3.2. Constituição portuguesa

Inspirado na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o art. 18, n.1, da Constituição da República Portuguesa, de 1976, contém regra que pode ser apontada como a fonte constitucional mais próxima do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988⁶⁹¹, a qual está assim redigida:

ARTIGO 18 (Força jurídica). Os preceitos Constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

⁶⁹¹ FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. 1.v., p.217. São Paulo: Saraiva, 1989.

As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial⁶⁹² dos preceitos constitucionais.

Comentando-a, Gomes Canotilho⁶⁹³ disse:

Deve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias. Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade directa: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes do legislador. Não são simples norma normarum mas norma normata, isto é, não são meras normas para produção de outras normas, mas sim normas, directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos de novo que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjetivos concretos e definitivos.

O dispositivo pátrio é mais genérico que o português, mas guarda perfeita similitude, inclusive quanto à redação ao utilizar a expressão "aplicação imediata", enquanto este último se refere a normas "diretamente aplicáveis", distinguindo-se tão-somente porque o brasileiro não foi expreso sobre a vinculação das "entidades públicas e privadas".

Por isso, admite-se a aplicação integral dos ditames expostos na norma

⁶⁹²Sobre "conteúdo essencial dos direitos fundamentais", cfr.: HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. In *Teoría y Realidad Constitucional*. Num.14, 2.sem./2004. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (Centro de Estudios Ramón Areces). In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/14/rec/rec27.pdf> acesso em 15.06.2006, às 11h42.

⁶⁹³*Direito constitucional*. Op. cit., p.578.

portuguesa para interpretação da norma nacional – desde que não a contrariem e sejam consonantes com o estado democrático brasileiro e com o posicionamento mundial de proteção dos direitos fundamentais.

3.3. Constituição espanhola

Seguindo o mesmo caminho trilhado pela Lei Fundamental de Bonn e também tendo como justificativa as graves violações aos direitos fundamentais pela ditadura que assolou o país durante o Franquismo⁶⁹⁴, a Constituição espanhola que se seguiu, promulgada em 31.10.1978, consignou regra asseguradora de eficácia imediata das normas que os definem, inserindo-a no Capítulo Quarto, que trata "*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*":

Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Comentando esse dispositivo, Manoel Guerrero diz que tem duplo objetivo: primeiro, fazer com que os órgãos judiciais e administrativos dêem imediata aplicação às normas definidoras de direitos fundamentais sem necessidade de apelar ao legislador para completá-las; em segundo lugar, impedir que os direitos fundamentais fiquem à mercê da vontade do

⁶⁹⁴ESPANHA. *Franquismo*. Período que se iniciou com a guerra civil de 1939 e se estendeu até a morte do General Francisco Franco, em 1975. "Ideologicamente, o franquismo é baseado no fascismo, adaptado para a Espanha pelo movimento falangista. As bases do regime franquista foram definidas pela unidade nacional espanhola (nacionalismo de estado), pelo catolicismo e pelo anticomunismo. Apesar de o regime ter-se autodefinido como democracia orgânica com fins propagandísticos, não pode ser considerado de forma alguma como democrático, em comparação às democracias parlamentaristas contemporâneas. É mais adequado defini-lo como ditadura ou regime totalitário." In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Franquismo>, acesso em 01.06.2006, a 00h02.

legislador, porque *"a sujeição do geral do legislador à Constituição se faz mais intensa quando estão em jogo os direitos fundamentais"*.⁶⁹⁵

Em resumo, a norma espanhola implica, por um lado, vedação a que o legislador autorize ingerências dos poderes públicos na órbita dos direitos fundamentais sem fundamento constitucional, e, por outro, um comando para que tome as providências necessárias para efetivar a norma constitucional, sem necessidade de aguardar a produção legislativa.⁶⁹⁶

3.4. Constituição venezuelana

Em 1961, o constituinte bolivariano inseriu na Constituição da Venezuela norma determinante de eficácia imediata das que veiculam direitos e garantias fundamentais, como consta da parte final do art. 50:

*Art. 50. La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.*⁶⁹⁷

Essa mesma orientação viria ser a seguida pela Constituição de 1997, que passou a dispor sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no art. 22, mantendo-se a técnica de que *"La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos."*

⁶⁹⁵GUERRERO, Manoel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. p.4. Madrid: McGraw-Hil, 1996.

⁶⁹⁶GEBRAN Neto, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. Op. cit., pp.29/30.

⁶⁹⁷VENEZUELA. Constitución de 1961 con las reformas de 1983. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html>, acesso em 09.06.2006, às 14h52.

Comentando este dispositivo – que corresponde ao art. 50 da Constituição de 1961 –, o professor Henrique Echeverría⁶⁹⁸ afirma ser impossível atribuir plena eficácia a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, especialmente em razão de dificuldades práticas de algumas delas.

La doctrina constitucionalista ha venido sosteniendo que todos los derechos constitucionales, sin excepción, pueden ser ejercitados de manera inmediata, directa, sin que sea necesario la aprobación de leyes reglamentarias que complementen la normativa constitucional. El sólo reconocimiento y garantía a los derechos fundamentales en el texto de la Constitución bastaría para que los ciudadanos podamos actuar los poderes jurídicos que los conforman y solicitar la tutela judicial constitucional en caso de desconocimiento, menoscabo, o violación por parte de las autoridades del Estado.

A seguir, o professor destaca as dificuldades práticas como obstáculo à plena eficácia de certos direitos fundamentais:

Sin embargo, tan loable y radical principio tropieza con dificultades prácticas, operativos, derivadas de la naturaleza jurídica de cada derecho fundamental.

En efecto, hay derechos fundamentales que a pesar de ello no podrían ser ejercidos por sus titulares, y tutelados por tribunal alguno, pues están inexorablemente condicionados a que el Poder Legislativo dicte una ley reglamentaria y a que el Ejecutivo, de acuerdo a esa ley, organice los medios administrativos requeridos para la prestación de actividades materiales, sin las cuales es imposible dar satisfacción a los "intereses vitales" protegidos por la Constitución como derechos fundamentales.

Ilustrando a dificuldade, o professor cita os direitos fundamentais de segunda

⁶⁹⁸ECHEVERRÍA, Henrique Meier. *Bases constitucionales del proyecto de Ley Orgánica de la Cultura*. Caracas: Biblioteca electrónica. In <http://www.analitica.com/Bitblío/conac/bases.asp>, acesso em 10.06.2006, às 13h50.

geração que, correspondendo aos direitos sociais, caracterizam-se por exigir prestação positiva por parte do Estado, ao contrário dos de primeira geração, que se contentam com dever de abstenção. São dele as palavras a seguir:

Ya nos hemos referido con anterioridad a este punto de los llamados derechos de prestación (básicamente los de contenido social) o derechos de la "segunda generación", derechos que exigen del Poder Público, en particular de los órganos gubernamentales y administrativos, la realización de operaciones administrativas de prestación; por consiguiente, hasta tanto esos deberes político-institucionales del Estado no se hubieren materializado en la realidad, tales derechos permanecen en una situación de expectativa o esperanza jurídica⁶⁹⁹.

Sem embargo, o *locus* da norma nessa constituição permite concluir que a intenção do constituinte era conferir eficácia a todos os direitos, deveres e garantias, sem se restringir aos direitos individuais, porquanto a inseriu no Capítulo I, como disposição geral, para, na seqüência, relacionar os deveres (arts. 51 a 57), direitos individuais (arts. 57 a 71), direitos sociais (arts. 72 a 94), direitos econômicos (arts. 95 a 109) e direitos políticos (arts. 110 a 116).

3.5. Constituição paraguaia

Por sua vez, desde 1967 a Constituição paraguaia também já continha norma dispendo claramente que a falta de lei não é obstáculo para a aplicação de qualquer direito ou garantia⁷⁰⁰:

Artículo 80. La enunciación de los derechos y garantías contenida en

⁶⁹⁹ECHVERRÍA, Henrique Meier. *Bases constitucionales del proyecto de Ley Orgánica de la Cultura*. Caracas: Biblioteca electrónica. In <http://www.analitica.com/Bitbllo/conac/bases.asp>, acesso em 10.06.2006, às 13h50.

⁷⁰⁰PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY DE 1967. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1967.html>, acesso em 10.06.2006, às 17h25.

esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía.

Contendo a mesma redação da norma venezuelana, valem os mesmos comentários, acrescentando-se, porém, que se limita aos direitos individuais (arts. 48 a 80), sem se estender para os demais direitos que formam o catálogo de direitos fundamentais: a) direitos sociais, que se dividem em família (arts. 81 a 88), educação e cultura (arts. 89 a 92) e saúde (art. 93); b) direitos econômicos (arts. 94 a 103); c) direitos dos trabalhadores (arts. 104 a 110); d) direitos políticos, que se dividem em sufrágio (arts. 111 a 116), partidos políticos (arts. 117 a 121) e asilo político (art. 122). O mesmo capítulo relaciona as obrigações a que todos estão sujeitos (arts. 123 a 127).

3.6. Constituição uruguaia

No mesmo ano em que foi promulgada a Constituição paraguaia, em 1967, também o foi a Constituição da República Oriental do Uruguai, contendo norma determinante de que a falta de lei não é obstáculo para a aplicação das normas que reconhecem direitos individuais e impõem deveres às autoridades públicas:

Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas⁷⁰¹.

⁷⁰¹URUGUAI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.

De particular, a regra uruguaia ditava, inclusive, os meios para se resolver o vazio legislativo, determinando que o juiz tomasse como paradigma a analogia, os princípios gerais de direito e a doutrina aceita em geral, adotando, assim, o que se pode chamar de *método acursiano*, de Acursio, que foi o principal dos glosadores, cuja autoridade reconhecida elevou sua interpretação do *Digesto* à condição de *interpretação autêntica*⁷⁰².

4. A NORMA EM CONSTITUIÇÕES QUE SUCEDERAM À DO BRASIL

4.1. Noções

Os anos 90 foram particularmente revolucionários no leste europeu, onde até então subsistia, com toda sua força, o império soviético formado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, constituindo verdadeira e única potência militar capaz de fazer frente aos Estados Unidos da América.

Mas, a potência não foi capaz de superar as fissuras decorrentes das reformas propostas por Michail Gorbachev em 1991 e, em 19 de agosto daquele ano, acabou ruindo junto com a queda do próprio líder, abrindo ensejo para a formação de pelo menos 14 países, além da Federação Russa: repúblicas bálticas da Estônia, Letônia e Lituânia; repúblicas da Bielorrússia, Ucrânia e Moldávia; as repúblicas do Cáucaso, como a Geórgia, Armênia e

CONSTITUCIÓN DE URUGUAY. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/uruguay.html, acesso em 11.06.2006, às 18h20.

⁷⁰²LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*. 2.ed., actual., y ampl., t.I (parte general), p.70. Buenos Aires: Depalma, 1998. Diz o professor da Universidad del Museo Social Argentino: "La profusión de glosas entorpecía la lectura de las leyes y creaba mayor confusión todavía. Acursio, em Glosa ordinaria o Magna Glosa, se encargó de hacer una selección de todas las existentes. Las glosas que descartó cayeron en el olvido y, en adelante, únicamente se citaron las por él recopiladas. La Glosa de Acursio se tuvo por interpretación auténtica. En Alemania, se llegó a considerar que los pasajes no glosados carecían de vigencia; por tanto, no fueron reconocidos en juicio".

Azerbaijão, e as da Ásia Central, como o Turquemenistão, Uzbequistão, Casaquistão, Tajiquistão e Kirquizistão⁷⁰³.

Dentre esses novos estados, apenas a Ucrânia e a própria Federação Russa, além da Polônia e da Eslovênia, acabariam inserindo, em suas constituições, norma semelhante à do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira.

4.2. Constituição eslovena

A Eslovênia é um dos países que, após o final da Segunda Grande Guerra, juntamente com a Croácia, Bósnia-Hersegovina, Macedônia, Sérvia e Montenegro, formaram a República da Iugoslávia, até que, em 1990, depois das primeiras eleições multipartidárias, decidiu se separar e se tornar Estado independente, inclusive vindo a integrar a União Européia desde 2004.

Sua Constituição é de 1991, cujo art. 15 dispõe sobre a eficácia das normas que definem direitos e garantias fundamentais⁷⁰⁴:

Art. 15. O exercício direto dos direitos humanos e liberdades fundamentais é garantido nesta Constituição.

Pela forma como o dispositivo está redigido, conclui-se que a eficácia imediata se restringe aos direitos inerentes ao ser humano e aos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos fundamentais de primeira dimensão, não alcançando os das demais dimensões, especialmente os direitos sócio-

⁷⁰³BROUÉ, Pierre. *União Soviética: da revolução ao colapso*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1996. In http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/russia_hoje12.htm, acesso em 11.06.2006, às 13h32.

⁷⁰⁴ESLOVÊNIA. CONSTITUTION OF SLOVENIA de 23.12.1991. In <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo146.asp>, acesso em 11.06.2006, às 17h24.

culturais e econômicos.

4.3. Constituição russa

Com o fim do comunismo, em 1991, a antiga União Soviética se dissolveu dando lugar ao surgimento de novos estados, mantendo-se, porém, a hegemonia da Federação Russa em cuja Constituição de 1993 dispôs sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais:

*Artículo 18. Los derechos y las libertades del ser humano y del ciudadano están en vigencia directa y determinan el sentido, el contenido y la aplicación de las leyes, las funciones del poder legislativo y ejecutivo, de la autogestión local y son garantizados por la justicia*⁷⁰⁵.

Merece destaque apenas quanto ao conteúdo, por vincular o grau de eficácia ao sentido, conteúdo e aplicação das leis, às funções dos poderes Legislativo e Executivo e ao autogoverno local. Sobre esse dispositivo, o professor Krystian Complak, da universidade de Varsóvia, assim diz em nota de rodapé⁷⁰⁶:

Es paradigmático desde este punto de vista el artículo 18 de la vigente Constitución de la Federación Rusa, el cual repite adicionalmente, es decir fuera del artículo 15, el principio de su aplicabilidad inmediata en cuanto a los derechos y libertades del hombre y la vinculación de éste a los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y de la "autoadministración local.

O que o professor chama a atenção é para o fato de, também no art.

⁷⁰⁵RÚSSIA. CONSTITUCIÓN DE FEDERACIÓN RUSA DE 1993. In <http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm>, acesso em 11.06.2006, às 17h34.

⁷⁰⁶La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca. In Cuestiones Constitucionales. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 3, n. 6, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm#N6>, acesso em 11.06.2006, às 18h03.

15, o constituinte russo já ter conferido eficácia imediata para as normas constitucionais ao dispor que *"1. La Constitución de la Federación Rusa tiene vigor jurídico superior, acción directa y se aplica en todo el territorio de la Federación Rusa"*.

4.4. Constituição ucraniana

A Ucrânia era mais uma das repúblicas que formavam a antiga União Soviética e que se tornou independente em 1991, vindo a adotar Constituição própria em 1996, cujo art. 8º dispõe sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais:

Art. 8º. El principio de la regla de ley se reconocerá y existe en Ucrania.

La Constitución de Ucrania es la autoridad legal más alta. Las leyes y otros actos legales se adoptarán en base a lo que debería corresponder a la Constitución de Ucrania.

Las normas encontradas en la Constitución de Ucrania son normas de acción directa. e garantizan apelaciones a la corte basada directamente en la Constitución, en la defensa de los derechos constitucionales y libertades de individuos y ciudadanos⁷⁰⁷.

Ao se dar interpretação literal ao dispositivo, todas as normas constitucionais, e não apenas as que definem direitos e garantias fundamentais, têm eficácia imediata, conforme se extrai da penúltima alínea.

4.5. Constituição polonesa

Adotando modelo progressista, a Constituição polonesa, de 17.10.1997, é mais um dos exemplos de constituições dos países do leste europeu que,

⁷⁰⁷UCRÂNIA. CONSTITUCIÓN DE UCRÁNIA de 23.07.1996. In <http://www.consulucra.org.py/html/archivos.htm> acesso em 11.06.2006, às 17h42.

após a derrocada do socialismo, ampliaram o catálogo de direitos fundamentais e lhes outorgaram o *status* de normas de eficácia imediata.

Assim dispõe aquela Constituição:

Art. 8º.

1. La Constitución es el derecho supremo de la República de Polonia.

2. Los preceptos de la Constitución se aplican directamente, a menos que la Constitución disponga otra cosa.

Antes de chegar a esta redação, o constituinte polaco teve que superar, de certa forma, as mesmas dúvidas que se abateram sobre o constituinte brasileiro quanto ao *locus constitucional*.

Com efeito, no Brasil, ora a norma foi inserida como parágrafo de um artigo, ora como artigo em si mesmo, ora, ainda, integrou o mesmo dispositivo sobre vigência dos tratados internacionais no plano interno, conforme restou claramente demonstrado no esboço histórico dos trabalhos constituintes.

Na Polônia, a proposta do membro da Comissão Permanente de Especialistas que elaborou o Projeto de Constituição, professor Wiktor Osiatynski, incluía entre os princípios do primeiro capítulo dispositivo dispendo que "*El derecho supremo de la República es la Constitución, cuyos preceptos se aplican directamente*", mas durante o *iter constituyente* houve alterações até ficar com a redação atual⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸COMPLAK, Krystian. *La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca*. In *Cuestiones Constitucionales*. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm> acesso em 11.06.2006, às 10h40.

Comentando a alteração, o professor Krystian Complak mostra que o constituinte polaco teve dúvida sobre onde inserir o dispositivo, tanto que primeiramente o inseriu junto com as fontes do direito e, depois, no capítulo primeiro com parênteses até, finalmente, despojá-lo desses parênteses. São suas as palavras⁷⁰⁹:

Dicho precepto sufrió varias modificaciones. Primeramente, se echó mano de una disposición prevista para el capítulo sobre las fuentes del derecho. Luego, se la trasladó al capítulo primero del proyecto constitucional de aquel entonces. Allí recibió la formulación siguiente: párrafo 1. La Constitución es el derecho supremo (establecido) de la República de Polonia; párrafo 2. Las disposiciones de la Constitución se aplican directamente (salvo las excepciones determinadas en ella). Posteriormente se le despojó de los paréntesis.

Merece destaque o fato de a regra que confere eficácia imediata para os direitos fundamentais reconhecer que nem sempre será possível aferir, no caso concreto, a eficácia pretendida, tanto que, ao final, ressalva a aplicabilidade imediata "a menos que la Constitución disponga otra cosa", o que mereceu severa crítica por parte do professor já citado⁷¹⁰. No texto de sua crítica, diz o professor que o "*precepto concede al Parlamento una libertad demasiado grande para modelar los derechos del ciudadano o del hombre*"⁷¹¹.

⁷⁰⁹La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca. In Cuestiones Constitucionales. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm>, acesso em 11.06.2006, às 10h40.

⁷¹⁰COMPLAK, Krystian. La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca. In Cuestiones Constitucionales. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm>, acesso em 11.06.2006, às 10h40.

⁷¹¹COMPLAK, Krystian. La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca. In Cuestiones Constitucionales. (Revista Mexicana de Derecho

5. CONCLUSÕES

Pode-se dizer que a fonte remota do dispositivo constitucional brasileiro foi a Constituição da República de Weimar que, paradoxalmente, por não conter mecanismo de proteção contra a inércia do legislador, deixava-o livre e desobrigado de regulamentar os direitos fundamentais, impedindo, assim, a sua aplicação.

Tendo isso como justificativa, ao aprovar a Lei Fundamental de 1949, o constituinte alemão inseriu a regra inicial constante do art. 1º, n.3, dispondo que as normas definidoras de direitos fundamentais vinculam a todos os órgãos públicos, o que implica dizer que lhes competem aplicá-las sem necessidade da *interpositio legislatoris*.

Mas, a fonte próxima foi o art. 18 da Constituição Portuguesa de 1976, onde a Assembléia Nacional Constituinte brasileira se inspirou para inserir norma semelhante no Brasil, embora com redação parcialmente diferente no ponto em que não cogita da vinculação das entidades públicas e privadas.

6. CONSTITUIÇÕES QUE SE APROXIMARAM DA NORMA

6.1. Noções

Antes de analisar as constituições que contêm norma acerca da eficácia

Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm>, acesso em 11.06.2006, às 10h40. Mais adiante o professor completa dizendo que as modernas concepções vêem a constituição como norma eficaz por inteiro, sendo incompatível com qualquer subordinação à regulamentação. "*Este rol novedoso del derecho constitucional estriba, particularmente, en la consideración de éste como un derecho eficaz. Según las concepciones modernas, la Constitución es un conjunto de normas, las cuales para su puesta en la práctica no necesitan mediación alguna. La Constitución contemporánea es un acto de derecho accesible directamente a cualquier órgano del Estado y a cada persona. La interposición entre ella y sus destinatarios de un enlace la debilita como derecho supremo del país.*"

das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, cumpre apontar – não mais que isso – outras que tiveram ou têm disposição semelhante, mas não expressa, sobre a mesma eficácia, e tais são as da Grécia, Irlanda, Argentina, Costa Rica, Peru e Porto Rico.

Nessas constituições não há, propriamente, norma que confira de forma expressa eficácia imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, limitando-se, por via oblíqua, determinar que o Estado os garanta, ressalvando que deverá fazê-lo na medida do possível.

Ao vincular a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais à *possibilidade de esses direitos serem cumpridos*, o poder constituinte nada mais do que atentou para o princípio da realidade⁷¹².

O entendimento do princípio da realidade parte de considerações bem simples: o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam os seus objetivos são verdadeiros (...)

O Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos

⁷¹²FREUD, Sigmund. *Os caminhos da formação de sintoma*. Apud SALES, Lea Silveira. In *Fantasia e teorias da sedução em Freud e em Laplanche*. Psicologia e pesquisa. v.18, n.3 set./dez./2002. Brasília. In http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722002000300012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt, acesso em 11.06.2006, às 08h59. Discorrendo sobre o prazer buscado pelo homem, Freud estabelece como limite o princípio da realidade, em contraposição ao princípio do prazer. Segundo ele, o ser humano é programado para buscar a felicidade, que nem sempre é encontrada em face de múltiplas causas, como decadência do corpo ou dificuldades de relacionamento com outras pessoas. São dele as seguintes palavras: "(...) o eu do homem é educado pouco a pouco para apreciar a realidade externa e para obedecer ao princípio de realidade por influência da pressão exterior. Nesse processo tem que renunciar de maneira transitória ou permanente a diversos objetos e metas para os quais está voltada sua busca de prazer – não só sexual. Mas sempre é difícil para o homem a renúncia ao prazer; não a leva a cabo sem algum tipo de compensação. Por isso reservou uma atividade da alma em que concede a todas estas fontes de prazer e a estas vias abandonadas uma sobrevivência, uma forma de existência que as emancipa do requisito da realidade e do que chamamos exame de realidade".

*interesses públicos, tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público*⁷¹³.

Segundo esse princípio, entre o querer e o poder nem sempre há correspondência, particularmente em sede de direitos fundamentais de segunda geração, que exigem do Estado certas ações positivas⁷¹⁴ cuja implementação implica recursos financeiros impossíveis de serem alcançados⁷¹⁵ ou até mesmo submissão a imposições internacionais de maior envergadura⁷¹⁶.

⁷¹³MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade (novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade)*. p.37. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

⁷¹⁴ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. pp.186/239. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. O autor divide os direitos fundamentais em três graus: direito a algo; liberdades; competências. Quanto aos primeiros – direito a algo – divide-os em direitos a ações positivas e direitos a ações negativas, aqueles fundados em poder exigir que o Estado se abstenha de invadir a esfera de liberdade, estes, ao contrário, dependendo que o Estado tome providências efetivas para concretizar os direitos fundamentais, ações que podem se dividir em dois grupos, "el del aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa" (Op. cit., pp.194/195). De forma mais expressa, assim diz o autor: es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa. "Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una "pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio". El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; el necesitado, de las condiciones mínimas de existencia y el que desea estudiar, de una plaza de estudios. La irrelevancia de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas."

⁷¹⁵NABAIS, Casalta José. *A face oculta dos direitos fundamentais e os custos dos direitos. In Por um estado fiscal suportável (estudos de direito fiscal)*. pp.11/segts. Coimbra: Almedina, 2005.

⁷¹⁶SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.100.

6.2. Constituição grega

A Constituição grega, de 09 de junho de 1975, enumera os direitos individuais e sociais em sua Segunda Parte, distribuindo-os entre os arts. 4º a 25, cabendo a este último veicular a norma que mais se aproxima à de eficácia⁷¹⁷:

Artículo 25.

1. Los derechos del hombre como individuo y como miembro de la sociedad quedan bajo la garantía del Estado, cuyos órganos están obligados sin excepción a garantizar el libre ejercicio de aquéllos.

Ao final, acrescenta nas disposições transitórias:

Artículo 112

1. Las materias expresamente sometidas a regulación por ley, en virtud de preceptos de la presente Constitución, se regirán hasta que se dicte dicha ley por las leyes y los actos administrativos de índole reglamentaria existentes, salvo aquellas de sus disposiciones que sean contrarias a la presente Constitución.

Logo, desde que haja norma expressa na constituição subordinando sua eficácia à *interpositio legislatoris*, não há como aplicá-la antes que seja regulamentada, salvo se houver legislação anterior que não seja incompatível com a nova ordem constitucional. É o caso do art. 6º, n.4, que submete à lei fixar o limite máximo de prisão de natureza preventiva.

6.3. Constituição irlandesa

A Constituição irlandesa, de 1937, com 50 artigos, disciplina os direitos fundamentais nos arts. 40 e 41, o primeiro dispendo sobre os direitos

⁷¹⁷GRÉCIA. CONSTITUCIÓN DE GRÉCIA DE 09.06.1975. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/grecia.html, acesso em
10.06.2006, às 15h55. *em*

peçoais, e o segundo, sobre os direitos sociais, especialmente os direitos de família⁷¹⁸.

Art. 40.3.

1º. El Estado garantizara en sus leyes el respeto a los derechos personales del ciudadano y, en la medida de lo posible, los defenderá y reparara mediante sus propias leyes.

2º. En particular el Estado protegerá con sus leyes en la medida de lo posible la vida, persona, buen nombre (good name) y derecho de propiedad del ciudadano frente a todo ataque injustificado y los vindicará en caso de ataque consumado.

Do que consta, extrai-se que não reconhece plena eficácia para essas normas ao dispor que as garantias se subordinam à "medida do possível" quanto à vida, honra ou direito de propriedade.

6.4. Constituição argentina

A Constituição argentina, de 1853, cuja redação, neste ponto, não foi alterada pela reforma constitucional de 1994, não contém regra expressa sobre a eficácia de normas definidoras de direitos fundamentais⁷¹⁹, mas adotou regra original ao proibir que o exercício da

⁷¹⁸IRLANDA. CONSTITUCIÓN DE IRLANDA DE 1937. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/irlanda.html, acesso em 10.06.2006, às 16h07.

⁷¹⁹Sem embargo do que consta da Constituição Nacional, encontram-se constituições provinciais na Argentina que reconhecem eficácia imediata para normas que definem direitos e garantias. Cfr.: PROVÍNCIA DE NEUQUEN. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. "Artículo 18 Los derechos y garantías consagrados por esta Constitución y por la Constitución Nacional, no podrán ser alterados, restringidos ni limitados por las leyes que reglamenten su ejercicio." In http://www.neuquen.gov.ar/constitucion/art_1_20.html, acesso em 10.06.2006, às 16h24. PROVÍNCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. "Artículo 5º. Los derechos y garantías que enumera esta Constitución no podrán ser alterados o restringidos por las leyes que reglamenten su ejercicio, ni serán entendidos como negación de otros no enumerados, pero que nacen de la forma republicana, representativa y democrática de gobierno y de la condición

atividade regulamentar do Poder Legislativo resulte em alterações dos princípios, garantias e direitos previstos no Capítulo que deles cogita⁷²⁰:

Artículo 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Com isso, tem-se que nesse constitucionalismo se admite a *interpositio legislatoris*, inclusive para regulamentar direitos e garantias fundamentais, desde que da regulamentação não lhes resultem modificações.

d) Los derechos que la constitución reconoce no son absolutos sino relativos. Ello quiere decir que son susceptibles de reglamentación y de limitación, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc. La relatividad de los derechos surge: d') del propio art. 14, que se refiere al goce de los mismos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"; d'') del principio insito en la constitución de que la determinación de sus normas habilita la reglamentación por parte de los órganos del poder (arts. 14 bis, 18, etc., en cuanto prevén leyes que reglamenten derechos); d''') del art. 28, que consigna la reglamentación razonable; d''''') del derecho judicial, en cuanto la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido de modo tradicional y uniforme que no hay derechos absolutos. La relatividad tiene, no obstante, y a su vez, su propio límite: toda reglamentación que limita a los derechos debe ser razonable, conforme al art. 28⁷²¹.

Raciocínio inverso autoriza concluir que, ao se admitir regulamentação,

natural del Hombre." In <http://www.lahueya.com.ar/index/constituciones/tdel%20fuego/tdf4.htm>, acceso em 10.06.2006, às 16h56.

⁷²⁰ ARGENTINA. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ARGENTINA DE 1853. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/argentina.html, acceso em 10.06.2006, às 16h49.

⁷²¹ CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t.1, pp.213/214, "d". Buenos Aires: Ediar, 1992.

essa Constituição acabou por submeter a eficácia de certos direitos ou garantias fundamentais à discricionariedade do Poder Legislativo, porquanto poderá não elaborar as leis necessárias para permitir que possam ser aplicados a ponto de caracterizar verdadeira inconstitucionalidade por omissão⁷²².

6.5. Constituição costarricense

Palco da celebração do Tratado Internacional dos Direitos Humanos, a Costa Rica tem a mesma Constituição desde 07.11.1949, na qual reconhece a necessidade de regulamentação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais como condição de eficácia, assim dispendo no Título V, que disciplina os *derechos y garantías sociales*⁷²³:

Artículo 74. Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

Portanto, os direitos previstos no Capítulo que versa sobre direitos e garantias fundamentais são aplicáveis para todos, mas se sujeitam à regulamentação legislativa.

⁷²²CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t.1, p.217. Buenos Aires: Ediar, 1992. "11. Debe tomarse en cuenta lo que hemos explicado sobre las normas programáticas que declaran derechos. Como principio, las normas constitucionales que declaran derechos han de interpretarse como operativas. Ello significa: a) que aun a falta de reglamentación, las normas constitucionales declarativas de derechos han de aplicarse y funcionar por sí solas; b) que si, acaso, la norma es programática y el órgano encargado de reglamentarla no o hace, su omisión prolongada es inconstitucional, y ha de encontrar remedio ante el poder judicial."

⁷²³COSTA RICA. CONSTITUCIÓN DE COSTA RICA DE 1949. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/costa_rica.html, acesso em 10.06.2006, às 16h58.

6.6. Constituição peruana

O constituinte peruano, de 01.07.1993, disciplinou as garantias fundamentais em capítulo próprio, separadas dos direitos fundamentais, como tais considerando o habeas corpus, o amparo, o habeas data, a ação de inconstitucionalidade, a ação popular e a ação de cumprimento nos seguintes termos:

Artículo 200. Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 20, incisos 5, 6, y 7 de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto

*administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley*⁷²⁴.

Ao final, depois de relacionar as ações constitucionais de garantia, acrescentou que *"una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas"*, o que quer dizer que não são totalmente eficazes antes da *interpositio legislatoris*, na medida em que se subordinam a uma lei orgânica que regulará o modo de exercício.

6.7. Constituição portorriquenha

A Constituição do *Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, de 1952, dispôs sobre os direitos fundamentais em 20 seções do art. II, epigrafado como "carta de direitos".

Reconhecendo que nem sempre basta querer para tornar realidade os direitos fundamentais, mesmo que sejam inerentes ao ser humano, subordinou-lhes a eficácia à suficiência de recursos e desenvolvimento agrário e industrial nos seguintes termos⁷²⁵:

Sección 20. El Estado Libre Asociado reconoce, además, la existencia de los siguientes derechos humanos:

-El derecho de toda persona a recibir gratuitamente la instrucción primaria y secundaria.

-El derecho de toda persona a obtener trabajo.

-El derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado

⁷²⁴PERU. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/peru.html, acceso em 10.06.2006, às 17h06.

⁷²⁵PORTO RICO. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO DE 1952. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/puerto_rico.html, acceso em 10.06.2006, às 17h18.

que asegure para sí y para su familia la salud, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

-El derecho de toda persona a la protección social en el desempleo, la enfermedad, la vejez o la incapacidad física.

-El derecho de toda mujer en estado grávido o en época de lactancia y el derecho de todo niño a recibir cuidados y ayudas especiales.

Los derechos consignados en esta Sección están íntimamente vinculados al desarrollo progresivo de la economía del Estado Libre Asociado y precisan, para su plena efectividad, suficiencia de recursos y un desenvolvimiento agrario e industrial que no ha alcanzado la comunidad puertorriqueña.

É certo que esta norma se refere apenas aos direitos humanos, mas não há razão para concluir diferente em relação aos demais direitos e garantias fundamentais, especialmente quanto aos direitos sociais, que demandam prestações positivas por parte do Estado, ao contrário dos direitos inerentes ao ser humano, que se contentam, em regra, com dever de abstenção⁷²⁶.

6.8. Quadro comparativo entre estas constituições

O quadro a seguir estabelece comparação entre algumas constituições que contêm dispositivo que se aproxima, mas não se equipara, com a que confere grau máximo de eficácia para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais:

⁷²⁶Para melhor compreensão dos direitos fundamentais em Porto Rico, inclusive comparando com a Constituição japonesa, cfr.: SANTA-PINTER, J. J.. *Los derechos fundamentales del hombre en las constituciones del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y del Japón (concordancias y discordancias)*. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Num. 72, sept./dic./1991. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=72>, acesso em 15.06.2006, às 11h53.

ESTADO	TEXTO EM PORTUGUÊS OU ESPANHOL	ANO
GRÉCIA	<p>Artículo 25. (1). Los derechos del hombre como individuo y como miembro de la sociedad quedan bajo la garantía del Estado, cuyos órganos están obligados sin excepción a garantizar el libre ejercicio de aquéllos.</p> <p>Artículo 112. (1). Las materias expresamente sometidas a regulación por ley, en virtud de preceptos de la presente Constitución, se regirán hasta que se dicte dicha ley por las leyes y los actos administrativos de índole reglamentaria existentes, salvo aquellas de sus disposiciones que sean contrarias a la presente Constitución.</p>	1975
IRLANDA	<p>Art. 40.3.</p> <p>1º. El Estado garantizara en sus leyes el respeto a los derechos personales del ciudadano y, en la medida de lo posible, los defenderá y reparara mediante sus propias leyes.</p> <p>2º. En particular el Estado protegerá con sus leyes en la medida de lo posible la vida, persona, buen nombre (good name) y derecho de propiedad del ciudadano frente a todo ataque injustificado y los vindicará en caso de ataque consumado.</p>	1937
ARGENTINA	<p>Artículo 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.</p>	1994
COSTA RICA	<p>Artículo 74. Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.</p>	1949
PERU	<p>Artículo 200. Son garantías constitucionales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular. 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 20, incisos 5, 6, y 7 de la Constitución. 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la 	1993

	<p>Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.</p> <p>6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.</p>	
PORTO RICO	<p>Sección 20. El Estado Libre Asociado reconoce, además, la existencia de los siguientes derechos humanos:</p> <ul style="list-style-type: none"> -El derecho de toda persona a recibir gratuitamente la instrucción primaria y secundaria. -El derecho de toda persona a obtener trabajo. -El derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure para sí y para su familia la salud, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. -El derecho de toda persona a la protección social en el desempleo, la enfermedad, la vejez o la incapacidad física. -El derecho de toda mujer en estado grávido o en época de lactancia y el derecho de todo niño a recibir cuidados y ayudas especiales. <p>Los derechos consignados en esta Sección están íntimamente vinculados al desarrollo progresivo de la economía del Estado Libre Asociado y precisan, para su plena efectividad, suficiencia de recursos y un desenvolvimiento agrario e industrial que no ha alcanzado la comunidad puertorriqueña.</p>	1952

Em resumo, conclui-se que as constituições grega, irlandesa, argentina, costarricense, peruana e portorriquenha se depararam com o problema da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, mas não chegaram a dispor expressamente, deixando entender que admitem regulamentação legislativa.

CAPÍTULO IV: SURGIMENTO DO § 1º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. NOÇÕES

Não é de hoje que a doutrina tem se preocupado quanto ao risco de que a inércia dos poderes constituídos acabe por implicar nítida – embora não expressa – revogação dos direitos fundamentais ao não cumprir a tarefa de regulamentá-los.

No início do Século XX, Marnoco e Sousa já alertava para a necessidade de regulamentação legislativa das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, embora sem a ênfase que o tema merece. Dizia ele:

Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários — o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem a qual não passam de uma simples promessa⁷²⁷.

Por sua vez, Norberto Bobbio já dizia que *"o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de*

⁷²⁷SOUSA, e Marnoco. *Comentário à Constituição da República*. p.14, 1913, apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.185.

protegê-los", e na seqüência acrescentava:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados⁷²⁸.

Dionisio Petriella também deixou implícito que a subordinação dos direitos fundamentais à regulamentação legislativa funcionou como mecanismo legal para violá-los, especialmente ao discorrer sobre o problema na Argentina e na Itália:

La característica de la dictadura argentina fue que ésta reconocía y proclamaba en teoría los principios de la libertad, pero los violaba sistemáticamente en la práctica. Para cerrar los diarios opositores se alegaba que en su taller algunas canillas goteaban. La propiedad de los opositores no era abiertamente confiscada, sino aniquilada con multas por "agio" o hábiles "expropiaciones." La dictadura italiana, en cambio, había remozado viejas ideas, que consideraban a los derechos de libertad simples derechos reflejos de normas que se da el Estado para asegurar su poder y que pueden ser revocadas o atenuadas en cualquier momento. De manera que, tanto en la teoría como en la práctica, durante el facismo los derechos de libertad habían ido paulatinamente cediendo frente a la omnipotencia del Estado, y los constituyentes democráticos que se dieron a la tarea de restablecerlos, contaron con una experiencia riquísima en la materia⁷²⁹.

Hauriou também alertava quanto ao problema decorrente da falta de regulamentação dos direitos fundamentais dizendo que *"Não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão*

⁷²⁸BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9.ed., pp.24/25. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

⁷²⁹*La constitución de la República Italiana*. pp.48/49. Buenos Aires: Asociación Dante Alighiere, 1957.

*ocasiões em que será discutido e violado*⁷³⁰.

Por sua vez, ao classificar as constituições, Sagüés fala da *constituição promessa*⁷³¹, que seria aquela que menciona um catálogo de direito, mas não propicia meios para que sejam postos em prática:

c) CONSTITUCIÓN PROMESA. Se caracteriza por dibujar un esquema de poder y de derechos personales y sociales destinado al futuro, prácticamente inexigible en la actualidad. Muy generosa en la proclamación de beneficios, subordina el goce de éstos al dictado de normas reglamentarias, cura sanción deja librada a la voluntad discrecional de los poderes constituidos. Habitualmente, la constitución promesa es fantasiosa, teórica, utopista y poco leal con la comunidad a la que va destinada (ver § 37, h). Por su naturaleza, tiende a ser ineficaz (sobre el tema, remitimos al § 92).

Mirkine Guetzevitch, sem enfrentar diretamente a questão da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, escrevera em 1933 sobre a necessidade de instituir mecanismos eficazes para defendê-los, dizendo que o princípio da legalidade serviu como proteção contra os abusos do Executivo, mas deixou o indivíduo ao arbítrio do Legislativo, donde o controle da constitucionalidade é *"uma garantia suplementar das liberdades individuais"*⁷³².

No Brasil, a inclusão de regra dispondo sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais se deu somente com a vigente Constituição, depois de vários debates durante os trabalhos da

⁷³⁰HAURIU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional* (trad. esp. CASTILLO, Carlos Ruiz del). 2.ed., p.120. Madrid: Reus, s/a.

⁷³¹SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.88, "c".

⁷³²GUETZEVITCH, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional* (trad. MOTA Filho, Cândido). pp.74/75. São Paulo: Nacional, 1933.

Assembléia Nacional Constituinte, que se instalou em 01.01.1987 e se encerrou com a promulgação da Constituição em 05.10.1988.

Os números produzido pela Assembléia são impressionantes e mostram a dimensão do que se passou⁷³³:

a) mais de 212 mil registros eletrônicos com emendas, projetos e destaques;

b) mais de uma dezena de bases de dados passíveis de acesso por mais de 150 instituições públicas e privadas;

c) mais de duas mil caixas de documentos;

d) 308 exemplares do Diário da Assembléia Nacional Constituinte reunidos em uma coleção sintetizada de 16 volumes, e outra, ampliada, de 29 volumes;

e) 215 fitas de videocassete, 1750 fotos e 2865 fitas de som, além de sem-número de documentos.

Merece destaque o fato de que a Constituição não foi elaborada a partir de um projeto básico inicial, ao contrário do que se verifica com a elaboração de leis, fazendo com que a Assembléia se visse diante de enorme perplexidade por não saber *"por onde principiar, não dispunha de um texto que lhe servisse de base ou de ponto de apoio, não tinha método, por onde levar a cabo a difícil incumbência"*.⁷³⁴

⁷³³OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. p.9. Brasília: Senado Federal, 1993.

⁷³⁴BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed., p.454.

Para levar a empreita avante, a Assembléia Nacional Constituinte se dividiu em oito comissões temáticas, cada qual dividida em três, totalizando vinte e quatro subcomissões, cada uma incumbida de determinados temas⁷³⁵, além das quais houve uma Comissão de Sistematização⁷³⁶ para onde se canalizariam todos os anteprojetos das comissões e, ao fim dos trabalhos, foi constituída uma Comissão de Redação. Os trabalhos se desenvolveram em sete etapas e se desdobraram em vinte e cinco fases distintas⁷³⁷.

Os direitos e garantias individuais ficaram a cargo da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que se subdividiu nas seguintes Subcomissões: a) Da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; b) Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias; c) Direitos e Garantias Individuais⁷³⁸.

Em 29.06.1987, a Relatoria da Assembléia Nacional Constituinte apresentou à Comissão de Sistematização o Anteprojeto de Constituição com 501 artigos, extraído dos parciais apresentados por cada Comissão e Subcomissão⁷³⁹; em 18 de

Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

⁷³⁵ OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. pp.11/12. Brasília: Senado Federal, 1993.

⁷³⁶ BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987. *Regimento Interno*. "Art. 18 (...). § 3º. A matéria aprovada pela Comissão será encaminhada à Comissão de Sistematização dentro de 24 (vinte e quatro) horas de sua aprovação, observado o prazo estabelecido no § 3º do art. 24 deste Regimento". In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 01.06.2006, a 00h05.

⁷³⁷ O grande volume de emendas e o pouco tempo regimental para analisá-las acabaria fazendo com que significativo número delas sequer fossem lidas, além do que "os relatores das diversas Subcomissões e Comissões fizeram prevalecer propostas que mais refletem o seu ponto de vista pessoal". Cfr.: OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. *Projeto de constituição angustia o país*. p.111, n.1. São Paulo: Vera Cruz, 1987.

⁷³⁸ RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.3, pp.1/10. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷³⁹ BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. *Anteprojeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.219. Brasília:

novembro, a Comissão de Sistematização concluiu sua etapa e em 24, apresentou o Projeto (A) de constituição⁷⁴⁰.

Em 05.07.1988 foi apresentado o Projeto (B) e, com ele, iniciado o segundo turno de votação, que se concluiu em 02.09.1988, transformando-o em Projeto (C), o qual se transformou em Projeto "D" depois de dezenove dias até que, finalmente, em 22 do mesmo mês a Constituição foi aprovada, marcando-se o dia 05.10.1988 para promulgá-la⁷⁴¹.

Desta cronologia, interessam para este trabalho os conteúdos dos Projetos (A), (B) e (C) por corresponderem a versões dos Projetos de Constituição que foram recebendo emendas até resultar no Projeto (D) e, dele, o Texto Final; interessam, particularmente, as propostas que acabaram dando ensejo à redação final e atual do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

2. PROPOSTAS DE REDAÇÃO DO ATUAL DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL

2.1. Anteprojeto da Comissão dos Notáveis

Cumprindo promessa do candidato Tancredo Neves, o então presidente José Sarney remeteu ao Congresso Nacional, em 28.06.1985, Proposta de Emenda Constitucional convocando Assembléia Nacional Constituinte, para se reunir a partir de 01.02.1987 na sede do Congresso Nacional com a finalidade

Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 28.05.2006, às 23h47.

⁷⁴⁰OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. p.12. Brasília: Senado Federal, 1993.

⁷⁴¹OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. p.13. Brasília: Senado Federal, 1993.

de elaborar nova constituição para o País, a qual acabaria aprovada em 27 de novembro do mesmo ano como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985⁷⁴².

Na seqüência, pelo Decreto nº 91.450, de 18.07.1985, instituiu uma *Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*⁷⁴³ composta por cinquenta membros de sua livre escolha "para futura colaboração aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte"⁷⁴⁴.

Em 26.09.1986, essa Comissão apresentou um "anteprojeto constitucional" com 468 artigos⁷⁴⁵, tratando dos direitos e garantias fundamentais nos arts. 8º a 56, além da nacionalidade (arts. 57 a 59), direitos políticos (arts. 60 a 64) e partidos políticos (arts. 65 e 66). Quanto à eficácia das normas que os definem, dispunha:

Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

⁷⁴²BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27.11.1985. "Art. 1º. Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional." In www.planalto.gov.br, acesso em 15.04.2006, às 18h30.

⁷⁴³Ficou conhecida como *Comissão dos Notáveis* em face dos grandes nomes que a compunham, dentre eles o saudoso professor Afonso Arinos, que foi seu presidente. BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed., p.453. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. Cfr. tb.: FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *O anteprojeto dos notáveis*. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁷⁴⁴BRASIL. DECRETO Nº 91.450, DE 18.07.1985. "Art. 1º. Fica instituída, junto à Presidência da República, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 (cinquenta) membros de livre escolha do Chefe do Executivo. Art. 2º. A Comissão, que se auto-regulamentará, será presidida por um de seus membros, designado pelo Presidente da República, e desenvolverá pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Parágrafo único. O presidente da Comissão designará seu Secretário Executivo." In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 03.05.2006, às 02h25.

⁷⁴⁵BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Anteprojeto constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. v.576, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 03.05.2006, às 02h22.

§ 1º. Na falta ou omissão da lei, o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2º. Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia dos direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha suprir a falta⁷⁴⁶.

Nesse projeto, o *locus* do dispositivo – art. 10 – que conferia eficácia imediata para os direitos e garantias se limitava ao que se pode denominar de direitos individuais de liberdade – direitos de primeira geração –, não alcançando a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos, e tampouco continha capítulo próprio para veicular direitos sociais.

Duas características podem ser extraídas dessa proposta: a primeira é que, ao determinar que o juiz supra as omissões legislativas utilizando *meios que atinjam os fins da norma constitucional*, reconhece, implicitamente, que nem todas as normas definidoras de direitos fundamentais são completas, dependendo da *interpositio legislatoris*.

A segunda, além de investir o juiz de poderes para dar efetividade à norma constitucional mesmo quando não houvesse lei que a regulamentasse, investia o Supremo Tribunal Federal de poderes limitados na mesma situação, admitindo apenas que *"recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha suprir a falta"*.

Mas, a idéia não progrediu e o anteprojeto nunca passou dessa condição⁷⁴⁷,

⁷⁴⁶BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Anteprojeto constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. v.576, p.10. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 03.05.2006, às 02h01.

⁷⁴⁷BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed., pp.453/454. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. Para os autores, esse trabalho não

assim como também não fluíram outros anteprojetos, como os de Fábio Konder Comparato⁷⁴⁸ e Henry Macksoud, entre outros⁷⁴⁹.

2.2. O ponto de partida: comissões e subcomissões

Amparados pelo poder soberano peculiar das assembléias constituintes de qualquer natureza⁷⁵⁰, os constituintes consumiram os meses iniciais desde que foram empossados, em 01.01.1987, até abril do mesmo ano, elaborando o Regimento Interno, do que dependia a definição de sua estrutura e forma de funcionamento.

Segundo o art. 13 do Regimento Interno, a Assembléia Nacional Constituinte foi composta por oito comissões, dividida cada uma em três subcomissões. As comissões eram formadas por 63 constituintes mais os

chegou a ser tratado como verdadeiro anteprojeto, mas sim como mero documentário, tanto que o presidente José Sarney apenas despachou determinando seu encaminhamento ao Ministério da Justiça "onde provavelmente ficou arquivado". O anteprojeto sofreu dezenas de críticas, algumas muito contundentes e publicadas em jornais como Jornal do Brasil, Folha de São Paulo, O Estado de São Paulo e O Globo, dando espaço, inclusive, para publicação do trabalho "Os notáveis erros dos notáveis" (PRADO, Ney. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 163 p.), no qual, em oito capítulos, além da introdução e da conclusão, aponta vários erros que vão desde o preconceito, passando por casuísmos, elitismos, utopismos, demagogia, socialismo, estatismo e nexofobismo. Merece registro o fato de o autor Ney Prado ser um dos "notáveis". Outro trabalho crítico sobre o anteprojeto foi elaborado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, ao final, o repudia expressamente dizendo "numa palavra, o Brasil não merecia esse anteprojeto dos "notáveis". De maneira nenhuma serve ele de base para a futura Constituição. (...)." (O anteprojeto dos notáveis. p.105. São Paulo: Saraiva, s.a.).

⁷⁴⁸COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil! Uma constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo. S.ed., 1986.

⁷⁴⁹OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. p.12. Brasília: Senado Federal, 1993.

⁷⁵⁰BRASIL. ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 09.04.1964. "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte." (Trecho correspondente ao 3º parágrafo do ato institucional escrito por Francisco Campos). In www.planalto.gov.br, acesso em 23.05.2006, às 19h50.

presidentes e relatores das demais comissões e das vinte e quatro subcomissões.

Houve também a nona comissão – Comissão de Sistematização – composta por quarenta e nove constituintes⁷⁵¹, a quem cabia organizar o texto, e, ao final dos trabalhos, a Comissão de Redação, presidida pelo presidente da Assembléia Nacional Constituinte e integrada pelo relator da Comissão de Sistematização, por dois vice-presidentes e por vinte e três constituintes, além de contar com assessorias de José Afonso da Silva e Celso Ferreira da Cunha⁷⁵².

Inexistindo um anteprojeto ou projeto prévio que pudesse ser debatido até chegar ao texto final, o principal método utilizado foi o apelo à sociedade por meio de centenas de audiências públicas e recebimento de sugestões e propostas de toda sorte, não só de seus próprios integrantes, como de professores e outros interessados⁷⁵³. Os trabalhos obedeceram à seguinte ordem:

a) as vinte e quatro subcomissões temáticas redigiram as propostas de

⁷⁵¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. RESOLUÇÃO Nº 2, DE 1987. v.331. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 14.05.2006, à 02h50.

⁷⁵²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. p.125. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 15.05.2006, à 01h45.

⁷⁵³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.78, pp.2. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. "Esta Subcomissão recebeu colaboração de vários segmentos da sociedade, traduzida na forma de subsídios e da presença efetiva nas audiências públicas que realizou, em nome próprio ou por representantes de instituições ou de entidade". (trecho do relatório que acompanha as propostas de redações dos dispositivos que veiculam direitos e garantias individuais). In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 15.05.2006, à 01h48.

dispositivos constitucionais;

b) as comissões temáticas reuniram as propostas e formaram os Capítulos da nova Constituição;

c) a Comissão de Sistematização elaborou os Títulos, concluindo o Projeto de Constituição;

d) o Projeto de Constituição, assim elaborado, foi votado pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte e pela Comissão de Redação⁷⁵⁴.

2.3. O Anteprojeto da Subcomissão I-c

A Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Comissão I – se subdividiu nas seguintes Subcomissões: a) da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; b) Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias; c) Direitos e Garantias Individuais⁷⁵⁵, esta última identificada como Subcomissão I-c.

Em 08.04.1987, esta Subcomissão iniciou suas atividades buscando nomes de representantes de entidades privadas para comparecer ao plenário a fim de fornecer subsídios para os trabalhos, cujo prazo se encerrou em 15 do mesmo mês⁷⁵⁶.

A primeira audiência pública – de um total de dez até 23 de maio⁷⁵⁷ –

⁷⁵⁴RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional* (Introdução). v.1. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁵⁵RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.3, pp.1/10. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁵⁶RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.3, pp.8/10. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁵⁷RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional* (Introdução). v.1, pp.8/10. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

ocorreu em 23 de abril, e nela foram colhidos subsídios para elaborar o Anteprojeto do Capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, o qual foi apresentado pelo relator, constituinte Darcy Pozza, assim dispondo sobre a eficácia das normas que os definem⁷⁵⁸:

Art. (...) São direitos e garantias individuais.

(...).

§ 35. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão de ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal.

Durante o mês de maio, mais precisamente entre os dias 15 e 20, foram apresentadas várias emendas de redação, destacando-se as de nº 1C0096-2, da constituinte Anna Maria Rattes, e 1C0249-3, do constituinte Fernando Henrique Cardoso, respectivamente:

§ 35. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão de ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal. Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional; verificando-se a inexistência ou omissão da lei, o Tribunal proporá ao poder competente a promulgação de norma que venha a suprir a falta⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.78, pp.15/16. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 02.05.2006, às 08h13.

⁷⁵⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.79, p.139. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 02.05.2006, às 08h20.

—

§ 36. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional. Se a falta ou omissão da lei impossibilitar a plenitude da eficácia de norma constitucional os tribunais superiores deverão baixar norma provisória até o preenchimento dessa lacuna pelo Poder competente⁷⁶⁰.

Em sua justificativa para a emenda, disse a constituinte Anna Rattes:

O reconhecimento do direito do cidadão impetrar mandado de injunção para garantir direito assegurado constitucionalmente não deve implicar na omissão de preceito que redunde na obrigatoriedade de edição de norma que venha a suprir a sua falta.

Além disso, entendemos que o instrumento normativo, proposto como complementação a este parágrafo, deva ser aplicável a todo o conjunto das normas que estabelecem os direitos e garantias individuais, dada a sua importância jurídica.

Extrai-se de sua exposição de motivos que, primeiramente, reconheceu que nem todas as normas constitucionais são completas, por isso propôs a criação do mandado de injunção, sem prejuízo da obrigação do poder competente editar as normas para suprir as lacunas.

Em segundo lugar, destaca-se que sua intenção era conferir eficácia imediata e total para "*todo o conjunto das normas que estabelecem os direitos e garantias individuais*", não cogitando do mesmo efeito quanto às demais normas constitucionais.

⁷⁶⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.79, p.333. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 02.05.2006, às 08h30.

Por sua vez, Fernando Henrique Cardoso buscou "assegurar efetivamente a auto-aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais", simplesmente por meio da atuação do Poder Judiciário, que poderia suprir as lacunas que encontrasse.

Partes das emendas foram acolhidas em 23 do mesmo mês, mas restaram divididas em dois parágrafos, cabendo ao § 36 dispor que "Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata", e ao § 37, disciplinar o mandado de injunção^{761 762}.

Em 11 de junho de 1987, venceria o prazo para as comissões concluírem seus trabalhos e ultimar os substitutivos dos anteprojetos aprovados pelas subcomissões. O da Subcomissão I-c foi concluído com quatro dias de atraso⁷⁶³.

2.4. Projeto da Comissão I

Submetido ao crivo da Comissão, o Anteprojeto foi aprovado e

⁷⁶¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.81, p.15. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 03.05.2006, às 08h33. Houve outras propostas, inclusive de outras subcomissões, como a da Subcomissão I-b, que tratava dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias, com o seguinte teor: "Art. 40. Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá requerer ao Judiciário a aplicação direta do direito assegurado". BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.b. Subcomissão dos Direitos e Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias)*. Relator constituinte Lysâneas Maciel. v.77, p.16. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 03.05.2006, às 08h40.

⁷⁶²Para mais detalhes sobre o mandado de injunção, cfr.: FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁷⁶³RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.I. In *Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

transformado em Projeto em 15.06.1987. As garantias constitucionais integraram o Título III que continha três Capítulos – instrumentos jurídicos, defensor do povo e tribunal de garantias constitucionais –, cabendo ao art. 29, no Terceiro Capítulo, dispor sobre a eficácia das normas que definem direitos e garantias fundamentais com a expressão "*direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição*".⁷⁶⁴

Art. 29. Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da Nação, ou constantes de Declarações Internacionais assinadas pelo País.

§ 1º. As normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 2º. Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o

⁷⁶⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Relator constituinte José Paulo Bizol. v.69, p.23. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 04.05.2006, às 23h30. Antecedendo o texto do Projeto, o relator fez uma nota de apresentação da qual se extrai: "A Comissão de Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher tem o orgulho de entregar a Comissão de Sistematização um documento histórico. Escolhido de algumas deficiências que certamente passaram despercebidas, acreditamos que o Povo do Brasil pode se orgulhar de nosso trabalho. Neste momento, estamos transferindo à Comissão de Sistematização uma responsabilidade incontornável: ou assume, aperfeiçoando, ou elabora um documento superior, mantendo o espírito humanista, social, político e jurídico de nosso Substitutivo, substância esta que consideramos intocável. Para nós, a terceira alternativa, que consiste na substituição por documento compositivo e estrategicamente elástico e ambíguo, não poderá passar sem a nossa denúncia. Estamos igualmente preparados para abraçar a causa de um documento superior e para repudiar a causa de um documento concessivo, que, a pretexto de agradar a todos, agraciará apenas às insensíveis e desumanas expectativas dos poucos brasileiros em torno dos quais se concentra a renda nacional. E para que tudo isso não fique apenas no que foi dito, mas não foi feito, publicaremos em forma de livro o nosso Substitutivo e o debate que em torno dele se travou, a fim de que todos os brasileiros possam confrontar o nosso trabalho com o texto que integrar a nova Constituição, a partir do pressuposto de que, tudo que estamos fazendo como constituintes deve converter-se em informação ao alcance de todos. A hora nacional é assim, a de assunção total das responsabilidades".

País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Tribunal de Garantia dos Direitos Constitucionais.

Sinteticamente, esse Projeto da Comissão tinha a seguinte estrutura dividido em quatro Títulos:

TÍTULO I: DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS		
Capítulo I	Dos direitos individuais	Arts. 1º a 3º
Capítulo II	Direitos coletivos	Art. 4º
Capítulo III	Direitos políticos	Arts. 5º a 7º
TÍTULO II: DOS FUNDAMENTOS DA NAÇÃO		
Capítulo I	Do povo e da nacionalidade	Arts. 8º a 12
Capítulo II	Da soberania do povo	Arts. 13 a 16
Capítulo III	Do Estado e de suas relações com a sociedade	Arts. 17 a 23
Capítulo IV	Do Estado e de suas relações com os demais estados e organismos internacionais	Arts. 24 a 28
TÍTULO III: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS		
Capítulo I	Dos instrumentos jurídicos	Arts. 29 a 39
Capítulo II	Da defensoria do povo	Art. 40
Capítulo III	Do tribunal de garantias dos direitos constitucionais	Arts. 41 a 42
TÍTULO IV: DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS		
Capítulo I	Das disposições gerais	Arts. 43 a 48
Capítulo II	Da anistia	Art. 49

A norma consagradora da eficácia imediata dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais constava do Capítulo III, junto com os demais instrumentos de garantia, o que parece conferir-lhe certa autonomia para permitir interpretação extensiva e considerar, também, imediatamente aplicáveis as normas sobre nacionalidade, a despeito de constarem de outro capítulo, porque não deixam de ser direito do indivíduo.

Aprovado, o Projeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e

Garantias do Homem e da Mulher foi remetido para a Comissão de Sistematização, encerrando-se, assim, as discussões preambulares⁷⁶⁵.

2.5. Projeto do relator da Comissão de Sistematização

Excetuando-se a Comissão da Ordem Econômica, todas as demais entregaram seus projetos parciais à Comissão de Sistematização no prazo regimental – 14 de junho de 1987 –, formando-se em 26.06.1987 o Projeto de Constituição do relator da Comissão de Sistematização com 496 artigos⁷⁶⁶.

Esse Projeto recebeu 5.624 emendas, das quais o relator apreciou apenas 977, que eram emendas de adequação de texto ou de forma, dispondo, ao final, sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no art. 31, do Título III, dedicado às Garantias Constitucionais⁷⁶⁷.

Uma das emendas populares, a de nº 00056-3, de 19.08.1987, conferia ao povo "*o direito de participar da administração*", dispondo, especialmente, sobre como proceder em caso de falta de norma necessária para emprestar eficácia jurídica a determinada norma constitucional, nos seguintes termos:

Art. Na falta de lei que torne eficaz uma norma constitucional, qualquer entidade associativa de âmbito nacional pode requerer ao

⁷⁶⁵RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.1. In *Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁶⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 16h22.

⁷⁶⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I, p.12. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 22h57.

poder legislativo a regulamentação da norma.

§ único. Caso a regulamentação não se dê no prazo de 90 dias, o poder judiciário definirá sua aplicação dentro dos princípios gerais desta norma e da Constituição.

Rejeitando algumas e acolhendo outras, o relator concluiu a redação do Projeto de Constituição da Comissão de sistematização, no qual dispôs sobre a eficácia das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais da seguinte forma:

Art. 31. Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da Nação, ou constantes de Declarações Internacionais assinadas pelo País.

§ 1º. As normas que definem esses direitos, liberdades, garantias e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 2º. Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Tribunal de Garantia dos Direitos Constitucionais.

A estrutura do Projeto, quanto aos direitos e garantias fundamentais, separava-os em dois títulos distintos, cabendo ao primeiro, com cinco capítulos, a disciplina dos direitos, e ao segundo, com dois, a disciplina das garantias:

TÍTULO II: DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS		
Capítulo I	Dos direitos individuais	Art. 12
Capítulo II	Direitos sociais	Arts. 13 a 16
Capítulo III	Direitos coletivos	Art. 17
Capítulo IV	Da nacionalidade	Arts. 18 a 22

Capítulo V	Soberania popular	Arts. 23 a 30
TÍTULO III: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS		
Capítulo I	Disposições gerais	Arts. 31 a 42
Capítulo II	Da defensoria do povo	Arts. 43 a 48

Com essa estrutura, o Projeto foi remetido ao plenário da Assembléia Nacional Constituinte por meio do ofício nº P-034/87, de 14 de julho do mesmo ano, onde permaneceu aguardando emendas pelo prazo de trinta dias⁷⁶⁸.

2.6. Substitutivos do relator da Comissão de Sistematização

2.6.1. Primeiro Substitutivo

No prazo regimental de trinta dias, foram apresentadas, em plenário, 20.791 emendas, sendo 122 populares e 5.237 que vieram transferidas da fase anterior por não terem sido apreciadas pelo relator⁷⁶⁹.

Essas emendas foram objeto de debates e discussões em plenário, até que, finalmente, em 26 de agosto o relator emitiu parecer rejeitando as populares e, ao mesmo tempo, encaminhou à Comissão de Sistematização um Substitutivo com 305 artigos permanentes e 69, transitórios, com a seguinte estrutura quanto aos direitos fundamentais⁷⁷⁰:

⁷⁶⁸RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional. v.1. In Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁶⁹RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional. v.1. In Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁷⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Primeiro substitutivo do Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.235.

TÍTULO II: DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS		
Capítulo I	Dos direitos individuais	Art. 6º
Capítulo II	Direitos sociais	Arts. 7º a 10
Capítulo III	Da nacionalidade	Arts. 11 e 12
Capítulo IV	Direitos políticos	Arts. 13 a 17
Capítulo V	Partidos políticos	Art. 18
TÍTULO III: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS		
Capítulo I	Disposições gerais	Arts. 19 a 26
Capítulo II	Defensor do povo	Art. 27

Não explicitando as razões em seu relatório, o relator concluiu a redação final do substitutivo sem incluir norma que assegurasse imediata eficácia para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais⁷⁷¹.

2.6.2. Emendas ao primeiro Substitutivo do relator

Em 31.08.1987, iniciou-se o prazo para emendas ao Substitutivo do relator, tendo sido apresentadas 14.320, numeradas de 20.792 a 35.111⁷⁷². Notando a omissão no Substitutivo, de norma que dispusesse sobre a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, o constituinte Gastone Righi ofereceu, em 02.09.1987, a Emenda nº 27361-2 para incluir no "Título II. Dos Direitos e Liberdades Fundamentais, as seguintes disposições gerais sobre direitos e

Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 23h27.

⁷⁷¹OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. *Projeto de constituição angustia o país*. São Paulo: Vera Cruz, 1987. Neste trabalho com 209 páginas, o autor "historia a gênese da Constituinte, analisa seus trabalhos em adiantada elaboração, aponta o impasse a que se chegou e propõe solução concreta, serena, equilibrada dentro da lei e sem traumas", conforme consta em seqüência ao seu título.

⁷⁷²RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.1. In *Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993. Essas emendas ocupam os volumes 236 a 239 do arquivo eletrônico. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, às 08h53.

garantias”:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; são interpretadas e integradas à luz das declarações internacionais de direitos, das quais o Brasil seja signatário.

As restrições legais a direitos, liberdades e garantias limitam-se ao necessário para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos; devem possuir caráter geral e abstrato, e não podem ter efeito retroativo.⁷⁷³

Na justificativa, dizia o autor da emenda que *“esses artigos enunciam princípios gerais, que devem proceder à declaração dos direitos e garantias”*, mas a proposta foi considerada inadequada e, por isso, rejeitada⁷⁷⁴.

Em 04.09.1987 foi a vez do constituinte José Paulo Bisol, que apresentou um conjunto de emendas quanto aos direitos fundamentais – por exemplo, ES32061-1⁷⁷⁵, incluindo um Capítulo específico sobre direitos coletivos, e a ES32068-8⁷⁷⁶, instituindo o Tribunal de Garantias Constitucionais.

Nesse conjunto, ofereceu também a emenda modificativa nº ES32070

⁷⁷³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. v.III, p.1606. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.238, p.71. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h00.

⁷⁷⁴BRASIL. SENADO FEDERAL. *Bases históricas do Congresso Nacional*. In <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=58067&sgBase=APEM&q=27361>, acesso em 05.05.2006, às 02h11.

⁷⁷⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.239, pp.214/215. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 21h56.

⁷⁷⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.239, p.217. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 21h56.

inserindo no Título III, que trata das Garantias Constitucionais, o Capítulo I – Dos Instrumentos Jurídicos – dele constando⁷⁷⁷:

Art. 19. Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da Nação, ou constantes de Declarações Internacionais assinadas pelo País.

§ 1º. As normas que definem esses direitos, liberdades, garantias e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 2º. Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Tribunal de Garantia dos Direitos Constitucionais.

O constituinte Antonio Mariz deu sua contribuição ao apresentar, em 05.09.1987, a emenda nº ES33984 que, com três Títulos, dedicava o Título III para tratar das garantias constitucionais assim dispondo⁷⁷⁸:

Art. 34. As normas que definem os direitos, liberdades, garantias e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 1º. Incumbe aos Poderes Públicos promover as condições para que a igualdade e a liberdade sejam reais e efetivas, removendo-se os obstáculos de ordem econômica e social que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica, social e cultural do País.

§ 2º. Na falta de leis, decretos ou atos necessários à aplicação dessas

⁷⁷⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.239, pp.218/219. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 21h56.

⁷⁷⁸BRASIL. SENADO FEDERAL. *Bases históricas do Congresso Nacional*. In <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=72120&sgBase=APEM&q=33984>, acesso em 05.05.2006, à 01h50.

normas, o juiz ou tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das declarações internacionais de que o Brasil seja signatário.

Outras tantas emendas foram apresentadas, quase todas no mesmo sentido, tentando inserir no texto da futura Constituição norma que assegurasse eficácia imediata para os direitos e garantias fundamentais.

2.6.3. Segundo Substitutivo

Ao concluir o exame das emendas, o relator concluiu, também, pela necessidade de oferecer um segundo Substitutivo, fazendo-o em 19 do mesmo mês com 336 artigos, sendo 264 permanentes e 72 disposições transitórias⁷⁷⁹, de cujo texto de apresentação se extrai:

Seguindo o rumo que o constitucionalismo tem modernamente sugerido, o texto é aberto com o estabelecimento dos princípios, direitos, liberdades e garantias fundamentais. Depois de tantas décadas de Constituições voltadas precipuamente para a estruturação do Estado e de suas prerrogativas, tem-se, nas mais recentes Leis Magnas, outorgado preponderância à Carta de Direitos do indivíduo, assim relembrando, sugestivamente, ser ele o ponto de partida e de chegada de uma ordem jurídica efetivamente justa. Destaque-se ter sido no Projeto eloqüentemente enriquecido, em número, quantidade e mecanismos assecuratórios, o estatuto dos direitos básicos, quando se faz o confronto com o ora vigente⁷⁸⁰.

Para dar ênfase aos direitos e garantias fundamentais, manteve-os no

⁷⁷⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo Substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.242. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 22h09.

⁷⁸⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo Substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.242, p.4. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 22h24.

Título II, sob a mesma epígrafe, *Direitos e Liberdades Fundamentais*, mas, quanto aos Capítulos, inovou ao incluir no primeiro os direitos coletivos, ao lado dos direitos individuais, acolhendo-se, assim, a Emenda nº ES32068-8 do constituinte Paulo Bizo⁷⁸¹.

Dividido em Títulos e Capítulos, o substitutivo final ficou com a seguinte estrutura quanto aos direitos e garantias fundamentais⁷⁸²:

TÍTULO II: DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS		
Capítulo I	Direitos individuais e coletivos	Art. 5º
Capítulo II	Direitos sociais	Arts. 6º a 10
Capítulo III	Da nacionalidade	Arts. 11 e 12
Capítulo IV	Direitos políticos	Arts. 13 a 15
Capítulo V	Partidos políticos	Art. 16

Mantendo-se omissos como o primeiro Substitutivo, este também não continha dispositivo que assegurasse imediata eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Inclusive, suprimiu o Título que tratava *das garantias constitucionais*.

2.6.4. Emendas aos Substitutivos e ao Projeto (A)

Entre 21 e 22 de setembro de 1987, abriu-se oportunidade para qualquer constituinte requerer destaque de emenda ao Projeto e aos

⁷⁸¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.239, p.217. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 20.05.2006, às 22h31.

⁷⁸²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo Substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.242. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, a 00h16.

Substitutivos, contabilizando-se 8.377 requerimentos⁷⁸³, os quais, depois de analisados pela Comissão de Sistematização, provocaram a necessidade de um segundo Substitutivo.

Dentre as emendas, a de nº ES27361-2 do constituinte Gastone Righi propunha que se inserisse na Constituição dispositivo dispondo que "*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*"⁷⁸⁴.

Com as emendas, o Substitutivo passaria a conter norma atribuindo eficácia imediata aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente quanto aos direitos individuais e coletivos⁷⁸⁵.

⁷⁸³O que parece ser ato de "bondade" da Comissão de Sistematização, na verdade foi produto das divergências que vinham se tornando cada vez mais notórias entre os constituintes que se sentiam alijados do processo constituinte. Neste sentido, cfr.: OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. p.13. Brasília: Senado Federal, 1993). "*No decorrer dos trabalhos da Comissão de Sistematização, foram se consolidando manifestações político-ideológicas divergentes de grande vulto, as quais trouxeram transtornos à condução dos trabalhos nos prazos previstos inicialmente, que tinha o 15 de novembro de 1987 reservado para a promulgação do texto. Diante das evidências, tentou-se encontrar soluções emergenciais, como a de reduzir de dois para um turno no Plenário a votação final e, ainda, a de fazer funcionarem, simultaneamente, os trabalhos da Sistematização e do Plenário. Tudo sem sucesso. A dança das datas estipuladas para o fim dos trabalhos na Comissão de Sistematização (foram pelo menos 5 delas: primeiramente 17/9, adiada para 28/10 e 30/11, depois recuada para 17/11 e, por fim, para 18/11) e a faculdade de apresentação de emendas para todos os constituintes, e não só para os membros da Comissão, e a apresentação de um segundo substitutivo, inicialmente não previsto, são indicadores das tentativas de acomodação dos problemas.*"

⁷⁸⁴A emenda, no entanto, acabaria sendo rejeitada, por isso foram relevantes os Destaques nº 001082 e 003860, pelos quais se tentavam resgatar e manter na Constituição os §§ 1º e 2º do art. 31 do Projeto da Comissão de Sistematização, que haviam sido suprimidos nos substitutivos do relator. Esses Destaques foram votados em janeiro de 1988, rejeitando-se o primeiro, mas acolhendo o segundo, conforme se verá no item "2.6.6. Dois destaques importantes" deste trabalho.

⁷⁸⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Substitutivo da Comissão de Sistematização às Emendas de Plenário, referente a: 1) preâmbulo; 2) Título I; 3) Título II; 4) Título III*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.245. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 21.05.2006, a 00h06.

Portanto, teriam que ser votados o Projeto inicial, os dois Substitutivos e os Destaques⁷⁸⁶. Essa fase foi concluída em 18 de novembro de 1987, totalizando 535 votações e resultando o que se denominou de *Projeto (A)* de Constituição, com 1.800 dispositivos⁷⁸⁷ entre artigos, parágrafos, alíneas e incisos, distribuídos por 271 artigos permanentes e 63 disposições transitórias⁷⁸⁸.

2.7. Criação do Centrão e novas emendas

Em 05.01.1988 sobreveio significativo fato novo como resultado de divergências de vulto entre os membros da Assembléia Nacional Constituinte, particularmente por razões ideológicas: surgiu o que se convencionou chamar de *Centrão*⁷⁸⁹ que, em poucas palavras, pode-se explicar como uma manobra levada a efeito por um grupo de constituintes que pregavam maior liberdade na apresentação de emendas ao Projeto de Constituição.

A principal conseqüência desses conflitos foi a emenda ao Regimento da ANC, apresentada pelo Centrão, em 11-11-87, que, votada e aprovada, em globo, em 3 de dezembro, mudou o Regimento, até então em vigor, em dois pontos: tornou possível, para a maioria absoluta (metade da soma de 487 e 72, mais um = 280), apresentar emendas modificativas, substitutivas e supressivas para títulos,

⁷⁸⁶RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.1. In *Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁸⁷RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.1. In *Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁷⁸⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização*. v.251. Brasília: Câmara dos Deputados, novembro/1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, às 10h07.

⁷⁸⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. RESOLUÇÃO Nº 3, de 05.01.1988. v.340. Brasília: Câmara dos Deputados, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 02h12.

capítulos e seções; e inverter a necessidade da maioria: os antes exigidos 280 votos para mudar o que viesse da Sistematização passaram a ser necessários para incluir, modificar ou manter qualquer parte do projeto. Assim, todo e qualquer dispositivo passou a demandar maioria absoluta⁷⁹⁰.

Fiel ao seu propósito, a partir de 07.01.1988 o Centrão começou a receber – e recebeu 2.045 – emendas e oferecê-las diretamente ao plenário da Assembléia Nacional Constituinte, dentre as quais a de nº 2P01032-6, de 13.01.1988, do constituinte José Alfredo Costa Campos, que dava nova redação ao dispositivo e suprimia o parágrafo seguinte, do seguinte teor⁷⁹¹:

Art. 6º.

§ 5º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cabendo ação de inconstitucionalidade contra ato que fira preceito desta Constituição e nos casos da não-edição, pelos poderes públicos, das normas e atos que visem assegurar os direitos e garantias de que se trata.

Como justificativa para a proposta, disse o constituinte:

É importante que nossa Constituição possa assegurar o pleno exercício daqueles direitos e garantias fundamentais que enumera.

Os parágrafos 5º e 6º, ora enumerados, salvo melhor juízo, deveriam conter-se em um só enunciado, com o que se obtém disciplinamento integral de matéria correlata, sem qualquer incongruência.

De outro lado, amplia-se o campo da ação de inconstitucionalidade, estendendo-a aos casos de inércia dos poderes públicos, na hipótese de não-edição por estes das normas e atos que visam assegurar

⁷⁹⁰OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. p.13. Brasília: Senado Federal, 1993).

⁷⁹¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em plenário. v.II. Emendas nº 2P00949-2 a 2P02045-8. v.255, p.36. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 21h55.*

direitos e garantias fundamentais listados no texto constitucional.

Ainda em janeiro, essa emenda recebeu parecer favorável do relator⁷⁹².

Por sua vez, o constituinte Rachid Saldanha Derzi tinha visão, de certo modo, diversa quanto aos direitos fundamentais, optando por atribuir maior liberdade ao legislador ordinário para regulamentá-los, como se vê da Emenda nº 2P01960-9, de 13.01.1988⁷⁹³:

§ 6º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terão aplicação imediata desde que sejam cumpridos os deveres correspondentes expressos em algumas delas, e os deveres a serem estabelecidos pela legislação ordinária.

Na justificativa da emenda, o seu autor ressaltou a necessidade de vincular o exercício de direitos fundamentais ao cumprimento de deveres correspondentes:

A presente emenda é uma sugestão, muito oportuna, do ilustre Professor Homero Coutinho, do Rio de Janeiro, que nos lembra ser necessário deixar claro que precisam ser definidos os deveres dos cidadãos para que eles possam reivindicar, conscientemente, os direitos estabelecidos neste artigo.

Por exemplo o parágrafo 43 diz que: "Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público independente de autorização...". Este é realmente um direito importante desde que sejam fixados os deveres dos indivíduos que promovam a reunião de respeitarem as opiniões de manifestantes contrários, de manter íntegro o patrimônio público ou privado do local onde se realiza a reunião e outras exigências que a lei vier fixar.

⁷⁹²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Relatório sobre emendas oferecidas em plenário*. v.259, p.70. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 21.05.2006, a 00h36.

⁷⁹³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em plenário*. v.II. Emendas nº 2P00949-2 a 2P02045-8. v.255, p.371. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 22h01.

Devemos, pois, deixar à legislação ordinária a tarefa de definir, com clareza, as obrigações a que estão sujeitos os beneficiários dos direitos individuais e coletivos que não estão explicitados no presente título.

Segundo esta exposição – a despeito de determinar eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – a preocupação maior do autor da proposta era vincular o exercício dos direitos ou garantias ao cumprimento de obrigações a serem fixadas por lei. Justamente por isso, a emenda recebeu parecer contrário da Comissão:

Pretende a Emenda aditar ao § 6º do art. 6º do Projeto de Constituição a especificação de que os direitos e as garantias fundamentais só sejam assegurados quando, por outro lado, se verifique o cumprimento dos deveres correspondentes, expressos na Constituição e na legislação ordinária.

É evidente que, se a Constituição ou a lei estabelecer deveres para o gozo de determinado direito, só com o cumprimento dos primeiros poder-se-á exigir o segundo. Essa equação faz parte do próprio equilíbrio jurídico, sem o qual a vida em sociedade seria inviável. Pela rejeição⁷⁹⁴.

Comparando-se o Projeto da Comissão de Sistematização e os dois Substitutivos, percebe-se que estes dois não continham norma acerca da eficácia dos direitos fundamentais, ao contrário do primeiro que, por ser resultado do trabalho da Subcomissão encampado pela Comissão I-c – Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – representava melhor a vontade popular.

Suas estruturas eram as seguintes, quanto aos direitos fundamentais:

⁷⁹⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Relatório sobre emendas oferecidas em plenário*. v.259, p.127. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 21.05.2006, a 00h38.

PROJETO DA COMISSÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO
Capítulo I Dos direitos individuais (Art. 12)	Capítulo I Dos direitos individuais (Art. 6º)	Capítulo I Dos direitos individuais e coletivos (Art. 5º)
Capítulo II Direitos sociais (Arts. 13 a 16)	Capítulo II Direitos sociais (Arts. 7º a 10)	Capítulo II Direitos sociais (Arts. 6º a 10)
Capítulo III Direitos coletivos (Art. 17)	Capítulo III Nacionalidade (Arts. 11 e 12)	Capítulo III Nacionalidade (Arts. 11 e 12)
Capítulo IV Da nacionalidade (Arts. 18 a 22)	Capítulo IV Direitos políticos (Arts. 13 a 17)	Capítulo IV Direitos políticos (Arts. 13 a 15)
Capítulo V Soberania popular (Arts. 23 a 30)	Capítulo V Partidos políticos (Art. 18)	Capítulo V Partidos políticos (Art. 16)
	TÍTULO III: DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS Capítulo I Disposições gerais (arts. 19 a 26) Capítulo II Defensor do povo (art. 27)	

Merece relembrar que a Emenda nº ES27361-2 do constituinte Gastone Righi acabaria sendo aprovada em janeiro de 1988 e inseriria dispositivo no Segundo Substitutivo conferindo eficácia imediata para os direitos e garantias fundamentais, como consta em mais detalhes nos tópicos a seguir que tratam de "*Dois destaques importantes*".

2.8. Dois destaques importantes

2.8.1. Noções

Em 27.01.1988, iniciou-se o cronograma de votação das emendas ao Projeto de Constituição e aos Substitutivos⁷⁹⁵. Dentre as várias emendas e destaques, dois merecem relevo em face da importância para a compreensão

⁷⁹⁵RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional. v.1. In Cronologia dos trabalhos na Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

da *mens legislatoris* acerca da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive para explicar por que é um parágrafo do atual artigo 5º, ao invés de ser um artigo autônomo.

Trata-se do Destaque nº 001082-87, do constituinte Vilson Souza, "*que mantém o § 1º do art. 31 do projeto de Constituição (art. 5º, § 55 do Substitutivo nº 2)*", e do Destaque nº 003860-87 à Emenda nº ES27861-2, do constituinte Gastone Righi, "*que acrescenta artigo ao Título II do Substitutivo nº 1 (art. 5º, § 55, do Substitutivo n.2)*".

2.8.2. Destaque nº 001082-87

O Destaque nº 001082 tentava resgatar e manter na Constituição os §§ 1º e 2º do art. 31 do Projeto da Comissão de Sistematização⁷⁹⁶ que foram suprimidos nos substitutivos do relator. Como acabou rejeitado, votou-se em seguida o Destaque nº 003860-87, que visava a mesma coisa, mas limitado ao § 1º.

O texto do Projeto da Comissão de Sistematização que se pretendia resgatar com o primeiro Destaque era o seguinte:

Art. 31.(...)

§ 1º. As normas que definem esses direitos, liberdades, garantias e prerrogativas têm eficácia imediata.

§ 2º. Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à

⁷⁹⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. *Relação dos Destaques Oferecidos ao Projeto de Constituição*. v.243, p.21. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 11h03. Erroneamente, consta dessa página que o Destaque alcançava os §§ 1º, 2º e 3º do art. 31, o qual só tinha dois parágrafos, tanto que o próprio autor, ao se manifestar oralmente em defesa de sua proposta, limitou-se apenas a esses, conforme constam dos debates registrados nas páginas 1103 a 1105 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988.

*aplicação dessas normas, o juiz ou tribunal competente para o julgamento suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Tribunal de Garantia dos Direitos Constitucionais*⁷⁹⁷.

Iniciada a votação, o presidente em exercício da Comissão, constituinte Brandão Monteiro, anunciou o que seria votado nos seguintes termos⁷⁹⁸:

Em votação o Destaque nº 1082, requerido pelo Constituinte Vilson Souza, referente ao § 1º e parte do § 2º do projeto de Constituição. É aditivo ao § 55 referente à expressão "recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Supremo Tribunal Federal".

Em defesa de sua proposta, o autor se manifestou deixando claro que a intenção era trazer de volta a norma suprimida para que não se repetisse com a novel Constituição o que havia ocorrido com alguns direitos dos trabalhadores, constantes da Constituição de 1946, que nunca puderam ser exercidos porque nunca foram regulamentados, como a participação no lucro da empresa. Essas são suas palavras:

O SR. CONSTITUINTE VILSON SOUZA. Sr. Presidente, sras. e srs. constituintes, o capítulo que estamos votando, "Dos Direitos e Garantias Individuais", certamente é um dos mais importantes do moderno constitucionalismo e da futura constituição. Sugerimos direitos e garantias individuais, como declaração formal do Estado, com a Revolução Francesa. E, numa feliz observação, o filósofo político tcheco Kantrowiky: diz que aí nasceu a moderna democracia. Porque na vigência do Antigo Regime, no absolutismo, a sociedade

⁷⁹⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I, p.12. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 22h57.

⁷⁹⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1103. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

estava como que presa ao corpo político do rei, não havia diferenciação entre seu corpo físico e seu corpo político. A sociedade e o Estado viviam como que presos. Tanto que até hoje a expressão "vontade do príncipe" continua a informar a orientação do nosso Direito Administrativo.

É importante, conseqüentemente, que as Constituições democráticas façam, efetivamente, essa separação reconhecendo ao cidadão e ao indivíduo direitos e garantias, e estabelecendo, já no diploma constitucional, os limites mínimos de atuação do Estado, limites dos quais O Estado não pode passar.

Mas, para que esses direitos e essas garantias constitucionalmente declarados tenham eficácia, há necessidade de que a Constituição não seja pura e simplesmente um diploma retórico; há necessidade de que os direitos e as garantias declarados pela Constituição tenham eficácia imediata.

E minha emenda visa efetivamente a recuperar o § 1º do art. 31 do Projeto de Constituição, que, por sua vez, repete o art. 10 do projeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos⁷⁹⁹.

Em certo trecho, o autor foi enfático: *"há necessidade de que os direitos e as garantias declarados pela Constituição tenham eficácia imediata."* Na seqüência, depois de reproduzir os dois parágrafos que pretendia ver incluídos na Constituição, acrescentou:

Sabemos que a Constituição de 1946 assegurava ao trabalhador participação nos lucros das empresas, bem como o seguro-desemprego. Mas, por falta de norma, de um dispositivo constitucional que tornasse esses direitos auto-aplicáveis, os trabalhadores deste País não tiveram seu reconhecimento efetivo e concreto.

Estamos elaborando uma constituição e que certamente será das

⁷⁹⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. pp.1103/1104. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

mais democráticas e das mais avançadas. Estabeleceremos normas e garantias para os trabalhadores. Estabeleceremos para os cidadãos normas e garantias de direito à saúde, à educação, à Previdência Social, à manutenção do valor real dos pecúlios e das aposentadorias. Criaremos a nível de Direito Constitucional, o seguro-desemprego e a garantia de um salário mínimo que supra as necessidades básicas do trabalhador. Mas, se não tivermos um dispositivo que torne auto-aplicáveis as normas constitucionais e, ao mesmo tempo, se não reconhecermos ao Poder Judiciário o poder do controle da constitucionalidade dessas normas, esses textos certamente entrarão na história da vida real de brasileiros como mais uma fábula, mais uma declaração de direitos e sem eficácia (Palmas.)⁸⁰⁰.

Neste último parágrafo o autor foi ainda mais incisivo sobre a necessidade de conferir eficácia plena para as normas constitucionais que definem direitos e garantias fundamentais:

Mas, se não tivermos um dispositivo que torne auto-aplicáveis as normas constitucionais e, ao mesmo tempo, se não reconhecermos ao Poder Judiciário o poder do controle da constitucionalidade dessas normas, esses textos certamente entrarão na história da vida real de brasileiros como mais uma fábula, mais uma declaração de direitos e sem eficácia (Palmas.)

O Destaque foi aceito por todos, mas por uma questão meramente formal acabou rejeitado. Explica-se: o relator, constituinte Bernardo Cabral, lembrou que o § 2º versava sobre matéria idêntica do art. 122, §§ 2º e 3º, por isso sugeriu que fosse retirado para ser votado apenas o § 1º. Essas foram suas palavras e com as quais o autor concordou⁸⁰¹:

⁸⁰⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1104. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

⁸⁰¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. pp.1103/1104. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral). Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, a emenda do nobre Constituinte Vilson Souza, conforme patrocínio feito por S. Exa. e pela constituinte Cristina Tavares, compõe-se de dois parágrafos. Quanto ao primeiro, Sr. Presidente, o Relator está de pleno acordo com ele na parte em que diz que as normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata. Quanto ao segundo, Sr. Presidente, este Relator se reporta ao art. 122, §§ 2º e 3º, que tratam da matéria. Desse modo, não correríamos risco de transferir para o tribunal a competência de legislar, que é do Poder Legislativo.

Portanto, peço ao Constituinte Vilson Souza, com quem me ponho de acordo quanto ao § 1º, se concordar com o Relator, que retire o § 2º, porque esse e o § 3º do art. 122, tratam da matéria. Isso, apenas a título de colaboração.

Prosseguindo-se a votação, o constituinte Egydio Ferreira Lima levantou questão de ordem para que fosse lido por inteiro o texto que seria votado, o que foi feito pelo relator assim resumindo⁸⁰²:

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral). Sr. Presidente, o texto que será votado e que se refere ao § 55 é o seguinte: "As normas que definem esses direitos" –, quer dizer, os direitos constantes do Capítulo referente a Liberdades e prerrogativas – "têm eficácia imediata." Só isso, sr. Presidente. O § 2º, que está consubstanciado, mais adiante, no art. 122, §§ 2º e 3º, tratam da matéria no 2º substitutivo. O Presidente está de acordo? Estando de acordo, podemos passar à votação.

Logo, não havia controvérsia sobre a necessidade de se inserir na Constituição um dispositivo determinando que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, só não tendo sido em razão de uma questão de ordem levantada pelo constituinte Oscar Corrêa

⁸⁰²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

nos seguintes termos:

*O SR. CONSTITUINTE OSCAR CORRÊA. Sr. Presidente, não gostaria de ficar contra a maioria do Plenário novamente, mas tenho a impressão de que já há uma decisão de V. Exa. e da Mesa que não permite haver procedimento como este que está sendo adotado pelo Ilustre Relator Bernardo Cabral. Indago de V.Exa. se nossa praxe não tem sido no sentido de não aceitar destaques parciais às emendas apresentadas, quando da discussão e votação da matéria?*⁸⁰³

A questão de ordem foi considerada procedente pelo presidente da Comissão, levando, com isso, à derrota do Destaque como se vê:

*O SR. PRESIDENTE (Jarbas Passarinho). A Questão de ordem de V. Exa. é procedente. Aqui temos decidido que só podemos alterar qualquer tipo de acordo dessa natureza antes da leitura da matéria em votação. De maneira que V. Exa. me constrange ter que tomar a decisão em favor daquela que tem sido a norma e, conseqüentemente, considerar o destaque do Constituinte Vilson Souza, incluindo os §§ 2º e 3º(sic)*⁸⁰⁴.

O constituinte José Maria Eymael ainda tentou reverter a situação, mas não teve sucesso⁸⁰⁵:

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ MARIA EYMAEL. Sr. presidente, data venia, parece-me que a interpretação dada por V. Exa. às normas que foram acordadas, inclusive, entre as lideranças, não é exatamente nos termos formulados por V. Exa. e V. Exa. não imaginou que através do contraditório, no aspecto da defesa e da contrariedade, eventualmente poder-se-ia elucidar a matéria. O que

⁸⁰³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

⁸⁰⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

⁸⁰⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

tem sido estabelecido, inclusive dentro da visão das Lideranças, é que não pode haver alteração, nas matérias a serem apreciadas, uma vez iniciado o processo de votação.

O SR. PRESIDENTE (Jarbas Passarinho). É precisamente a hipótese, Sr. Constituinte. O processo de votação inicia-se quando se declara em votação a matéria, e não quando se tomam os votos. De maneira que a observação de V. Exa. não tem sentido.

O que se viu na seqüência foi a prevalência de simples aspecto formal – preclusão – sobre a importância da norma que não seria incluída na Constituição, deixando vazio muitos direitos e prerrogativas constitucionais⁸⁰⁶:

O SR. CONSTITUINTE VILSON SOUZA. Sr. Presidente, na formulação do destaque não consta o § 3º, do art. 31. A votação limitar-se-ia aos §§ 1º e 2º, nada tendo a ver com o § 3º e com o caput.

O SR. PRESIDENTE (Jarbas Passarinho). Assumi a presidência em plena votação da matéria. Por isso, tive que socorrer-me várias vezes do nobre Relator. V. Exa. pede aprovação para o § 1º e parte do § 2º do art. 31. A questão está em não se poder desdobrar isso. Temos de votar a proposição na íntegra, uma vez que V. Exa. não retirou parte do § 2º antes de a matéria ser colocada em votação. Conseqüentemente, não posso aceder a esse procedimento.

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ LINS. Sr. Presidente, a parte do § 2º é nula.

O SR. PRESIDENTE (Jarbas Passarinho). Sr. Constituinte, a matéria já está decidida. Coloco em votação o destaque, como solicitação: § 1º e parte do § 2º, do art. 31, do Projeto de Constituição. Em votação.

O constituinte Adolfo Oliveira ainda tentou mais uma vez superar o impasse e evitar que o Destaque fosse rejeitado. Sem sucesso, porém⁸⁰⁷:

⁸⁰⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

⁸⁰⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional*

Sr. Presidente, quer-me parecer que o caso representa um fato novo, porque o pedido de destaque foi formulado para dois parágrafos diferentes, em face do parecer do Relator, favorável ao primeiro e contrário ao segundo, porque o autor retirou o segundo. Então, não se trata de mudar a emenda ou o destaque, e é um direito que o autor da emenda ou do destaque tem. Faço, portanto, um apelo a V. Exa. para que encare o problema assim.

O SR. PRESIDENTE (Jarbas Passarinho). Lastimo, mas a matéria já está vencida. Percebo que a maioria o deseja. Realmente, gostaria que assim fosse feito, mas o problema é a abertura de um precedente. Até aqui, temos considerado que todo e qualquer arranjo, combinação e acerto devem ser feitos antes de a matéria ser colocada em votação, o que ocorre quando a matéria é enunciada e não quando se tomam os votos. Prossigamos na votação, por obséquio.

Trinta e cinco constituintes votaram a favor do Destaque, mas os *contra* somaram quarenta e sete votos e o derrotaram⁸⁰⁸.

2.8.3. Destaque nº 003860-87

Na seqüência das votações – a do Destaque nº 001082-97 foi a 86ª –, passou-se à 87ª para votar o Destaque nº 003860-87, do constituinte Gastone Righi, que também buscava resgatar a regra suprimida do Projeto de Constituição, asseguradora de eficácia imediata para as normas que definem direitos e garantias fundamentais.

A pretensão do constituinte era que fosse votada sua proposta de Emenda nº 27361, apresentada em 02.09.1987 e que recebera parecer

Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c). p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.

⁸⁰⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c). p.1105. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 10h30.*

contrário por inadequação, pela qual determinava a inclusão das seguintes disposições gerais no Título II sobre direitos e garantias:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; são interpretadas e integradas à luz das declarações internacionais de direitos, das quais o Brasil seja signatário.

As restrições legais a direitos, liberdades e garantias limitam-se ao necessário para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos; devem possuir caráter geral e abstrato, e não podem ter efeito retroativo⁸⁰⁹.

O autor explicou em plenário que a matéria era a mesma do Destaque anterior e visava "escoimar das emendas que votamos as expressões que todos manifestaram e querem acolher". São dele as seguintes palavras:

Tenho um Destaque de n. 3.860, referente à Emenda n. 27.361, que por equívoco foi classificado como pedido de preferência de destaque onde coubesse neste artigo. Ocorre que se trata, mais apropriadamente, de destaque para o § 55 do art. 5º e se refere exatamente à mesma matéria que acabamos de votar. Tem o condão de, na verdade, escoimar das emendas que votamos as expressões que todos manifestaram e querem acolher⁸¹⁰.

Passando-se à votação, o presidente da Comissão explicou que, em resumo, a emenda rejeitada dizia respeito apenas às expressões "As normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Em votação o Destaque n. 3.860, de autoria do Constituinte Gastone Righi. A Emenda n. 27361-2 se aplica ao § 55 e está alterada por S.

⁸⁰⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. *Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator. v.III)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.238, p.71. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h00.

⁸¹⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h18.

Exa., com base no que a Mesa tem recebido, antes do início da votação. O que se irá definir diz respeito apenas às expressões "As normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata".⁸¹¹

Com a palavra para defender o Destaque, Gastone Righi assim se manifestou:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI. Sr. presidente, Srs. Constituintes, apenas vou reiterar o que se contém na emenda. A discussão que fizemos em torno da última emenda recusada envolvia determinadas definições que o Plenário procurou repudiar. No entanto, o Plenário manifestou, através da concordância tácita de todos, o acatamento ao princípio de que os direitos e garantias fundamentais que estamos votando passem a ter aplicação imediata.

Minha emenda diz apenas que "As normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata".

O povo está a esperar desta Constituinte um diploma que não fique na dependência de leis complementares ou ordinárias que se eternizem. Deseja que, pelo menos, no que diz respeito aos direitos e às garantias fundamentais tenham aplicação imediata, independentemente de postergações, adiamentos ou postulações.

Assim sendo, Sr. Presidente, sugeri ao relator, cuja atenção peço, que, quando da redação final, adote e acople minha emenda na redação final no § 55⁸¹².

O relator Bernardo Cabral apoiou, por entender que a emenda "*recupera a situação anterior que havíamos perdido com a emenda Vilson Souza*"⁸¹³.

⁸¹¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h18.

⁸¹²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h18.

⁸¹³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados,

Quando o Destaque já estava praticamente aprovado para incluir o dispositivo determinando que "*As normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata*", o constituinte Nelson Carneiro interveio dizendo que era incompatível com a Constituição, pois muitos de seus dispositivos dependiam de regulamentação.

Por outros termos, para esse constituinte não havia como determinar eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais se muitas delas dependiam, por expressa previsão na Constituição, da *interpositio legislatoris*. Essas são suas palavras:

*Para que não haja contradição neste texto, vários desses direitos e garantias dependem de lei. Votamos isso. Como vamos dizer que entra em aplicação imediata se dependem de leis? Há uma contradição entre os vários textos que aprovamos e este final*⁸¹⁴.

A irresignação não chegou a ser examinada – como a que prejudicou o Destaque de Vilson de Souza – por preclusão, vez que o constituinte não se "*inscrevera para falar contra a emenda ou levantar questão de ordem*"⁸¹⁵", segundo decidiu o presidente da Comissão, Jarbas Passarinho.

O SR. PRESIDENTE (Jarbas Passarinho). Lastimo que V. Exa. não se tenha inscrito para falar contra a emenda ou levantar questão de ordem. Estamos em pleno processo de votação e vamos permanecer nele.

O Destaque acabou aprovado por oitenta e um votos a favor e dez

1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h18.

⁸¹⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h29.

⁸¹⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h29.

contrários, de modo que podem ser considerados autores da proposta que resultou no atual art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, Gastone Righi e José Alfredo Costa Campos, este por ter apresentado a Emenda nº 2P01032-6⁸¹⁶, aquele, por ter insistido na aprovação da Emenda nº ES27361-2, de sua autoria que tratava do mesmo assunto e que havia sido rejeitada⁸¹⁷.

2.9. Redação em 1º turno do Projeto (A)

Após as votações, em primeiro turno, do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização e dos dois Substitutivos do relator com as respectivas emendas e destaques, que tiveram início em 20.01.1988, a redação final do Projeto (A) de Constituição ficou com a seguinte estrutura quanto aos direitos e garantias fundamentais⁸¹⁸:

TÍTULO II: DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS		
Capítulo I	Direitos individuais e coletivos	Art. 6º
Capítulo II	Direitos sociais	Arts. 7º a 13
Capítulo III	Da nacionalidade	Arts. 14 e 15
Capítulo IV	Direitos políticos	Arts. 16 a 18
Capítulo V	Partidos políticos	Art. 19

⁸¹⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em plenário. v.II. Emendas nº 2P00949-2 a 2P02045-8. v.255, p.36. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 21h55. O texto da emenda era o seguinte: "Art. 6º. § 5º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cabendo ação de inconstitucionalidade contra ato que fira preceito desta Constituição e nos casos da não adição, pelos poderes públicos, das normas e atos que visem assegurar os direitos e garantias de que se trata."*

⁸¹⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Projeto de Constituição. Mapas demonstrativos da matéria aprovada em primeiro turno no plenário. v.293, sessões de 27.01.1988 a 30.06.1988. p.14. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h54.*

⁸¹⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão. v.253, pp.4/14. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h47.*

Nesse Projeto, o art. 6º, § 60, dispunha que *"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"*⁸¹⁹.

2.10. O Substitutivo do Centrão

Sem prejuízo do Projeto aprovado e que seguiria para votação em 2º turno, em 02.02.1988 o Plenário da Assembléia Nacional Constituinte discutiu e votou a Emenda Substitutiva nº 2.038, apresentada pelo constituinte Afif Domingos, do *Centrão*, especificamente quanto ao art. 6º, que tratava dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos⁸²⁰.

Esse dispositivo continha 60 parágrafos, mas não cuidava especificamente da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O que mais se aproximava era o § 59, que assim dispunha⁸²¹:

Art. 6º. A Constituição assegura 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:

§ 59. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, cabendo ao Estado garantir a eficácia desta disposição.

O substitutivo foi votado em bloco, isto é, no seu todo sem se deter ao exame de cada um de seus dispositivos, e foi aprovado com ampla margem de votos, ficando apenas os destaques para posterior votação em

⁸¹⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão.* v.253, p.8. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, às 10h17.

⁸²⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.02.1988.* pp.6759/6763. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, à 01h37.

⁸²¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.02.1988.* p.6761. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, à 01:38 hora.

separado⁸²². Não houve destaque quanto à falta de dispositivo que conferisse eficácia imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, aprovando, assim, a proposta do Centrão.

Dez dias depois –12.02.1988 – a questão voltou a ser objeto de debates em face do Destaque nº 1439 apresentado pelos constituintes Gastone Righi e Costa Campos para que fosse aprovada a inclusão, na Constituição, da norma asseguradora da plena eficácia dos direitos fundamentais, que fora suprimida no Substitutivo do Centrão. O Destaque era o seguinte:

*Senhor Presidente, requeiro, nos termos dos arts. 4º e 7º da Resolução nº 3, de 1988, destaque para aprovação do § 60 do art. 6º do Projeto de Constituição (A) (sistematização).*⁸²³

A respeito, disse o presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães⁸²⁴:

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães). Emenda do nobre Constituinte Gastone Righi. O nobre Líder Gastone Righi deseja manter, no § 60, que é o último parágrafo subordinado ao art. 6º... S. Exa. deseja o retorno ao § 60 do projeto.

O § 60 do projeto tem esta conceituação: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Essa redação foi suprimida do "Centrão".

(...)

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães). Há uma co-autoria quanto à

⁸²²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.02.1988*. p.6761. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 07.05.2006, a 00h26.

⁸²³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988*. p.7313. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, às 10h24.

⁸²⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988*. pp.7313/7314. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 07.05.2006, a 00h48.

redação do § 60, art. 6º do Projeto. É uma co-autoria do Gastone Righi, José Costa e Alfredo Campos. Vamos passar à votação do texto, que é o retorno do que tinha sido excluído no texto do "Centrão". Ou seja, volta-se ao que constava no texto do Projeto da Comissão de Sistematização, que postula a auto-aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, a emenda objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposição.

Antes de iniciar a votação o constituinte José Costa se manifestou sobre o Requerimento de Destaque⁸²⁵:

O Sr. Presidente Ulysses Guimarães já declarou o que deseja. É a imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, na forma do que está estabelecido no texto da Comissão de Sistematização, fundido com emenda do Constituinte Alfredo Campos, que diz o seguinte:

"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata..."

Isso em verdade significa que o não-cumprimento dessas regras autoriza a utilização da ação direta de declaração de inconstitucionalidade prevista no § 55 do mesmo artigo. De modo que é um dispositivo não diria redundante, mas óbvio, essencial para a garantia dos direitos fundamentais de natureza supra-estatal ou não, absolutos ou não, consagrados na Constituição⁸²⁶.

Gastone Righi, por sua vez, explicou que sua intenção era restabelecer o texto da Comissão de Sistematização por não se justificar *"que os direitos e*

⁸²⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988*. p.7314. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 07.05.2006, a 00h48.

⁸²⁶Convém recordar que o constituinte Gastone Righi já havia apresentado em outra oportunidade a Emenda nº 27361 com o mesmo conteúdo, a qual, depois de ter sido rejeitada uma vez, acabou aprovada ao ser votada no Destaque nº 3860. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 27.01.1988 (suplemento c)*. p.1106. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 14h18).

*garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse*⁸²⁷. São suas as palavras:

*Senhor presidente, na condição de autor do destaque, desejo apenas salientar que foi fruto de concordância de todas as lideranças. A votação é para o restabelecimento do texto da Comissão de Sistematização, que visa à aplicação imediata das normas dos direitos e garantias fundamentais que estamos votando. Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse*⁸²⁸.

O Destaque foi aprovado com ampla margem, contabilizando 348 votos a favor e apenas um contrário, além de três abstenções⁸²⁹.

A votação em primeiro turno se estendeu entre 27 de janeiro a 30 de junho de 1988, aprovando-se o Projeto (A) com a votação nº 732⁸³⁰, o que levou o presidente da República, José Sarney, em 26 de julho, a dizer em cadeia nacional de rádio e televisão que a futura Constituição tornaria o país ingovernável⁸³¹.

⁸²⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988*. p.7314. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 07.05.2006, a 00h48.

⁸²⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988*. p.7314. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 07.05.2006, a 00h48.

⁸²⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988*. p.7315. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 07.05.2006, a 00h48.

⁸³⁰RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.1. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁸³¹Só não houve uma grave crise institucional pela firmeza do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte que, no dia seguinte, rebateu a crítica presidencial, também em cadeia nacional de rádio e televisão, graças ao que conseguiu mobilizar os constituintes para aprovarem em primeiro turno, por esmagadora maioria de 408 votos a favor, apenas 18 contrários e 55 abstenções, o projeto de Constituição. Cfr.: BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed., pp.465/467. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

2.11. Votação em 2º turno do Projeto (B)

2.11.1. Revisão de redação e numeração

Antes de ser remetido para votação em 2º turno, o Projeto (B) passou por revisão de redação e de numeração de artigos⁸³², podendo assim ser resumido o mapa das correções, quanto ao dispositivo que trata da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais⁸³³:

Art. 6º.

§ .. as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Na fase destinada a renumerar e depurar o texto, o dispositivo passou a ser o seguinte:

Art. 6º.

§ 63. as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Esta redação depurada foi mais uma vez renumerada antes de ser submetida à votação em 2º turno, passando a ser a seguinte:

Art. 5º.

⁸³²Explicando a razão dessa fase, o relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral, assim escreveu no texto de remessa do Projeto (B) para votação em 2º turno: "Faço anexar ao Projeto, para orientação de Vossas Excelências, demonstrativo constante de três colunas, que mostra, na da esquerda, o texto tal como aprovado no primeiro turno; na do centro, o mesmo texto renumerado e depurado (trabalho preliminar feito para favorecer a elaboração da proposta); a da direita, a "redação do vencido", com a indicação, no início de cada um dos dispositivos, daquele que lhe deu origem." (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. *Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 16h09).

⁸³³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Projeto de Constituição. Mapas demonstrativos da matéria aprovada em primeiro turno no plenário*. v.298, pp.6/10. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 15h18.

§ 63. as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Portanto, antes de ser submetido para votação em segundo turno, o texto constava do art. 6º da Constituição Federal, e não do art. 5º, como acabou sendo aprovado, porque o art. 5º daquela versão estava *em branco*, constando do quadro que deveria ter o seu número, entre parênteses, a frase: *(ver disposições transitórias, artigo 5º)*⁸³⁴.

2.11.2. Remessa do Projeto para votação em 2º turno

Em 05.07.1988, o relator da Comissão de Sistematização encaminhou ao presidente da Assembléia Nacional Constituinte o Projeto (B) de Constituição para ser votado em 2º Turno. Em linhas explicativas, disse ter adotado as seguintes regras, especialmente para justificar por que os parágrafos do art. 6º, que tratavam dos direitos individuais, passaram a ser incisos⁸³⁵:

As regras técnicas que orientaram a execução de minha tarefa, respeitados os preceitos regimentais que balizam as ações do Relator-Geral, selecionei-as compulsando, entre outros trabalhos de valor, as monografias de Hésio Fernandes Pinheiro "Técnica legislativa", 28 ed., Rio-São Paulo, Livraria Freitas Bastos S/A, 1962) e de José de Queiroz Campos "A arte de elaborar a lei, 28 ed., Rio, Ed. Verbete Ltda., 1972), bem como a síntese que o Professor José Afonso da Silva dispensou ao assunto em seu Manual do vereador (3ª ed., São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAC, 1983, pp. 129

⁸³⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Projeto de Constituição. Mapas demonstrativos da matéria aprovada em primeiro turno no plenário*. v.298, p.7. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 15h18.

⁸³⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.4. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 16h09.

a 137).

Essas regras são, em resumo, as seguintes:

- 1. O artigo deve enunciar a regra geral sobre um único assunto.*
- 2. Exceções, complementos e pormenores constituem matéria para parágrafos, que devem manter íntima relação com o assunto do artigo.*
- 3. Em face de sua finalidade, deve-se evitar o emprego, no texto do parágrafo, de expressões como "observado o disposto neste artigo ou no "caput" deste artigo", "no caso, na forma, na hipótese ou nos termos deste artigo", que só contribuem para tornar o enunciado mais extenso, sem nada elucidar.*
- 4. Os textos de artigo ou parágrafo que contenham enumerações ou discriminações extensas devem ser desdobrados em incisos (algarismos romanos), e o destes, na mesma hipótese, em alíneas (letras minúsculas).*
- 5. O emprego de incisos ou alíneas não pode implicar quebra de pensamento, isto é, descontinuidade do enunciado, cuja introdução é, sempre, o texto do "Caput" do artigo ou parágrafo.*
- 6. Nos agrupamentos de artigos (subseções, seções, capítulos e títulos), há que tomar o cuidado de pôr o artigo no lugar mais adequado, isto é, no segmento com que mantenha maior afinidade.*
- 7. Nos artigos que exijam desdobramentos numerosos, deve-se agrupar, tanto quanto possível, os parágrafos, incisos e alíneas sobre assuntos correlatos.*
- 8. Disposições transitórias não cabem entre as de caráter permanente e vice-versa.*
- 9. Na elaboração do texto de artigo ou de quaisquer de seus desdobramentos, evite-se o emprego de ponto ou ponto-e-vírgula intercalares, pois, quando isso ocorre, ou o texto está mal redigido, ou consagra enumeração (caso em que o uso (sic)...*
- 10. A precisão recomendada pela boa técnica normativa dispensa expressões exemplificativas.*

Merecem destaque as duas primeiras e a quarta regras por terem direta aplicação quanto ao conteúdo dos direitos individuais e coletivos, que eram expressos em parágrafos e passaram a ser incisos. Sobre isso, disse o relator:

Art. 5º. Por conter uma enumeração, a quase totalidade de seus parágrafos foi transformada em incisos e estes agrupados, tanto quanto possível, de acordo com a correlação dos assuntos neles versados. Parágrafos que concentravam dois ou mais comandos também foram desdobrados em incisos, adotando-se em certos casos alíneas. A transformação de parágrafos em incisos se impôs porque o "caput" do artigo apenas anuncia um rol de princípios e normas pertinentes aos direitos e garantias individuais, tanto que seu texto se encerra com dois pontos e não com ponto final. Ademais, os parágrafos se destinam às exceções, aos complementos, aos pormenores inerentes ao tratado no "caput", o que não é o caso do artigo ora comentado, cujo conteúdo básico é, em verdade, enumerado, arrolado, discriminado nos incisos. Atendeu-se, aqui, às regras técnico-normativas nºs 2 e 4, anteriormente mencionadas, as quais, aliás, foram aplicadas com a devida precisão na quase totalidade dos dispositivos aprovados em primeiro turno, valendo como exemplo o art. 7º, que cuida dos direitos dos trabalhadores.

Cumpre notar que os constituintes que nos antecederam, a exceção dos que elaboraram a Constituição de 1934 – que só cometeram o equívoco de adotar algarismos arábicos e não os romanos para enumerar direitos e garantias individuais –, cometeram o equívoco que me impus corrigir. Por último, lembro que o anteprojeto da comissão temática já adotava o emprego de incisos⁸³⁶.

Dando aplicação prática às regras apontadas, o relator transformou todos os parágrafos do art. 5º em incisos, exceto os dois últimos, que foram reenumerados para §§ 1º e 2º, aquele, dispondo sobre a eficácia das normas

⁸³⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.5. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 16h09.

definidoras de direitos e garantias, mas utilizando a expressão "fundamentais", que é gênero em que se desdobram os direitos individuais, civis e políticos, e direitos coletivos e direitos sociais.

Pode-se dizer, então, que a intenção do relator, de adotar critério técnico em que parágrafos se prestam para veicular "*exceções, complementos e pormenores*" intimamente ligados com o *caput* do dispositivo, não se confirmou.

De fato, nem o § 1º, que atribui imediata eficácia para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e nem o § 2º, que reconhece a existência de outros direitos fundamentais quando previstos em tratados internacionais, contêm matéria própria de parágrafos, como se verá nos debates travados na sessão de 11.08.1988⁸³⁷.

2.11.3. Conteúdo do Projeto (B)

O Projeto (B) continha 245 artigos permanentes e 76 transitórios, dedicando os arts. 5º a 17 para tratar dos direitos e garantias fundamentais com a seguinte estrutura:

TÍTULO II: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS		
Capítulo I	Dos direitos e deveres individuais e coletivos	Art. 5º
Capítulo II	Dos direitos sociais	Arts. 6º a 11
Capítulo III	Da nacionalidade	Arts. 12 e 13
Capítulo IV	Dos direitos políticos	Arts. 14 a 16
Capítulo V	Dos partidos políticos	Art. 17

⁸³⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. pp.12496/12498. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 03h11.

O art. 5º, que no Projeto (A), na versão de 20.01.1988, tinha sessenta parágrafos e dispunha no último sobre a eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, no Projeto (B) passou a ter oitenta incisos, algumas alíneas e apenas dois parágrafos: o § 1º, que constitui o objeto deste trabalho, e o § 2º, que dispõe acerca do valor jurídico dos tratados internacionais.

Especificamente, dispôs o § 1º do art. 5º do Projeto (B) que "*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*"⁸³⁸

2.11.4. Emendas oferecidas em Plenário

Na fase de apresentação de emendas – 07 a 12 de julho de 1988 – foram oferecidas 1.844, dentre as quais a de nº 2T00443-5, do constituinte João Castelo, que negava eficácia imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, propondo, por isso, sua supressão do texto da Constituição com os seguintes argumentos⁸³⁹:

Suprima-se o § 1º do artigo 5º do Projeto de Constituição (redação para o 2º Turno).

JUSTIFICAÇÃO: A aplicação imediata de dispositivos previstos no Projeto de Constituição contraria toda a lógica do procedimento legislativo nele adotado, tornando letra morta a necessidade de edição de lei específica sobre os preceitos de natureza programática que vierem a ser consagrados pela nova Constituição. A prevalecer

⁸³⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.67. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 18h04.

⁸³⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B). Emendas oferecidas em plenário*. v.301, p.56. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, a 00h56.

tal dispositivo, o judiciário ficará sobrecarregado com elevado número de processos judiciais questionando a aplicabilidade de dispositivos constitucionais pendentes de lei complementar.

Da justificativa ressaltam duas preocupações, sendo uma explícita e outra, implícita; aquela quanto à sobrecarga de trabalho para o Poder Judiciário, e esta, pela perda de importância do Poder Legislativo, que seria alijado do poder-dever de legislar⁸⁴⁰.

No mesmo sentido dessa Emenda, foram as de nºs 2T01357-4, do constituinte Etevaldo Nogueira, 2T01736-7, do constituinte Saldanha Derzi, e 2T00779-5, do constituinte Oscar Corrêa Júnior, todas visando suprimir o § 1º do art. 5º, que conferia eficácia imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Na justificativa da Emenda nº 2T01357-4, assim disse o constituinte Etevaldo Nogueira⁸⁴¹:

Os direitos e garantias fundamentais são todos aqueles contados no título II, que se inicia no artigo 5º e alcança o artigo 17, regulando os direitos individuais, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Como se observa, grande parte desta matéria será regulada por lei complementar ou ordinária, sendo

⁸⁴⁰Essa emenda recebeu parecer favorável da Comissão: "Trata-se de proposta de supressão do § 1º do art. 5º que diz terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata. Sou pela aprovação da emenda. Primeiro, porque a prudência recomenda, sem que disso decorram prejuízos insuperáveis para quem quer que seja, já que o texto em elaboração cria o mandado de injunção. Segundo, porque não se deve permitir se estabeleça o raciocínio de que as demais normas e princípios da constituição não gozarão de aplicabilidade imediata". BRASIL. SENADO FEDERAL. Bases históricas do Congresso Nacional. In <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=69239&sgBase=APEM&q=00443+apresentação:11-07-1988>, acesso em 06.05.2006, às 03h13.

⁸⁴¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B). Emendas oferecidas em plenário*. v.301, p.163. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 17h50.

impossível a aplicação imediata dos dispositivos já aprovados. Por outro lado, tendo em vista que os sindicatos passam a ser partes legítimas para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8º, inciso III), é possível imaginar-se a participação do processo reivindicatório com base nesses dispositivos.

Para o autor da emenda, não havia, por um lado, necessidade de conferir imediata aplicabilidade para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais porquanto os sindicatos poderiam assumir a defesa em juízo, e, por outro, seria impossível conferir esse grau de eficácia porque muitos direitos e garantias dependeriam da *interpositio legislatoris*.

Saldanha Derzi, por sua vez, assim justificou a Emenda 2T01736-7 de sua autoria⁸⁴²:

E o resto da Constituição não terá aplicação imediata? A regra é simples: a Constituição entra em vigor, tem aplicação imediata de todas as normas, na data da promulgação. Somente disposição expressa poderá regular eficácia futura ou sujeita a eficácia a edição de lei. Não há, pois, necessidade de dispor sobre o óbvio e criar confusão para outros títulos que, igualmente, terão vigência imediata, mas sem dispositivo semelhante que os declare. A supressão deixa o texto balizado na melhor técnica constitucional, sem sujeitá-lo a dúvidas quanto a outras e importantes disposições que entrarão em vigor imediatamente.

Segundo essa linha de raciocínio, não há necessidade de norma expressa para conferir eficácia imediata para normas constitucionais de nenhuma natureza, mas sim pelo contrário, poderá haver norma que restrinja

⁸⁴²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B). Emendas oferecidas em plenário*. v.301, p.203. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 18h07.

ou subordine a aplicabilidade⁸⁴³.

Na falta de norma constitucional em sentido contrário, todos os dispositivos constitucionais, qualquer que seja o conteúdo sobre que versem, serão de pronto aplicáveis sem necessidade de intermediação ou complementação legislativa.

A Emenda nº 2T00779-5, de Oscar Corrêa Júnior, foi a mais bem justificada ao partir da premissa única de que os direitos sociais são diferentes dos direitos individuais, daí porque, tendo sido ambos classificados como fundamentais, é impossível conferir-lhes imediata aplicabilidade⁸⁴⁴:

O texto constitucional em discussão classificou os direitos sociais entre os fundamentais. Doutrinariamente, os direitos e garantias fundamentais sempre disseram respeito às prerrogativas fundamentais do cidadão em suas relações com o Estado, exprimindo direitos absolutos que, citando Pontes de Miranda, antecedem o próprio Estado como princípio regente de ordem política ("Comentários à Constituição de 1946", ed., 1963, 4º tomo). As garantias fundamentais do indivíduo visam inibir a ação do Estado, ao passo que os direitos sociais, trabalhistas, supõem a atividade progressiva do Estado.

⁸⁴³COMPLAK, Krystian. *La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca*. In Cuestiones Constitucionales. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm#N6>, acesso em 11.06.2006, às 09h50. É essa a orientação seguida pela Constituição polonesa, de 1997, conforme dispõe o art. 8º, nº 2: "*La Constitución es el derecho supremo de la República de Polonia*"; (...) 2. *Los preceptos de la Constitución se aplican directamente, a menos que la Constitución disponga otra cosa*". POLAND. THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND. "Article 8. 1. *The Constitution shall be the supreme law of the Republic of Poland*. 2. *The provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise.*", in http://www.poland.pl/info/information_about_poland/constitution.htm, acesso em 10.06.2006, às 13h53.

⁸⁴⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B). Emendas oferecidas em plenário*. v.301, p.97. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 21h24.

Assim, os direitos fundamentais propriamente ditos são, de fato, suscetíveis de aplicação imediata e reconhecimento judicial (o texto constitucional, aliás, nem precisaria reiterar expressamente isto), mas os direitos trabalhistas devem ser, como regra geral, colocados em prática, gradativa e progressivamente, mediante lei, regulamentação ou ação do Estado, e não do Poder Judiciário, uma vez que se tratam, de modo geral, de regras constitucionais não dotadas de eficácia plena.

Ora, sobretudo em face das medidas judiciais previstas no projeto em discussão, destacando-se dentre elas o denominado "mandado de injunção", as garantias dos direitos fundamentais, neles impropriamente compreendidos os direitos sociais ou trabalhistas, passam a ter um sentido processual, visando atender situações específicas que envolvem até aspectos materiais e econômicos relacionados com determinada pessoa ou grupo de pessoas. Situações estas que, na verdade, nada tem a ver com aqueles direitos e garantias fundamentais propriamente ditos, sob um enfoque doutrinário mais rigoroso.

Daí a necessidade de suprimir este dispositivo do texto constitucional, pois com tal supressão, aqueles direitos e garantias realmente fundamentais, por sua própria natureza, não deixarão de ter aplicação imediata, ao passo que os demais direitos, ainda que impropriamente inseridos no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, não perderão suas características, diferentes das destes. E poderão deixar de ter essa irrestrita aplicação imediata que se pretende, criando situações difíceis para a economia do País como um todo e para aqueles que tentam responsabilidade por atividades produtivas.

Em síntese, para Oscar Corrêa Júnior, a eficácia imediata dos direitos fundamentais de primeira geração independe de norma expressa que assim o determine – e, por isso, o dispositivo podia ser mantido se não tivesse sido tratado junto com os direitos sociais –, ao passo que os de segunda geração – aos quais correspondem os direitos sociais ou trabalhistas – devem ser

implantados pouco-a-pouco, sendo, para eles, impossível conferir eficácia plena.

A distinção básica residiria no fato de os direitos de primeira geração caracterizarem, para o indivíduo, o poder de exigir do Estado um dever de abstenção, pois "*visam inibir a ação do Estado*", enquanto os direitos sociais "*supõem atividade progressiva do Estado*", isto é, dever de prestação positiva⁸⁴⁵.

2.11.5. Importante discussão em 10.08.1988

Pode-se dizer que a Assembléia Nacional Constituinte pautou seus trabalhos na constante busca de acordo entre os líderes partidários, somente submetendo à votação individual, matérias cujo consenso não fosse possível, o que contribuiu decisivamente para a celeridade dos trabalhos até então emperrados.

Com efeito, depois do embate travado em cadeia de rádio e televisão entre os presidentes José Sarney, no discurso de 26 de julho, quando previu a *ingovernabilidade* do País em face do rumo tomado pela futura Constituição, e Ulysses Guimarães, ao responder à crítica no dia seguinte, quando disse que a Constituição teria "*cheiro de amanhã, não de mofo*", os trabalhos se desenvolveram com extrema facilidade⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵Sobre isso, cfr.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.194, n.1.1.2.: "*Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el del aquellos cuyo objeto es una acción fáctica el del aquellos cuyo objeto es una acción normativa.*"

⁸⁴⁶BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed., p.467. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. "*Naquela mesma noite do célebre discurso de Ulysses, a Constituinte, vivendo um de seus maiores dias, aprovou por 408 votos contra 18 e 55 abstenções, o Projeto de Constituição elaborado no primeiro turno. Um dia antes*

Esse clima influenciou sobremaneira no ritmo dos trabalhos no segundo turno de votação do Projeto de Constituição, ultimando a *"tarefa constituinte em menos de três meses, quando é sabido perfeitamente que o trabalho da Comissão de Sistematização levou 10 meses e o do Plenário, no primeiro turno, não transcorreu em prazo inferior a um semestre."*⁸⁴⁷

Sob esse espírito, a votação do segundo turno prosseguia, em geral, atendendo aos acordos dos líderes, mas às vezes recorrendo ao voto individual dos constituintes, em particular quando havia pedidos de destaque para votação em separado de certas matérias.

Sobre o § 1º do art. 5º, tendo em vista as Emendas Supressivas nºs 2T00443-5, 2T01357-4, 2T01736-7 e 2T00779-5 – sobre as quais não havia acordo – foram apresentados os destaques nºs 2D00456-8, 2D01112-2, 2D01237-4, 2D01359-1, 2D01656-6, 2D01660-4 e 2D01671-0⁸⁴⁸.

Na sessão de 10.08.1988, na seqüência da votação das emendas iniciada em 25 de julho, quando já haviam sido decididos – por acordo ou voto a voto – os incisos do art. 5º e se caminhava para votar seus dois únicos parágrafos, o presidente Ulysses Guimarães anunciou a votação do Destaque nº 2D01359-1, da constituinte Beth Azize, que versava sobre a Emenda nº 2T01736-7.

Ao justificar o requerimento de Destaque, a constituinte mostrou sua preocupação com a supressão do § 1º entendendo que equivaleria a anular o

ele fora alvo do mais duro e causticante ataque que o presidente Sarney desferiu contra o texto, exatamente quando o Plenário já se dispunha, de conformidade com as regras regimentais, a principiar as votações do segundo turno."

⁸⁴⁷BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed., p.467. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

⁸⁴⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12496. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 03h11.

que pode ser aprovado ou já havia sido aprovado, porquanto a emenda contava com parecer favorável do relator. Disse a constituinte:

Sr. Presidente, solicitei destaque para a emenda do ilustre Constituinte Rachid Saldanha Derzi, que visa a suprimir o § 1º, inciso LXXX, do art. 5º, exatamente em razão do parecer favorável do Relator à emenda. O destaque foi o expediente legítimo que usei para que esta emenda não fosse colocada em votação dentro de um bloco porque sua aprovação, a meu ver, Sr. Presidente, significa a anulação de tudo aquilo que se pode aprovar, ou do que já foi aprovado, e até do que pode ser aperfeiçoado no que diz respeito aos direitos individuais. Esta a razão pela qual apresentei o destaque. Mas, sendo a emenda colocada em votação agora, não me resta outro caminho senão retirar o destaque⁸⁴⁹.

O constituinte Inocêncio Oliveira não concordou, argumentando que os líderes partidários haviam acordado em adiar a votação dos dois parágrafos e, por isso, o § 1º não podia ser votado, como acabaria sendo possível votar se fosse retirado o destaque oferecido pela constituinte Beth Azize⁸⁵⁰:

Sr. Presidente, o Partido da Frente Liberal tem cumprido rigorosamente todos os acordos feitos com os líderes dos demais partidos com representação nesta Casa. Mas, sr. Presidente, houve acordo de todos os líderes para adiarmos a votação do § 1º e também do § 2º. Se não se cumpre esse acordo, fica difícil depois mantermos outros. Temos sido um daqueles que cumprem todos os acordos feitos. Então, não é possível que coisas dessa natureza voltem a acontecer neste plenário. Inclusive o nobre constituinte Oscar Corrêa tem uma emenda sobre esse assunto, que pode ser preservada, para mantermos os acordos feitos.

⁸⁴⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 10.08.1988*. p.12412. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 23h13.

⁸⁵⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 10.08.1988*. p.12412. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 23h13.

Houve manifestações de outros constituintes, como Roberto Freire dizendo que seu partido não havia feito acordo algum, e Nelson Jobim, que assim se pronunciou⁸⁵¹:

Sr. Presidente, na reunião das lideranças, os parágrafos 1º e 2º foram longamente discutidos. O Constituinte José Lins, do PFL, acabou de solicitar que, tendo em vista as discussões internas do partido e outras condições, suspendêssemos a votação do § 1º e também do § 2º, que foi um entendimento. O PMDB não se opõe a que, tal qual acontecera com o inciso que faz referência à autoridade judiciária competente, votemos amanhã o § 1º, depois de uma conversa que tenhamos com o PFL. Daí por que a Liderança do PMDB faz um apelo aos demais partidos – que concordem com, tendo em vista o pedido do PFL, em que amanhã venhamos a votar o § 1º, passando agora à votação dos dispositivos seguintes.

Em face da divergência que se instalava, o presidente interveio informando que, em mesa, havia vários pedidos de destaque da mesma matéria. Por isso, diante da retirada do destaque pela constituinte Beth Azize, por um lado, e, por outro, da possibilidade de se resolver pelo acordo, abriu a palavra para os líderes partidários presentes acerca da proposta de adiamento da votação.

Todos os líderes presentes – Roberto Freire (PCB), Vivaldo Barbosa (PDT) e Amaral Neto (PDS) - se manifestaram favoravelmente, adiando-se a votação para o dia seguinte, nos seguintes termos⁸⁵²:

O Sr. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães). É uma coerência. Isso não

⁸⁵¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 10.08.1988*. p.12412. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 23h13.

⁸⁵²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 10.08.1988*. p.12413. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 25.05.2006, às 22h52.

prejudica a votação de outras matérias mas, por coerência, está-se buscando um entendimento e isso facilita a votação. Assim sendo, o assunto será submetido amanhã ao exame das Lideranças, mas, de qualquer maneira, na sessão da tarde iremos decidir, inclusive pelo voto, sobre esses destaques.

O que se extrai dessa discussão é que havia quatro emendas pendentes de votação visando retirar o § 1º, do art. 5º, do texto da futura Constituição.

2.11.6. Votação dos destaques em 11.08.1988

No dia seguinte, como anunciado, o presidente anunciou a votação dos Destaques explicando que a finalidade das quatro emendas era suprimir o § 1º do art. 5º do Projeto de Constituição⁸⁵³:

O que querem os eminentes autores dos respectivos destaques anunciados? Desejam que o § 1º do art. 5º, com esta redação "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" seja alterado.

Os autores dos destaques e das emendas querem a supressão do parágrafo, que não conste esta exigência de "aplicação imediata" das normas constantes do art. 5º, Direitos e Garantias Fundamentais.

Superando uma série de intervenções contrárias, os trabalhos prosseguiram, surgindo manifestação do constituinte José Fogaça, a partir do que se voltou a discutir sobre aquele dispositivo. Disse o Fogaça⁸⁵⁴:

Sr. Presidente, o § 1º do art. 5º é matéria bastante polêmica. A relatora entende que, inserido como está, sob a forma de um parágrafo do art. 5º, esta norma é descabida. Esperamos, então, que

⁸⁵³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12496. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 26.05.2006, a 00h49.

⁸⁵⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12497. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 26.05.2006, a 00h49.

haja um acordo das lideranças para transferir esta norma para uma posição mais adequada no Título IX, das Disposições Gerais. Esta parece-me a posição do Relator. Portanto, retiro a defesa das emendas que estão sendo encaminhadas.

O constituinte Vivaldo Barbosa sustentou a necessidade de se manter o parágrafo da forma como fora redigido e aprovado no primeiro turno, admitindo, porém, que poderia ser inserido em "outra localização mais adequada":

Sr. Presidente, o texto do § 1º apenas reitera e enfatiza o princípio que já se sente em toda doutrina, em toda concepção, em todo raciocínio jurídico. Além do mais, quem me diz que apenas têm aplicação imediata todos aqueles dispositivos que asseguram as garantias fundamentais da pessoa humana, o que é óbvio, mas é uma conquista inserir isto na Constituição.

Além do mais, sr. Presidente, no primeiro turno este Plenário aprovou o dispositivo neste lugar, com todas as implicações decorrentes da sua localização nesta Constituição.

Desta maneira, devemos votar no sentido de negar o destaque supressivo, confirmando a votação de primeiro turno e mantendo esse dispositivo neste lugar. Se amanhã a Comissão de Redação pensar em outra localização mais adequada, será outro problema. Agora, o Plenário tem que ratificar a posição anterior e confirmar a votação, pela manutenção deste dispositivo⁸⁵⁵.

Merece destaque o trecho das palavras do constituinte em que se contrapôs a José Fogaça, que sugerira o deslocamento do dispositivo para as Disposições Gerais da Constituição, por não ter conteúdo de simples parágrafo do art. 5º.

⁸⁵⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12497. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 26.05.2006, a 00h49.

Para esse constituinte, o dispositivo até poderia ser deslocado para "*outra localização mais adequada*", mas naquele momento devia ser aprovado como estava, porque assim havia sido aprovado em primeiro turno. Logo, pode-se afirmar que a preocupação não foi, exatamente, técnica, mas sim política: não alterar o que já havia sido aprovado em fase anterior, mesmo reconhecendo que não era o mais correto.

No curso dos debates, o relator Bernardo Cabral, que havia emitido parecer concordando com as emendas supressivas, também fez uso da palavra mantendo a mesma posição ao pretexto de que assim toda a Constituição teria aplicação imediata, e não apenas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais⁸⁵⁶:

Sr. Presidente, srs. Constituintes, quando a relatoria acolheu a emenda supressiva, teve em mente que pairasse no julgamento de cada um que, ao incluirmos aqui as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata, poder-se-ia estar a julgar que as demais normas desta Constituição não teriam aplicação imediata, só as que aqui se encontram nos Direitos e Garantias Fundamentais.

Por esta razão, procedeu bem o Senador José Fogaça, quando fez à liderança sugestão que não foi acolhida. Por esta razão, sr. Presidente, mantenho o parecer, pela aprovação da supressão, para que não paire dúvida de que alguém será prejudicado com a aplicação das normas.

Antes que o Destaque fosse votado, vários outros constituintes se manifestaram contra a supressão, como Gastone Righi, para quem "*se o dispositivo for suprimido, é melhor rasgarmos esta carta constitucional. Ela só*

⁸⁵⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. pp.12497/12498. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 26.05.2006, a 00h49.

*entrará em vigor no dia em que houver lei complementar a disciplinar os artigos e as normas*⁸⁵⁷.

Na seqüência, todos os líderes partidários presentes se manifestaram indicando a posição de seu partido e, ao final, o Destaque foi rejeitado na votação nº 768 por 326 votos contra, 26 a favor e 12 abstenções⁸⁵⁸.

Encerrava-se, assim, a sorte do dispositivo que acabaria integrando em definitivo a futura e vigente Constituição Federal, exatamente como § 1º do art. 5º, que, como se ressalta, versa apenas sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, e não sobre todos os direitos e garantias fundamentais.

Em 01.09.1988, com a votação nº 1.020, concluiu-se o Projeto (B) e se encerrou essa fase com eloqüente discurso do presidente Ulysses Guimarães enaltecendo os trabalhos realizados e manifestando esperança de que a Constituição servisse de instrumento de realização da justiça e de todas as vontades nela plasmadas⁸⁵⁹.

2.12. Projeto (C) da Comissão de Redação

Nos dias que se seguiram, as emendas e destaques aprovados foram incorporados pela relatoria ao texto que se transformou no Projeto (C)^{860 861},

⁸⁵⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12498. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 26.05.2006, a 00h49.

⁸⁵⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12498. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 26.05.2006, a 00h49.

⁸⁵⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.09.1988*. p.14255. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

⁸⁶⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (Redação final)*. v.314, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 18h11.

em cuja versão, o que atualmente corresponde ao art. 5º, correspondia ao art. 4º, porque não existia o atual art. 2º⁸⁶² –, que só viria a ser incluído no Projeto (D)⁸⁶³ aprovado em reuniões dos dias 19 e 20 do mesmo mês.

⁸⁶¹Outro dado que merece destaque é que o Projeto (C) teve duas versões – uma que foi entregue, preliminarmente, para os constituintes, e outra, corrigida pelo Relator da Comissão de Sistematização – como se percebe da justificativa da Proposta de Redação nº PR00738-1 do deputado Paes Landin: *"Houve um grave erro material na redação do Projeto "B". Ao invés de incluir o disposto no parágrafo 3º, como inciso IX do art. 192, expressando o teor da emenda aditiva do Deputado Fernando Gasparin, o Relator o fez como parágrafo 3º. Reconhecendo seu erro no Projeto "C" preliminar, distribuído à Comissão de Redação, o Relator corrigiu o equívoco. Agora no Projeto "C" definitivo retornou ao erro material acima aludido. A Comissão de Redação, no meu entender, não tem o condão de decidir sobre a oportunidade ou não da correção de erro material por parte do Relator. Reconhecendo o erro material, competiria à Comissão dele tão-somente não tomar conhecimento".* (In BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315, p.108. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 20h29.

⁸⁶²BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *"Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário"*.

⁸⁶³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D) (Redação final)*. v.316, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 18h16. Em entrevista de 09.10.2003 ao jornal "O Globo", Nelson Jobim, ex-constituinte e que naquele momento já se avizinhava como futuro presidente do Supremo Tribunal Federal revelou um "segredo" que guardava desde 1988: o de que dois dispositivos haviam sido incluídos no texto da Constituição sem terem sido discutidos ou aprovados pela Assembléia Nacional Constituinte, mas sim pelas por lideranças partidárias, porém só mencionou expressamente o art. 2º. Depois, a Folha de São Paulo (in <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ombudsman/criticadiaria/ult544u509.shtml>, acesso em 04.06.2006, às 02h18) noticiou que outros dispositivos tiveram o mesmo defeito de origem, dentre eles o art. 59, V, do texto permanente, e o art. 70, do Ato das Disposições Transitórias. Não constituindo objeto de análise deste trabalho o levantamento histórico de toda a Constituição, mas apenas do § 1º do art. 5º, deixa-se de buscar maiores fundamentos acerca da realidade da entrevista. Sem embargo, porém, parece não ser verdade, pelo menos quanto ao art. 2º, cujo conteúdo foi aprovado e constou do Projeto (C), embora enumerado como art. 43. De fato, na sessão de 20.09.1988, da Comissão de Redação, o constituinte Fernando Henrique Cardoso sugeriu que ele voltasse ao Título I, por dizer aos princípios fundamentais, com o que Nelson Jobim concordou. Disse Fernando Henrique Cardoso: *"Agora vamos ao art. 43, caput, página 129. Este artigo diz respeito aos poderes da União; à divisão de poderes. Isso estava nos Princípios fundamentais, no Título I. Era o art. 2º do Título I. Acredito que isso realmente é um princípio fundamental. Vem desde Montesquieu a divisão dos poderes e nós aqui a deslocamos. Sugiro, portanto, que se volte ao Título I"*. Outros constituintes participaram das discussões, como o relator geral, Bernardo Cabral, que lembrou que no Projeto (B) o dispositivo constava justamente no art. 2º e foi levado para o art. 43 pela Comissão de Redação, por isso não via problema em retornar. O constituinte Michel Temer também participou das discussões e sugeriu que o texto repetisse, como era da tradição brasileira, a expressão *"independentes e harmônicos entre si"*. O constituinte José Lins lembrou que todos haviam sugerido exatamente esse

Em 14.09.1988, iniciou o prazo para apresentação de propostas de redação ao Projeto perante a Comissão de Redação, tendo sido apresentadas 833, entre alterações de ortografia e gramática, renumeração de artigos e transformação de parágrafos, alíneas e incisos em artigos ou vice-versa⁸⁶⁴.

Dentre as propostas, a de nº PR00654-7, do deputado Arnaldo Martins, de 17.09.1988, visava transformar os §§ 1º e 2º do então art. 4º em alíneas, seguindo o exemplo das alíneas do inciso LXXVI do mesmo artigo. Sua proposta tinha o seguinte teor⁸⁶⁵:

1. Transformar os parágrafos 1º e 2º em alíneas a e b, conforme o inciso anterior (LXXVI).

texto, só não tendo sido aprovado porque se pensava que seria adotado o sistema parlamentarista, em que a separação de poderes não tem o mesmo alcance que no presidencialismo. A modificação foi aprovada por unanimidade, deslocando-se o texto do art. 43 para o art. 2º, onde havia sido aprovado inicialmente. (In BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. pp.180/181. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Quanto ao art. 70 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inclusão se deu na Comissão de Redação – que, diga-se, não representava o Plenário –, pois em sua 7ª reunião realizada em 20.09.1988, Nelson Jobim a ele se referiu citando a Emenda nº 287, de sua autoria, pela qual sugeria que fosse incluído no texto da Constituição para "suprir uma omissão". Sem nenhuma discussão, o relator, de forma sintética, concordou, assim como o presidente, e a emenda, sem ter sido votada, fez ingressar na Constituição o texto do art. 70 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*: "Fica mantida a atual competência dos Tribunais estaduais, até que a mesma seja definida na Constituição do Estado, nos termos do § 1º do art. 126 da Constituição." (In BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. pp.172/173. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Por fim, quanto ao art. 59, V, parece que não constou nem mesmo da primeira versão da Constituição que veio a público, pois assim se mostra em exemplar que se encontra na biblioteca deste que ora escreve. Mas, pode ter havido erro gráfico, porquanto a versão publicada no Diário da Assembléia Nacional Constituinte o contém normalmente (In BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 05.10.1988. Ano II, nº 308*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

⁸⁶⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 15h48.

⁸⁶⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315, p.97. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 15h48.

2. O § 1º, em lugar de estar no "corpo permanente" da Constituição, deveria estar no Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais) ou no "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

3. O § 2º deverá passar a ser o "parágrafo único", caso seja aceita a proposta anterior.

Para sustentá-la, o seu autor disse não se justificar formas diferentes de redação de um inciso para outro:

1. É a forma correta, não se justificando adotar-se uma forma em um inciso e uma outra no inciso seguinte. 2. E os outros assuntos dos outros títulos e capítulos, não são para serem aplicados imediatamente? Acredito que somente não deverão ser cumpridos imediatamente se houver necessidade de regulamentação na lei, explicitado no próprio texto. 3. É óbvio.

Por sua vez, a Proposta nº PR00742-0, do constituinte Vicente Bogo, buscava transformar o § 2º em art. 5º e o § 1º, em seu parágrafo único, além de atacar outros dispositivos do mesmo artigo nos seguintes termos e justificativas⁸⁶⁶:

Sejam os incisos do art. 4º transformados em parágrafos. As alíneas dos incisos XXVIII, XXXV, XXXVIII, XLVI, XLVII, LXX e LXXVI, que serão §§ 28, 34, 38, 46, 47, 70, 72 e 76, passam a incisos. Seja o § 2º transformado em art. 5º e o § 1º passe a parágrafo único desse novo art. 5º. Trata-se de correção de técnica legislativa: parte-se do princípio que inciso não deve albergar proposição completa e, sim, ser complemento de artigo ou parágrafo.

Houve também a proposta nº PR00129-4, do constituinte Chico Humberto, que visava substituir a expressão "aplicação" por "aplicabilidade" empregada na redação do § 1º do então art. 4º, propondo que "As normas

⁸⁶⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315, p.109. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 19h18.

*definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.*⁸⁶⁷

O autor justificou a proposta dizendo que "*define-se a correta categoria jurídica, qual seja aplicabilidade, traduzindo a qualidade de o direito conferido ser fruído imediatamente*".

Não há notícia expressa do tratamento que se haja dispensado às duas primeiras propostas, salvo quanto à de Vicente Bogo, a quem o constituinte Vivaldo Barbosa se referiu na sessão de Comissão de Redação de 20.09.1988 dizendo que ele e o constituinte Brandão Monteiro vinham insistindo na necessidade de substituir os incisos dos arts. 4º e 6º por parágrafos nos seguintes termos:

O SR. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA. Sr. Presidente, a esta altura, é evidente que os destaques já se reduziram há muito. Sr. Presidente, queria retomar um tema focalizado na semana passada em nossas reuniões, que é a questão da numeração dos incisos dos arts. 4º e 6º. Dois ilustres Constituintes, Vicente Bogo e Brandão Monteiro, fizeram a mesma reiteração. Hoje fui informado de que aquela ponderação, feita na última semana, de que o computador teria dificuldades em se adaptar foi na presunção de que estávamos nos referindo à mudança de todos os incisos, de todos os dispositivos para parágrafos. Mas não é bem isto. Já fui informado pelo ilustre Relator-Adjunto, Constituinte José Fogaça, de que, em se tratando apenas dos arts. 4º e 6º, dos direitos dos trabalhadores, será possível o computador fazer a modificação de maneira tranqüila. Eu insistiria nisso, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, porque a leitura dos algarismos romanos usados nos dispositivos de aplicação popular,

⁸⁶⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315, p.22. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 28.05.2006, às 03h24.

especialmente no caso dos direitos dos trabalhadores e dos direitos individuais e coletivos é difícil. Torna-se necessário usarmos o esquema de parágrafos e de algarismos arábicos. Pela informação que me deu o Constituinte José Fogaça será possível, em relação aos arts. 4º e 6º, referentes aos direitos individuais e coletivos, direitos dos trabalhadores, retomarmos a linha tradicional e dar-lhes o tratamento de parágrafos com algarismos arábicos. Isto vai facilitar muito a popularização do texto constitucional. Já recolhemos aqui, de observações de muitos Constituintes aqui entre nós, as dificuldades de trabalharmos de maneira rápida com os algarismos romanos. Quando se trata de números elevados, nós mesmos nos embarçamos, quanto mais os advogados dos tribunais, as associações, os sindicatos, os trabalhadores. Enfim, todos os cidadãos que forem invocar as proteções dadas pelos arts. 4º e 6º vão ter imensa dificuldade de assim proceder. Insisto nisso, amparado na emenda dos Constituintes Vicente Bogo e Brandão Monteiro⁸⁶⁸.

Mas, nada há quanto à redação do atual § 1º, do art. 5º, que é o objeto deste trabalho. O certo é que entre os dias 20 e 22 de setembro a Comissão de Redação se reuniu por infinitas horas para examinar as 833 propostas de alterações – o que, certamente, não era trabalho fácil⁸⁶⁹.

Entre a 6ª e 7ª reuniões, as lideranças decidiram agrupar as propostas que não encontrariam dificuldades para aprovação, conforme expôs Nelson Jobim, líder do PMDB⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. p.223. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988.

⁸⁶⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. p.160. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988.

⁸⁷⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. p.160. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988: "O sr. constituinte Nelson Jobim. Sr. Presidente, tendo em vista o resultado da sessão de ontem, fizemos uma pequena reunião e examinamos uma série de propostas apresentadas por vários Constituintes, para exatamente reunir na

Quanto à proposta de Chico Humberto, acabou sendo objeto de Destaque por parte do constituinte Gastone Righi – que a tachou de absurda⁸⁷¹ –, mas, ao que parece não voltou a ser examinada, tanto que a redação final ficou mesmo com o termo "aplicação" e não "aplicabilidade", como pretendia.

2.13. Projeto (D) da Comissão de Redação e Texto Final

No dia 22, encerraram-se as votações e, com isso, concluiu-se o denominado Projeto (D) de Constituição, que foi a última versão antes da promulgação do texto final em 05.10.1988, e entre eles não houve alteração, concluindo-se a Constituição com 315 artigos, sendo 245 permanentes e 70 disposições constitucionais transitórias⁸⁷².

A primeira versão original da Constituição Federal foi publicada como suplemento ao Diário da Assembléia Nacional Constituinte no qual foi publicada a ata da sessão de promulgação e lá ocupou as páginas 17 a 86⁸⁷³.

3. QUADRO COMPARATIVO/EVOLUTIVO DO DISPOSITIVO

3.1. Demonstrativo por redação

Promulgada a Constituição, verifica-se que desde o primeiro anteprojeto

análise aqueles destaques que não teriam dificuldades de aprovação. Então, foi feita uma reunião de vários destaques. Eu pediria a v.Ex., se fosse possível, adotar o mesmo procedimento de ontem, isto é, ler-se-ia o artigo, indicava-se o destaque – todos esses destaques que serão lidos, são os que queremos aprovar."

⁸⁷¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307)*. p.161. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Esbravejou o deputado: "Perdoe-me, o que quer isso dizer? Quer dizer que está aceitando a emenda? Está preferindo a aplicabilidade? Não, peço destaque para isso. Mas que coisa absurda!"

⁸⁷²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D) (Redação final)*. v.316, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 18h16.

⁸⁷³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 05.10.1988. (Nº 308)*. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988.

– Anteprojeto da Comissão dos Notáveis –, excetuando-se as versões do Anteprojeto e dos Substitutivos do relator da Comissão de Sistematização, sempre se procurou inserir dispositivo que conferisse eficácia imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, aliás, com pouca ou nenhuma variação de redação entre todas as propostas.

Por outro lado, merece destaque o fato de que de início se pretendia que essas normas tivessem aplicação – e não eficácia – imediata, além do que houve quem pretendesse utilizar o termo "aplicabilidade"⁸⁷⁴ em lugar de aplicação.

Excluindo-se as emendas que não foram aprovadas e nem se converteram em anteprojeto ou projeto, o dispositivo passou por dez redações, desde a proposta pela Comissão dos Notáveis até a redação finalmente aprovada e em vigor, das quais sete adotaram a expressão "aplicação imediata" e três, "eficácia imediata".

Melhor dizendo, a expressão "eficácia" foi utilizada nos projetos da Comissão I – diferente do que constou do Anteprojeto da Subcomissão I-c, que usou "aplicação" –, da Comissão de Sistematização e do Anteprojeto do *Centrão*, este último, inclusive, não era como os demais, pois limitava o seu alcance ao princípio da igualdade.

O quadro abaixo demonstra a evolução das propostas de redação para o atual art. 5º, § 1º, desde a que constava do anteprojeto da Comissão de

⁸⁷⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. v.315, p.22. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 28.05.2006, às 03h24.

Notáveis, em 1986, até a última que acabou sendo aprovada e inserida no texto da vigente Constituição:

DATA	ÓRGÃO	TEXTO DO DISPOSITIVO
26.09.86	Comissão de notáveis	Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata ⁸⁷⁵ .
25.05.87	Subcomissão I-c	§ 36. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata ⁸⁷⁶ .
15.06.87	Comissão I	Art. 29. § 1º. As normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata ⁸⁷⁷ .
26.06.87	Comissão de Sistematização	Art. 31. § 1º. As normas que definem esses direitos, liberdades, garantias e prerrogativas têm eficácia imediata ⁸⁷⁸ .
29.06.87	Anteprojeto do relator da Comissão de Sistematização	Não constou ⁸⁷⁹ .
26.08.87	Primeiro substitutivo do relator da Comissão de Sistematização	Não constou ⁸⁸⁰ .

⁸⁷⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Anteprojeto constitucional da comissão de provisória de estudos constitucionais*. v.576, p.10. Brasília: Câmara dos Deputados, 1986, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 03.05.2006, às 02h22.

⁸⁷⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Subcomissão dos direitos e garantias individuais*. v.81, p.15. Brasília: Câmara dos Deputados, maio/1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h14.

⁸⁷⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte José Paulo Bizol. v.69, p.23. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 04.05.2006, às 23h30.

⁸⁷⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I, p.12. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 22h57.

⁸⁷⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.219. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 31.05.2006, às 23h59.

⁸⁸⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Primeiro substitutivo do Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.235. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 23h27.

19.09.87	Segundo substitutivo do relator da Comissão de Sistematização	Não constou ⁸⁸¹ .
20.01.88	Projeto (A) da Comissão de Sistematização	Não constou inicialmente ⁸⁸² , mas depois de acolhida a emenda, ficou com a seguinte redação: Art. 5º. § 60. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata ⁸⁸³ .
02.02.88	Substitutivo do Centrão	Art. 6º. § 59. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, cabendo ao Estado garantir a eficácia desta disposição.
05.07.88	Projeto (B) da Comissão de Sistematização	Não constou inicialmente ⁸⁸⁴ , mas depois de acolhida a emenda, ficou com a seguinte redação: Art. 5º. § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata ⁸⁸⁵ .
14.09.88	Projeto (C) da Comissão de Redação	Art. 5º. § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata ⁸⁸⁶ .
22.09.88	Projeto (D) da Comissão de Redação	Art. 5º. § 1º. As normas definidoras de direitos e

⁸⁸¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.242. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, a 00h16.

⁸⁸²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão*. v.253, p.8. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h47.

⁸⁸³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão*. v.253, p.8. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h47.

⁸⁸⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão*. v.253, p.8. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h47.

⁸⁸⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.5. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 16h09.

⁸⁸⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (Projeto C)*. v.314, p.10. Brasília: Câmara dos Deputados, setembro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 19h00.

		garantias fundamentais têm aplicação imediata ⁸⁸⁷ .
05.10.88	Texto final da Constituição Federal	Art. 5º. § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

3.2. Demonstrativo por localização

3.2.1. Noções

Outro dado relevante para melhor compreender o significado do art. 5º, § 1º, da vigente Constituição Federal, passa pela localização, nas propostas que o geraram, do lugar onde fora inserido, é dizer, identificar se sempre disse respeito a todo o rol de direitos e garantias fundamentais ou apenas aos de primeira geração, sem alcançar as demais, que compreendem os direitos sociais e de outras naturezas⁸⁸⁸.

Com efeito, a norma atual é apenas um parágrafo do art. 5º – o que pressupõe direta ligação com o *caput* para consagrar exceção, complemento ou pormenor à regra dele constante, segundo as palavras do próprio relator da Comissão de Sistematização⁸⁸⁹.

Mas, o art. 5º corresponde por inteiro ao Capítulo II, que trata apenas

⁸⁸⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D)*. v.316, p.10. Brasília: Câmara dos Deputados, setembro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 18h56.

⁸⁸⁸FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. p.6. São Paulo: Saraiva, 1995. "8. As três gerações de direitos fundamentais. Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade."

⁸⁸⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 16h09. "2. Exceções, complementos e pormenores constituem matéria para parágrafos, que devem manter íntima relação com o assunto do artigo."

dos direitos e deveres individuais e coletivos – uma das espécies de direitos e garantias fundamentais, aos quais o parágrafo se refere, parecendo indicar grau máximo de eficácia de todas as normas do Título II, e não apenas daquelas⁸⁹⁰.

A evolução das propostas, passando pelas emendas, destaques, projetos e substitutivos, mostra que houve significativa alteração de enfoque, desde um momento inicial em que se pretendia tutelar com a plena eficácia apenas os direitos e garantias individuais, até a redação final, que parece não fazer distinção entre as diversas dimensões e, tampouco, entre normas que definem direitos e normas que definem garantias, como se vê dos itens abaixo.

3.2.2. Anteprojeto da Comissão dos Notáveis

No Anteprojeto da Comissão dos Notáveis, o Título I, denominado Disposições Preliminares, continha 65 artigos e se subdividia em cinco Capítulos: Princípios fundamentais (art. 1º); dos direitos e garantias (arts. 8º a 56); do direito à nacionalidade (arts. 57 a 59); dos direitos políticos (arts. 60 a 64); dos partidos políticos (art. 65). A norma que conferia eficácia imediata para os direitos e garantias constava do art. 10, restrita, portanto, aos *direitos e garantias*, sem alcançar os demais Capítulos do mesmo Título.

3.2.3. Anteprojeto da Subcomissão I-c

Coube à Subcomissão I-c⁸⁹¹ elaborar e apresentar estudos preliminares

⁸⁹⁰BREGA Filho, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988 (conteúdo jurídico das expressões)*. p.75. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁸⁹¹Uma das divisões da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da

em forma de anteprojeto sobre os direitos e garantias individuais da futura Constituição, e a primeira versão, apresentada em 11.05.1987, continha trinta e três incisos e trinta e cinco parágrafos, constando deste último:

§ 35. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou Tribunal⁸⁹².

A segunda versão do seu Anteprojeto separou o dispositivo e criou outros, aproveitando a primeira parte da versão anterior:

§ 36. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata⁸⁹³.

Nesse Anteprojeto, a plena eficácia se limitava às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de primeira geração, não alcançando os demais direitos, nem outras normas constitucionais.

3.2.4. Projeto da Comissão I

O Projeto da Comissão I se dividia em quatro Títulos: dos direitos e liberdades fundamentais; dos fundamentos da nação; das garantias constitucionais; das disposições transitórias.

Nessa divisão, cabia ao art. 29, do Capítulo que tratava das garantias

Mulher, que continha, ainda, as Subcomissões *a* e *b*, encarregadas, respectivamente, dos temas "nacionalidade, soberania e relações internacionais" e "direitos políticos, direitos coletivos e garantias".

⁸⁹²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.78, pp.15/16. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h14.

⁸⁹³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Subcomissão dos direitos e garantias individuais*. v.81, p.15. Brasília: Câmara dos Deputados, maio/1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h14.

constitucionais, conferir eficácia imediata somente às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de primeira geração – inclusive nacionalidade e direitos políticos –, não estendendo o mesmo atributo para os direitos ou garantias de outras gerações⁸⁹⁴.

3.2.5. Anteprojeto da Comissão de Sistematização

Juntando-se os projetos de todas as comissões, a Comissão de Sistematização, sob a relatoria do constituinte Bernardo Cabral, elaborou o primeiro anteprojeto completo da futura constituição, no qual os direitos e liberdades fundamentais compreendiam o Título II e se desdobravam em cinco capítulos: Dos direitos individuais; Dos direitos sociais; Dos direitos coletivos; da nacionalidade; Da soberania popular.

No Título seguinte, dispunha sobre as garantias constitucionais em dois capítulos: Das disposições gerais; Da defensoria do povo, cabendo ao art. 31, que era o primeiro do capítulo "disposições gerais", dispor sobre a eficácia imediata das normas que *"definem esses direitos, liberdades, garantias e prerrogativas"*⁸⁹⁵.

Portanto, nesse Projeto, ao contrário dos que lhe serviram de origem, não apenas as normas definidoras de direitos fundamentais de primeira geração mereceram *status* de eficácia imediata, mas também as que definem direitos sociais.

⁸⁹⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte José Paulo Bizol. v.69, p.23. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 04.05.2006, às 23h30.

⁸⁹⁵BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I, p.12. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 22h57.

3.2.6. Substitutivos da Comissão de Sistematização

Paradoxalmente, os dois substitutivos apresentados pelo relator da Comissão de Sistematização, em paralelo ao Projeto elaborado a partir dos projetos das comissões, a despeito de dispor sobre os direitos e garantias fundamentais quase com a mesma redação, não traziam nenhum dispositivo acerca da eficácia dessas normas⁸⁹⁶.

No Segundo Substitutivo – que se distinguia do Primeiro apenas por incluir os direitos coletivos junto com os individuais no primeiro capítulo – os direitos e garantias fundamentais se desdobravam em cinco capítulos: Direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos⁸⁹⁷.

3.2.7. Projeto (A)

Concluídas as votações do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização e dos dois Substitutivos do relator, com as respectivas emendas e destaques, elaborou-se o Projeto (A) de Constituição, no qual os direitos e garantias fundamentais seguiram o modelo do segundo Substitutivo: Direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Primeiro substitutivo do Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.235. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 05.05.2006, às 23h27.

⁸⁹⁷BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.242. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, a 00h16.

⁸⁹⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão*. v.253, pp.4/14. Brasília: Câmara dos Deputados,

Coube, nesse Projeto⁸⁹⁹, ao § 60 do art. 6º dispor que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*", o que implica dizer que esse *status* era específico dos direitos individuais e coletivos inerentes ao ser humano, sem alcançar até mesmo a nacionalidade e os direitos políticos e, menos ainda, os direitos sociais.

3.2.8. Substitutivo do Centrão

Numa certa fase de turbulência dos trabalhos constituintes, surgiu o grupo que se convencionou chamar de *Centrão*, que, pregando a liberdade para apresentar emendas em qualquer fase, acabou por oferecer um Substitutivo ao art. 6º, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos⁹⁰⁰.

Segundo esse Substitutivo, a eficácia imediata, prevista no art. 6º, § 59, limitava-se às normas que definem direitos e deveres individuais e coletivos, não alcançando os direitos sociais.

3.2.9. Projetos (B), (C) e (D)

Na fase final dos trabalhos constituintes, embora ainda tenha havido muitas discussões e até propostas de suprimir do texto da futura Constituição o dispositivo que conferia eficácia imediata para as normas definidoras de

fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 17h47.

⁸⁹⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão.* v.253, p.8. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, às 10h17.

⁹⁰⁰BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.02.1988.* pp.6759/6763. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 23.05.2006, à 01h37.

direitos e garantias fundamentais⁹⁰¹, acabou por prevalecer o contrário.

De fato, nos Projetos (B)⁹⁰², (C)⁹⁰³ e (D)⁹⁰⁴ coube ao mesmo § 1º do art. 5º dispor que "*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*"

4. CONCLUSÃO

Em linha de conclusão preliminar, pode-se afirmar, segundo mostra o escorço histórico, que desde o início a intenção do Poder Constituinte era garantir que direitos e garantias individuais e coletivos não ficassem à mercê da vontade do legislador ordinário, por isso buscou-se inserir norma que se lhes assegurasse aplicação imediata, segundo o modelo alemão.

Essa conclusão mais se reforça quando se tem em vista que a primeira proposta que buscou inserir o dispositivo na Constituição foi da Subcomissão I-c, que respondia apenas pelos *Direitos e garantias individuais*, ao lado das subcomissões I-a e I-b, que respondiam, respectivamente, pela nacionalidade, soberania e relações internacionais, e direitos políticos, direitos coletivos e garantias desses direitos.

⁹⁰¹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988*. p.12.496. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 24.05.2006, às 03h11.

⁹⁰²BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.67. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 18h04.

⁹⁰³BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (Redação final)*. v.314, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 18h11.

⁹⁰⁴BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D) (Redação final)*. v.316, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 18h16.

Os direitos dos trabalhadores e dos servidores públicos ficaram a cargo da Comissão VII, encarregada da Ordem Social, mais particularmente, sua Subcomissão VII-c⁹⁰⁵, ao lado das subcomissões VII-b e VII-e, versando, respectivamente, sobre saúde, seguridade e meio ambiente, e negros, populações indígenas e pessoas deficientes e minorias, correspondendo ao que, na atual Constituição, recebeu a denominação de *direitos sociais*.

Nem essas subcomissões, nem as outras duas da Comissão I, trouxeram norma semelhante ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Com a evolução dos trabalhos constituintes, acabaram por se reunir no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, os direitos individuais, os direitos coletivos, a nacionalidade, os políticos, os partidos políticos e os direitos sociais, mas, mesmo assim, a regra determinante da eficácia imediata continuou apenas no art. 5º, que veicula direitos e garantias individuais e coletivos, sem alcançar os demais.

Com isso, é possível extrair cinco conclusões imediatas:

a) a técnica legislativa indica que seu conteúdo é próprio de cabeça de artigo – não de parágrafo, inciso ou alínea⁹⁰⁶ –, por representar um atributo específico das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, as

⁹⁰⁵RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. v.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

⁹⁰⁶BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. v.299, p.4. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 06.05.2006, às 16h09. Disse o relator: "Exceções, complementos e pormenores constituem matéria para parágrafos, que devem manter íntima relação com o assunto do artigo."

quais, mesmo ante expressa referência, dispensam a *interpositio legislatoris* para permitir invocação pelos interessados, salvo se lhe faltar algum elemento essencial;

b) o dispositivo atribuidor de eficácia imediata não está no *locus constitucional* correto, porquanto não se dirige tão-somente aos direitos e garantias previstos no art. 5º, alcançando os demais artigos, incisos, parágrafos ou alíneas que, integrando o catálogo de direitos fundamentais, não dependam de atividade legislativa ou administrativa complementar;

c) como esse artigo não veicula todos os direitos e garantias fundamentais, limitando-se aos direitos e deveres individuais e coletivos – o que não exclui as normas que lhes conferem garantia –, sem alcançar os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos, seu conteúdo não deveria constar de um parágrafo;

d) sua redação peca por utilizar a expressão "direitos e garantias fundamentais", transmitindo a falsa idéia de que todos gozam da máxima eficácia, quando é certo que essa característica não alcança os direitos prestacionais, em particular aqueles cuja implementação depende de recursos financeiros/orçamentários ou técnico/científicos indisponíveis;

e) em lugar de "direitos e garantias fundamentais" deveria, com melhor técnica, ter sido empregada a mesma redação do Projeto da Comissão I, onde constava que "*as normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata*", ou simplesmente, "*as disposições deste artigo têm eficácia imediata*", antecedendo-a de reserva constitucional do tipo "*salvo disposição constitucional contrária...*".

CAPÍTULO V: CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. NOÇÕES

Pelo que foi exposto, parece ser lícito concluir que a norma inserta no § 1º do art. 5º da Constituição Federal e que é objeto de estudo neste trabalho, não tem aplicação, por um lado, quanto a todos os direitos fundamentais, e, por outro, não vai além deles.

Explicando, quer-se dizer que nem todas as normas definidoras de direitos ou garantias fundamentais gozam da máxima eficácia, assim como se quer dizer que a norma que veicular direito ou garantia que não tiver o caráter de *fundamental*, por não constar do catálogo, não se beneficia deste mesmo *status*.

A necessidade dessa afirmação decorre da estrutura dada ao texto constitucional que, repita-se, denomina o Título II de "direitos e garantias fundamentais", mas o desdobra em cinco capítulos, constando do primeiro, que trata apenas dos direitos e deveres individuais e coletivos, um mero parágrafo dispondo sobre o grau máximo de eficácia de todo o gênero.

Com efeito, o art. 5º, que dispõe sobre os "direitos e deveres

individuais e coletivos”, contém setenta e oito incisos e três parágrafos, constando do primeiro parágrafo a norma asseguradora da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – não de direitos e garantias individuais, mas sim de direitos e garantias fundamentais⁹⁰⁷.

A distinção é justamente essa: o *caput* veicula direitos e deveres individuais e coletivos, que são espécies de “direitos e garantias fundamentais”, mas o parágrafo cogita da máxima eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, isto é, de todo o gênero.

Convém recordar que desde o primeiro esboço do que viria ser a disciplina dos direitos fundamentais, que foi o Projeto da Comissão I, até a redação dada pelo Projeto (D), que se transformou na própria Constituição Federal, houve alguma diferença.

Naquele – Projeto da Comissão I –, os direitos e liberdades fundamentais constavam do Título I, que era dividido em três Capítulos – “direitos individuais”, “direitos coletivos” e “direitos políticos”; em seguida, no Título II constavam os “fundamentos da nação” em quatro capítulos – “do povo e da nacionalidade”, “soberania do povo”, “Estado e suas relações com a sociedade” e “Estado e suas relações com os demais estados e organismos internacionais”.

Ainda nele⁹⁰⁸, as garantias constitucionais ocupavam o Título III que,

⁹⁰⁷O último inciso e o terceiro parágrafo foram acrescentados pela Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004.

⁹⁰⁸BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e*

dividido em dois capítulos – "instrumentos jurídicos" e "defensoria do povo" –, incluía no primeiro (art. 29, § 1º) a regra determinante do grau máximo de eficácia das normas definidoras de direitos, liberdades e prerrogativas previstos na Constituição e em tratados ratificados pelo Brasil.

Nesse – Projeto (D) –, os direitos e as garantias foram reunidos no Título II, que se dividiu em cinco capítulos – "direitos e liberdades individuais e coletivos", "direitos sociais", "nacionalidade", "direitos políticos" e "partidos políticos" –, constando do primeiro a regra da máxima eficácia⁹⁰⁹, embora com redação que parece sugerir extensão a todo o Título.

O quadro abaixo mostra a diferença de concepção entre o Projeto da Comissão I – que foi o primeiro – e o texto final aprovado, constante da Constituição vigente:

PROJETO DA COMISSÃO I		CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE	
TÍTULO I DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS		TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	
Capítulo I Dos direitos individuais	Arts. 1º a 3º	Capítulo I Dos direitos e deveres individuais e coletivos	Arts. 5º, (78 incisos e 3 parágrafos)
Capítulo II Direitos coletivos	Art. 4º	Capítulo II Dos direitos sociais	Arts. 6º a 11
		Capítulo III Da nacionalidade	Arts. 12 e 13
Capítulo III Direitos políticos	Arts. 5º a 7º	Capítulo IV Dos direitos políticos	Arts. 14 a 16
		Capítulo V Dos partidos políticos	Art. 17

Garantias Individuais). Relator constituinte José Paulo Bizol. v.69, p.23. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 04.05.2006, às 23h30.

⁹⁰⁹BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D) (Redação final)*. v.316, p.3. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.05.2006, às 18h16.

TÍTULO II DOS FUNDAMENTOS DA NAÇÃO			
Capítulo I Do povo e da nacionalidade	Arts. 8º a 12		
Capítulo II Da soberania do povo	Arts. 13 a 16		
Capítulo III Do Estado e de suas relações com a sociedade	Arts. 17 a 23		
Capítulo IV Do Estado e de suas relações com os demais estados e organismos internacionais	Arts. 24 a 28		
TÍTULO III DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS			
Capítulo I Dos instrumentos jurídicos	Arts. 29 a 39		
Capítulo II Da defensoria do povo	Art. 40		
Do tribunal de garantias dos direitos constitucionais	Arts. 41 a 42		
Das disposições gerais	Arts. 43 a 48		
Da anistia	Art. 49		

Por isso, indaga-se se todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive as que ocupam os outros quatro capítulos do mesmo Título – direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos – também são dotadas da superioridade que foi dada às normas do primeiro capítulo ou se a superioridade privilegia apenas aquelas.

2. NEM TODOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS SÃO FUNDAMENTAIS

2.1. Noções

Que todos os capítulos do Título II veiculam direitos ou garantias fundamentais não há dúvida, porque a fundamentalidade decorre justamente

do valor que se atribui a determinado direito em certo ordenamento jurídico. Os direitos ou garantias incluídos no catálogo de direitos fundamentais são, só por isso, considerados fundamentais, de modo que o fundamental em um Estado pode não ser em outro⁹¹⁰.

Com efeito, o conceito formal de direitos fundamentais⁹¹¹ leva a concluir que um direito é fundamental quando assim é reconhecido pela norma constitucional de determinado Estado e integra o seu catálogo próprio, razão porque seu sentido não coincide, necessariamente, com o de direitos individuais, nem se pode dizer que direitos individuais são espécies de direitos fundamentais⁹¹².

Por outras palavras, nem todos os direitos individuais são fundamentais, assim como nem todos os direitos fundamentais são individuais, distinguindo-os pelo *locus* constitucional: os direitos ou garantias previstos no art. 5º são fundamentais, enquanto outros dispersos pela Constituição podem ser individuais ou coletivos, mas sem o *status* de *fundamentais*⁹¹³.

⁹¹⁰SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. t.1, p.27. Buenos Aires: Astrea, 1993.

⁹¹¹ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Op. cit., p.21.

⁹¹²Segundo anotações de Arion Romita, o professor Peces-Barba (MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales (teoría general)*. p.37. Madrid: Universidad Carlos III y *Boletín Oficial del Estado*, 1999) diz ser preferível a expressão "direitos fundamentais" pelo seguinte: "1º. É mais precisa que a expressão *direitos humanos* e não revela a ambigüidade que esta supõe; 2º. Abarca as duas dimensões contidas na expressão *direitos humanos*, sem incorrer nos reducionismos *iusnaturalista* ou *positivista*; 3º. É mais adequada do que os termos *direitos naturais* ou *direitos morais*, que mutilam os *direitos humanos* de sua faceta *jurídico-positivista*; 4º. É mais adequada do que os termos *direitos públicos subjetivos* ou *liberdades públicas*, que podem perder de vista a dimensão moral e restringir o sentido à faceta de consagração pelo ordenamento; 5º. Por sua aproximação com *direitos humanos*, mostra-se sensível a uma imprescindível dimensão ética. (In *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*." (ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p.45, n. 20).

⁹¹³ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Op. cit., p.45.

2.2. Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 712

A distinção entre direitos ou garantias individuais e direitos ou garantias fundamentais tem sido afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas oportunidades.

Ao examinar pedido de liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 712-DF, pela qual se argüiu a inconstitucionalidade da Lei nº 8.200, de 28.06.1991, que modificou a forma de correção dos balanços das pessoas jurídicas, provocando indireto aumento do montante do imposto sobre a renda, o relator, ministro Celso de Mello, ressaltou que os limites ao poder de tributar constituem garantias individuais dos contribuintes. Consta de seu voto⁹¹⁴:

(...)

O princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação.

Trata-se, na realidade, à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da Carta Política, de princípio que - por traduzir limitação ao poder de tributar - é tão-somente oponível pelo contribuinte à ação do Estado.

É preciso ter presente que, a partir de razões de ordem histórica e política, foram instituídos, em nosso sistema de direito positivo, mecanismos de proteção jurídica, destinados a tutelar os direitos subjetivos do contribuinte em face da atividade tributante do Poder Público.

Esses direitos, fundados em princípios de extração constitucional,

⁹¹⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.144/2, p.435, ADI 712/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

somente pelo contribuinte podem ser reclamados, sendo, em consequência, defeso ao Estado invocá-los em desfavor do sujeito passivo da obrigação tributária.

(...)

Os princípios constitucionais tributários, desse modo, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições.

(...)

Uma indicação importante para a qualificação da norma inscrita no art. 150, III, alíneas "a" e "b" da Constituição Federal de 1988 é o reconhecimento de que ela constava, tanto na Constituição de 1946 (art. 141, par. 34), quanto na de 1967/69 (art. 153, par. 29), no capítulo consagrado aos direitos e garantias individuais. Parece óbvio que a colocação atual daquele dispositivo no título da Constituição referente à tributação e ao orçamento não alterou a sua natureza: estamos, aí, a todas as luzes, diante de uma norma primária e não secundária, para usarmos da conhecida classificação de H.L.A. Hart. A Constituição, nesse passo, atribui direitos aos contribuintes e não, simplesmente, regula o lançamento tributário.

Mesmo assim, o relator negou a liminar por não ver configurado o requisito do perigo da demora, no que foi seguido por maioria com voto vencido do ministro Marco Aurélio, extraíndo-se da ementa⁹¹⁵:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.200/91 (arts. 3º e 4º). Correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas. Reflexo sobre a carga tributária sofrida pelas empresas em exercícios anteriores. A questão das limitações

⁹¹⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 712 MC/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento 07/10/1992, DJ 19-02-1993 pp-02032 ement vol-01692-02 pp-00265 RTJ vol-00144-02 pp-00435.

constitucionais ao poder de tributar (titularidade, alcance, natureza e extensão). Periculum in mora não configurado, especialmente em face das medidas de contra-cautela instituídas pela Lei nº 8.437/92. Suspensão liminar da eficácia das normas impugnadas indeferida por despacho do relator. Decisão referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições.

O princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação. Trata-se, na realidade, à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da carta política, de princípio que – por traduzir limitação ao poder de tributar – é tão-somente oponível pelo contribuinte a ação do estado.

(...)

Merece destaque o último parágrafo em que expressamente se reconhece que os princípios constitucionais tributários são garantias individuais outorgadas aos particulares pelo ordenamento estatal, de modo que, mesmo não sendo garantias fundamentais – por não integrarem o catálogo – merecem o *status* de cláusulas pétreas como *cerne da constituição*⁹¹⁶.

⁹¹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.1129. Ao discorrer acerca dos "limites da revisão constitucional", o autor os divide em formais e materiais, e estes, por sua vez, em superiores e inferiores, expressos e tácitos, e absolutos e relativos. Os

2.3. Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 939

Em outro julgado mais expressivo, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez assentou a natureza de garantia individual dos limites do poder de tributar, mesmo não sendo garantia fundamental, por isso reconheceu seu caráter de cláusula pétrea.

Tudo começou com necessidades de *caixa* do governo. As autoridades fazendárias conseguiram fazer aprovar a Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que autorizava a União instituir, por lei complementar, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira sem ter que respeitar o princípio da anterioridade da lei tributária⁹¹⁷. O art. 2º da Emenda Constitucional assim dispunha:

Art. 2º. A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

(...)

§ 2º. Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III,

limites superiores seriam as denominadas *cláusulas pétreas* que, constituindo o cerne da constituição, impedem a supressão de certas matérias dela constante. Diz o autor: "*Quanto ao segundo ponto – limites superiores –, existem, efectivamente, limites ao poder de revisão, pois algumas normas da constituição não podem ser objecto de revisão. A determinação das normas constitucionais que, por constituírem o cerne da constituição, não podem ser objecto de revisão, conduz-nos aos desenvolvimentos seguintes*". No Brasil, o que constitui as denominadas cláusulas pétreas estão indicadas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal: "*§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. A forma federativa de Estado; II. O voto direto, secreto, universal e periódico; III. A separação dos Poderes; IV. Os direitos e garantias individuais*". Nos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu-se que os limites ao poder de tributar constituem espécies de "*garantias individuais*", e, por isso, são cláusulas pétreas, sendo irrelevante o fato de não constar do catálogo de direitos e garantias fundamentais.

⁹¹⁷CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário (de acordo com a Lei Complementar n.118/2005)*. 17.ed., pp.159/160. São Paulo: Saraiva, 2005; AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro (de acordo com a Lei Complementar n.118/2005)*. 11.ed., pp.120/134. São Paulo: Saraiva, 2005.

b, e VI, nem o disposto no § 5º do art. 153 da Constituição.

Parece manifesto que a intenção do constituinte era clara tentativa de fugir dos limites ao poder de tributar, especialmente do princípio da anterioridade constante do art. 150, III, "b"⁹¹⁸, pois não era necessária emenda constitucional autorizativa para instituir novos impostos, sendo suficiente para isso o art. 154, I, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 154. A União poderá instituir:

I. mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

(...)

Ora, se já existe autorização constitucional para se instituir novos impostos, por que razão teria sido aprovada a emenda constitucional? Naturalmente, era uma manobra para tentar fugir dos limites ao poder de tributar, como mais tarde seria reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade nº 939⁹¹⁹, na qual se alegavam vários vícios de inconstitucionalidade, particularmente por ofensa ao art. 150, III, "b".

Reconhecendo que o imposto podia ter sido instituído com base no art. 154, I, da Constituição Federal, sem necessidade de emenda constitucional, disse o ministro Sidney Sanches em seu voto:

⁹¹⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...). III. Cobrar tributos: (...). b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;"

⁹¹⁹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 939/DF, relator ministro Sydney Sanches, 15/12/1993, DJ 18-03-94 pp-05165 ement vol-01737-02 pp-00160.

6. Não se cuida, na hipótese, de exercício de competência residual. Trata-se, isto sim, de opção que o Congresso Nacional fez, munido de seu poder constituinte derivado, de autorizar diretamente a criação do IPMF por nova norma constitucional consubstanciada no art. 2º da EC 03/93. E tudo sem alterar o texto constitucional original, dado o caráter emergencial e provisório do novo imposto, com curto período de vigência. Nem foi, por tudo isso, cogitada a inclusão da inovação no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁹²⁰.

Em seu longo e bem fundamentado voto de sessenta e três páginas, o ministro reconheceu, expressamente, que o princípio da anterioridade é garantia individual – por isso é cláusula pétrea –, tendo dedicado a este ponto todo o item IV de seu voto, denominado “O IPMF e a não-aplicação do princípio da anterioridade”. Dali se extrai:

48. Um outro empeço propalado diz respeito ao princípio da anterioridade. Prega-se que tal princípio, inserto nas limitações constitucionais do poder de tributar, seria, por natureza, um dos direitos e garantias individuais; assim, o § 2º, do art. 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, ao excetuar a aplicação do art. 150, caput, inciso III, alínea “b”, da Constituição, ao Imposto sobre Movimentação Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, teria descurado a cláusula pétrea do inciso IV, § 4º, do art. 60, do Estatuto Político de 1988⁹²¹.

Mais adiante, o ministro assim deixou assentado, ao tomar por empréstimo parte de sua decisão proferida em sede cautelar⁹²²:

IV. Os direitos e garantias individuais.

Entre esses direitos e garantias individuais, estão pela extensão

⁹²⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, p.771, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

⁹²¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, p.784, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

⁹²²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, p.811, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

contida no § 2º do art. 5º e pela especificação feita no art. 150, III, "b", a garantia ao contribuinte de que a União não criará nem cobrará tributos, "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou."

No caso, o art. 2º da E.C. nº 03/93, permitindo a instituição do tributo em questão, no mesmo ano de 1993, o que se consumou com o advento da Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, parece, assim, a um primeiro exame, para efeito de medida cautelar, haver afrontado o disposto nos referidos § 2º do art. 5º, art. 150, III, "b", e § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Isso basta para que, ao menos durante o presente exercício de 1993, se suspenda a eficácia do referido art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 03/93, e, conseqüentemente, da Lei nº 77/93.

Até porque se o recolhimento do tributo tiver de ser feito, estará no entretempo, onerando os contribuintes, ao que parece, indevidamente, sendo sempre demorada, como é, a repetição do indébito tributário.

Considero, pois, preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris") e do risco da demora ("periculum In mora"), ao menos no que concerne à incidência e cobrança do I.P.M.F., durante o exercício de 1993.

Finalmente, concluiu o voto declarando a inconstitucionalidade do dispositivo que autorizava a cobrança do tributo no mesmo ano de publicação da lei respectiva, considerando que o princípio da anterioridade tributária é garantia individual, mesmo não sendo garantia fundamental.

Por sua vez, o ministro Carlos Velloso deixou claro que os direitos individuais não se confundem com os direitos fundamentais, pois, ao contrário destes, que se concentram no catálogo, aqueles se espalham pela Constituição. São suas as palavras:

Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, inciso IV, estabelece que

“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV. Os direitos e garantias individuais.” Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração. O mundo evoluiu, e assim, também, o Direito⁹²³.

O ministro Marco Aurélio foi mais enfático ao também rechaçar a manobra⁹²⁴:

Senhor Presidente, os antigos já diziam que nada surge sem uma causa, sem uma justificativa, decorrendo, daí, o princípio do motivo determinante. Indago-me: por que a União desprezou o teor do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal e, ao invés de utilizar-se do meio adequado nele inserto para a criação de um novo imposto, lançou mão de emenda constitucional? A resposta é, desenganadamente, a tentativa de burlar as garantias constitucionais vigentes, drible que não pode prosperar, porquanto o inciso IV do § 4º do artigo 60 é categórico no que veda a tramitação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Buscou-se, mediante esse instrumento, que é a emenda constitucional, viabilizar um imposto que pela própria nomenclatura tem

⁹²³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, p.828, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

⁹²⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, pp.822/823, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

repercussões inconciliáveis com "certas garantias do contribuinte".

Ao final, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da emenda constitucional e da lei complementar que dela resultou, ficando o julgado com a seguinte ementa:

EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. O princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. O princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4º, inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.);

3. A norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos,

atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em conseqüência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3º, 4º, e 8º do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspenderá a cobrança do tributo no ano de 1993⁹²⁵.

Em essência, o Tribunal entendeu que os limites ao poder de tributar – de que o princípio da anterioridade é manifestação –, não constando do respectivo catálogo, não são garantias fundamentais, mas mesmo assim são garantias individuais.

Enfim, embora nem todos os ministros tenham se manifestado claramente quanto à distinção, ou, como o ministro Celso de Mello, tenham afirmado que os limites ao poder de tributar constituem direito fundamental do contribuinte, acabou prevalecendo a tese de que são duas categorias distintas: nem todos os direitos individuais são fundamentais e nem todos os fundamentais são individuais⁹²⁶.

2.4. A Emenda Constitucional nº 28, de 28.05.2000

A Emenda Constitucional nº 28, de 28.05.2000, oferece um bom exemplo de como a doutrina procura ver distinção entre direitos fundamentais e direitos individuais, a ponto de negar aos primeiros a natureza dos segundos

⁹²⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, pp.755/756, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

⁹²⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.151/3, p.830, ADI 939/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

quando não constar do rol do art. 5º, mesmo reconhecendo que estes podem ser esparsos pela Constituição⁹²⁷.

Essa emenda modificou a redação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal⁹²⁸, passando a sujeitar o direito dos trabalhadores rurais ao mesmo prazo prescricional previsto para os urbanos, o que acabou por prejudicá-los, vez que antes da modificação não se sujeitava à prescrição⁹²⁹.

Em face do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que atribui caráter pético aos direitos e garantias individuais, houve quem entendesse que a imposição de prazo prescricional era prejudicial aos rurícolas e, por isso, a emenda seria inconstitucional por violação de cláusula pétrea, como Arnaldo Sussekind, para quem os direitos sociais são modalidades de direitos individuais. São suas as palavras⁹³⁰:

Afigura-se-nos que o Congresso Nacional não poderá, por meio de emendas, abolir "direitos e garantias individuais" (artigo 60, § 4º, IV), entre os quais se inserem os direitos sociais elencados no artigo 7º, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da nossa Lei Maior.

De modo contrário, Moreira Pinto entende que o direito à

⁹²⁷BREGA Filho, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988 (conteúdo jurídico das expressões)*. p.76. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁹²⁸BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...). XXIX. Ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;"

⁹²⁹BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...). XXIX. ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;" Cfr.: BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 2.v., p.492. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁹³⁰SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Constituição*. p.45. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

imprescritibilidade pode ser reduzido, desde que se ressalve direito adquirido:

Resumindo: No caso de direito de aquisição sucessiva, como o é o da prescrição, há regras próprias para resolver os conflitos de lei no tempo, a lei constitucional que equiparou o trabalhador rural ao urbano há de ser aplicada sem atingir situações já constituídas no domínio da lei velha, seja por instituir prescrição até então inexistente, seja por criar novos requisitos para prescrição já instituída, seja por alterar lapso de tempo ...

De todo o exposto acima, se conclui que aos empregados rurais admitidos anteriormente a alteração do prazo prescricional, prestando serviços ou desligados há menos de dois anos da propositura de eventual reclamação, é garantido o direito de ação para reclamar todos os créditos gerados ao longo do contrato de trabalho, dentro do prazo de cinco anos, contado da vigência da lei nova. Após cinco anos da edição da lei nova, ficarão imunes à prescrição apenas os créditos gerados nesses mesmos cinco anos, passando-se, daí, à prescrição sucessiva ou parcial⁹³¹.

O professor Estevão Mallet corrobora esse entendimento, de que os direitos sociais não gozam do mesmo *status* conferido aos direitos individuais, e, por isso, negou que a emenda constitucional seja inconstitucional⁹³²:

(...) De todo modo, não há como afirmar a inconstitucionalidade da inovação que aqui se examina. Mesmo reconhecida a possibilidade de controle de constitucionalidade de norma de revisão constitucional ou de emenda à Constituição, como já é hoje largamente aceito, aos direitos sociais, ainda que considerados fundamentais, não se conferiu a particular rigidez atribuída aos direitos individuais, insuscetíveis de abolição.

Por isso, a redução dos prazos de prescrição – indesejável que seja –

⁹³¹PINTO, Raul Moreira. *Aplicação da nova regra prescricional da Emenda nº 28/00*. In Revista LTr, v.65, n.5, pp.553/557. São Paulo: LTr, maio/2001.

⁹³²MALLET, Estevão. *A prescrição na relação de emprego rural após a emenda constitucional n. 28*. In Revista LTr, v.64, n.8, pp.999/1001. São Paulo: LTr, agosto/2000.

não ofende a regra limitativa do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Ofensa haveria, isso sim, se se estabelecesse prazo excessivamente curto, de modo a inviabilizar o efetivo direito de tutela jurisdicional, em desacordo com a garantia do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, o que não é o caso.

(...)

Aos direitos sociais, ainda que considerados fundamentais, não se conferiu a particular rigidez atribuída aos direitos individuais, insuscetíveis de abolição. Por isso, a redução dos prazos de prescrição, indesejável que seja, não ofende a regra limitativa do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Por fundamento diverso, o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, com sede em Maceió, mesmo entendendo que os direitos sociais constituem direitos individuais, e, por isso, cláusulas pétreas, decidiu que a Emenda Constitucional nº 28 não é inconstitucional⁹³³:

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Nona Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade da Emenda nº 28, de 25.05.2000, argüida pelo Ministério Público do Trabalho.

Em certo trecho do voto condutor, o relator consignou, com todas as letras, sua compreensão de que os direitos sociais são direitos individuais, inclusive referindo-se ao entendimento de outro magistrado em artigo específico sobre o tema. São suas as palavras naquele voto:

Com efeito, somos concordes com o Parquet em colocar os direitos sociais ao alcance do dispositivo supra destacado. Também é este o entendimento do Juiz do TRT da 3ª Região, Antônio Álvares da Silva, esposado no seu judicioso artigo "Prescrição do Trabalhador Rural

⁹³³BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. Relator juiz Ricardo Gomes de Barros, RO 01134.2000.055.19.00-0, julgamento de 26.06.2001, DOE/AL 17.07.2001. In <http://www.trt19.gov.br/>, acesso em 18.06.2006, às 12h20.

após a Emenda Constitucional 28/2000" (Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 1, jan./mar./2001), pág. 62, no qual conclui que: "... sob a expressão "direitos e garantias individuais", estão compreendidos os capítulos I e II - Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e Direitos Sociais".

No mesmo sentido se posicionaram os ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, do E. STF, no julgamento da ADIn 939-07/DF, reconhecendo os direitos e garantias sociais como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais referidas no artigo acima transcrito, conforme relata Alexandre de Moraes "In" Direito Constitucional, 6ª ed., 1999, Atlas, pág. 507.

Contudo, data venia de opinião contrária, entendemos que a Emenda Constitucional 28, ao estabelecer para o trabalhador rural a mesma regra de prescrição existente para o urbano, durante a vigência do contrato, não "tende a abolir" direito ou garantia individual do primeiro. É que, no nosso modo de sentir, a imprescritibilidade da ação relativa aos créditos resultantes do contrato do trabalhador rural, durante a sua vigência, constituía apenas mera expectativa de direito, em face do que dispunha o artigo 233 da Constituição Federal.

(...)

Em suma, a limitação, em cinco anos, do prazo prescricional no decorrer da relação de emprego do trabalhador rural não se afigura inconstitucional. Pelo exposto, rejeitamos a prefacial.

O Tribunal Superior do Trabalho acabou firmando posição, de certa forma intermediária, ao decidir que a emenda constitucional não é inconstitucional, mas não se aplica aos contratos de trabalho extintos até 28.05.2005 – cinco anos após sua vigência – em respeito ao direito adquirido. A ementa do julgado é a seguinte:

EMENTA: Prescrição quinquenal. Trabalhador rural. Inaplicabilidade dos efeitos da Emenda Constitucional nº 28/2000 a contrato de trabalho rural extinto em sua vigência e anteriormente a 29/05/2005,

ou seja, cinco anos contados da data da promulgação dessa emenda. Em razão de tratar-se da instituição de prazo prescricional restritivo de direito relativamente ao prazo prescricional que vigia no direito brasileiro, para o trabalhador rural anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 28/2000, quando não havia incidência da prescrição no curso do contrato de trabalho, tem-se como solução melhor adequada, aos contratos de trabalho que vigoravam na data da publicação da aludida emenda constitucional, a inaplicabilidade dos seus efeitos, ou seja, a imprescritibilidade das pretensões até o limite de cinco anos contados da publicação da emenda, 29/05/2005, desde que observado evidentemente o prazo prescricional de dois anos, contados da extinção do contrato de trabalho. Inocorrência de violação ao art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Aresto inespecífico (Súmula nº 296/TST). Recurso de Revista não conhecido⁹³⁴.

Na esteira desse julgado, o direito de reclamar verbas trabalhistas, integrando o rol dos direitos sociais, não tem natureza de direito individual, por isso a imprescritibilidade dos direitos do trabalhador rural – que era uma de suas garantias – pode ser retirada sem violar a constituição, não sendo aplicável apenas a quem havia implementado direito adquirido.

2.5. Há direitos sociais que são direitos individuais

2.5.1. Noções

Parece que essa não é a melhor orientação, contudo. De fato, pode-se até afirmar que nem todos os direitos individuais são fundamentais, porque realmente só o são os que constam do catálogo próprio.

Mas, justamente por essa razão – por constar do catálogo próprio – é

⁹³⁴BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROC. Nº TST-RR-758/2002-121-04-00.5 C, relator ministro Carlos Alberto Reis de Paula, julgamento de 24.05.2006, DOU 16.06.2006. In <http://www.tst.gov.br/>, acesso em 18.06.2006, às 12h25.

que não se pode negar aos direitos sociais – entre os quais se incluem os direitos do trabalhador – a natureza de direitos fundamentais, nem se lhes pode retirar, só por isso, o caráter de direitos individuais.

Um direito pode ter *status* de social sem que perca o de individual, porque, como disse Alexy, "*una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore*"⁹³⁵.

Com efeito, considera-se individual um direito quando for suscetível de ser atribuído ou invocado em caráter de exclusividade por cada indivíduo⁹³⁶; ao contrário, é coletivo quando, a despeito de poder ser invocado por um indivíduo, seu exercício pressupõe o concurso de várias vontades, como o direito de greve e o direito de associação⁹³⁷.

Assim sendo, negar que a imprescritibilidade de pretensões quanto a créditos trabalhistas é garantia individual só porque não consta do art. 5º, mas sim do art. 7º, equivale a negar que a garantia da gratuidade de registro civil para pessoas pobres é direito social só porque não consta do art. 7º, mas sim do art. 5º, LXXVI, da mesma Constituição, o que seria manifesta impropriedade.

⁹³⁵ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). p.41. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

⁹³⁶ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Op. cit., pp.151/152 e, particularmente, p.155 onde afirma: "*Na verdade, é inaceitável a existência de antinomias entre os direitos fundamentais tidos por direitos individuais e direitos fundamentais vistos como direitos coletivos*".

⁹³⁷Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte houve propostas, como a apresentada pela Comissão de Sistematização, de separar direitos individuais e direitos coletivos em capítulos distintos no mesmo título. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. v.223, v.I. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 18.06.2006, às 16h10).

2.5.2. Conteúdo do catálogo de direitos dos trabalhadores

Em reforço do que se disse no tópico anterior, tenha-se presente que o catálogo de direitos dos trabalhadores pode ser dividido em dois grupos: o dos direitos individuais e o dos direitos coletivos. Os primeiros compreendem, basicamente, os incisos em que se desdobra o art. 7º, enquanto os segundos ocupam os arts 8º a 11.

É neste sentido que a professora Alessandra Bontempo, depois de relacionar os direitos previstos no art. 7º e classificá-los como “*direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho*”⁹³⁸, afirma:

*Relativamente aos direitos coletivos dos trabalhadores, a Constituição de 1988 assegurou a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); o direito de substituição processual (art. 8º, III); o direito de greve (art. 9º); o direito de participação laboral nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); e direitos de representação nas empresas de mais de duzentos empregados (art. 11)*⁹³⁹.

Por conseguinte, a imprescritibilidade da pretensão quanto a créditos de natureza trabalhista, constante do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, cujo exercício depende apenas de cada trabalhador, embora a todos se estenda, é garantia individual e, por isso, não se lhe pode negar a qualidade de cláusula pétrea, porque são pétreas, entre outras, as normas que definem direitos e garantias individuais.

⁹³⁸BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais (eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988)*. 1.ed., 2.tir., p.80. Curitiba: Juruá, 2006.

⁹³⁹BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais (eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988)*. 1.ed., 2.tir., p.81. Curitiba: Juruá, 2006.

2.6. Conclusão

Respeita-se, assim, a decisão tomada pelos tribunais, o que não quer dizer que com ela haja concordância. Os direitos individuais constam do catálogo de direitos fundamentais ou fora dele; fora dele, são individuais, mas não fundamentais.

Por outro lado, o fato de um direito ser catalogado como social não lhe retira, só por isso, o caráter de individual, assim como nem todos os direitos tidos por individuais são individuais; aliás, muitos são típicos direitos estritamente coletivos, como o direito de reunião e o direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder.

De fato, não resta dúvida de que o constituinte, sem distinguir entre direitos individuais e coletivos, tratou de forma diferenciada os direitos individuais e os direitos fundamentais, tanto que há vários dispositivos constitucionais que se referem expressamente aos primeiros sem cogitar dos segundos, como os seguintes:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III. Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

—

Art. 60.

(...)

4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV. Os direitos e garantias individuais.

—
Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)

II. Nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

—
Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

III. O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

—
Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Em todos, há referência expressa aos direitos ou garantias *individuais*, mas não a direitos ou garantias *fundamentais*, porque – insista-se – o conceito formal destes últimos os reduz ao catálogo próprio, não sendo fundamental

outro, por mais importante que seja, que não o integre⁹⁴⁰.

Por tudo, pode-se concluir que nem todos os direitos individuais são direitos fundamentais, como tais não se considerando os que residem fora do catálogo próprio, que é o Título II da Constituição Federal de 1988.

Mas, direitos individuais existem esparsos fora do catálogo dos direitos fundamentais⁹⁴¹, como o direito de não ser obrigado a pagar mais imposto do que o devido⁹⁴² ou o direito de exercer qualquer atividade econômica independentemente de autorização dos órgãos públicos⁹⁴³, salvo em casos expressamente previstos em lei⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ALEXI, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Op. cit., p.21. "La definición formal se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales. Según su variante más simple, los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución. Por lo general, esto ocurre cuando los derechos fundamentales aparecen compilados en un único catálogo."

⁹⁴¹CHALITA, Gabriel. *Heurística e direito*. In *Hermenêutica plural* (org. BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, e RODRIGUEZ, José Rodrigo). p.235. São Paulo: Martins Fontes, 2005. "Os direitos e garantias individuais não se concentram apenas no artigo 5º da Constituição Federal, mesmo porque, se a dignidade da pessoa humana é princípio nuclear, informador de todo o texto, é natural que esteja presente em outros princípios".

⁹⁴²Para maior compreensão do dever de pagar impostos, cfr.: NABAIS, Casalta José. *O dever fundamental de pagar impostos (contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo)*. pp.15/sets. Coimbra: Almedina, 1998.

⁹⁴³BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. "Art. 170 (...). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

⁹⁴⁴É pacífica a orientação doutrinária de que os direitos fundamentais não são absolutos, mas a restringibilidade depende, necessariamente, de lei. Neste sentido: QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.206, § 3. "3.1. Em ambos os casos, tratando-se de "restrições diretamente autorizadas pela Constituição", ou de "restrições indirectamente autorizadas pela Constituição", o princípio que rege o respectivo regime é o da "reserva de lei restritiva". Cfr. tb.: ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.277, n.3.1. "Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas de rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior a la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales; las restricciones de rango inferior a la Constitución son restricciones indirectamente constitucionales."

3. ALCANCE LIMITADO DO 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1. Noções

Não obstante a conclusão a que se chegou, de que a regra de máxima eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não se restringe aos catalogados como direitos ou garantias individuais, nem os alcança se, por estarem fora do catálogo, não forem considerados fundamentais, nem sempre será possível emprestar eficácia total para todos os direitos e garantias fundamentais.

Comentando o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, Ingo Sarlet diz que deve ser compreendido como um "mandado de otimização", no sentido de que se deve procurar dar a máxima – mas não, necessariamente, toda – eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. São dele as seguintes palavras:

(...) a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento esse sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho, e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan.⁹⁴⁵

Aliás, a própria previsão constitucional do mandado de injunção permite concluir que nem sempre é possível exercer, ou exigir, direitos fundamentais quando o gozo ou exigibilidade se subordinar à *interpositio legislatoris*, antes que o legislador cumpra o seu dever.

⁹⁴⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.242. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Os direitos a prestações positivas – que marcam os direitos sociais – dependem, quase sempre, de leis que os regulamentem e, especialmente, de políticas públicas⁹⁴⁶ com previsão orçamentária que os contemplem e implementem, assim como podem depender de conhecimentos técnicos ou científicos ainda não desenvolvidos.

As atividades do Estado devem ser coordenadas para o desenvolvimento econômico e social e esta coordenação se dá por meio do planejamento, que não se limita a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os meios para a realização destes objetivos⁹⁴⁷.

A máxima eficácia das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais encontra pelo menos dois limites: aqueles que, por expressa previsão na Constituição, dependem de mera regulamentação, para os quais se instituiu o mandado de injunção, e aqueles que, consistindo-se em direitos a prestações positivas, dependem, muitas vezes, além disso, de reservas financeiras indisponíveis⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 34, n.133, jan./mar./1997, p.90. Brasília: Senado Federal, 1997. Diz a autora, concluindo com citação de Norberto Bobbio: "O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que "só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas."

⁹⁴⁷BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. p.191. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁹⁴⁸KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. p.22. Porto Alegre: SAFE, 2002. Diz o autor: "A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos.". No mesmo sentido afirma outro autor: "(...) a consolidação dos direitos sociais e sua conseqüente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política".

3.2. Direitos que dependem do mandado de injunção

3.2.1. Noções

Um bom exemplo de que nem todas as normas que definem direitos fundamentais gozam da máxima eficácia, decorre da previsão constitucional do mandado de injunção. Com efeito, no rol das ações constitucionais de garantia, ao lado das tradicionais representadas pelo mandado de segurança e habeas corpus, inseriu-se o mandado de injunção nos seguintes termos:

Art. 5º (...).

LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁹⁴⁹;

Ressalta-se a parte final desta norma, que delimita e direciona o mandado de injunção apenas para os "*direitos e liberdades constitucionais*" e para "*prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*", sem cogitar de garantias fundamentais e, tampouco, sem distinguir entre direitos individuais, coletivos ou sociais.

(OLIVEIRA Júnior, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. p.75. In Os dez anos da Constituição Federal: O Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. In Anais do Seminário Democracia e Justiça (O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito). Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. pp.85/95. Porto Alegre: TJERS, 1998. Mas, nem todos pensam assim, preferindo sustentar que até mesmo os direitos fundamentais denominados "prestacionais" gozam do *status* da plena eficácia. Neste sentido, cfr.: BONTEMPO, Alessandra Gotti (*Direitos sociais: Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Op. cit., p.194); FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas (normatividade, operatividade e efetividade)*. p.182. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In Revista de Direito Público. n.57/58, pp.254/255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

⁹⁴⁹SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção (estudos e pareceres)*. São Paulo: Paumape, 1988; OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SIDOU, Maria José Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O reconhecimento constitucional de que a falta de regulamentação⁹⁵⁰ pode inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, representa aparente antagonismo para com a regra que confere aplicabilidade direta das normas que definem direitos e garantias fundamentais.

O antagonismo é meramente aparente, porém, porque a constituição, mesmo contendo diversidade de regras e princípios⁹⁵¹, traduz uma unidade ao negar hierarquia entre suas normas, pois todas emanam de única fonte, que é o poder constituinte originário⁹⁵²:

A Constituição, portanto, não é uma ordem da totalidade da colaboração sócio-territorial e essa atividade não é, de forma alguma, mera "execução da Constituição". Tampouco ela é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática. Seus elementos, todavia, dependem um do outro e repercutem um sobre o outro e somente o concerto de todos produz o todo da configuração concreta da coletividade pela Constituição. Isso não significa que esse concerto seja livre de tensões e contradições, porém, sim, que a Constituição somente pode ser completamente compreendida e exatamente interpretada se ela for entendida nesse sentido como unidade e que Direito Constitucional está dirigido muito mais para ordenação de conjunto do que para demarcação e exclusão.

⁹⁵⁰Por "regulamentação", deve-se compreender toda atividade necessária para dar vida à constituição, podendo ser lei, ato administrativo ou, em certos casos, ato particular, quando a lei não for suficiente. Cfr.: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito (a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão)*. p.68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁹⁵¹Em sentido contrário, admitindo antinomias dentro da Constituição: DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3.ed., rev., pp.61/64, cap.VIII (um caso de antinomia real na Constituição Federal vigente). São Paulo: Saraiva, 1998. Mas, a mesma autora fala de antinomias aparentes. Op. cit., pp.65/90.

⁹⁵²HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. da 20.ed. HECK, Luís Afonso). pp.38/39. Porto Alegre: SAFE, 1998.

Mais adiante, inclusive remetendo a este ponto, Hesse abordou expressamente o princípio da unidade da constituição como determinante para a interpretação constitucional:

aa) Pertence a isso, em primeiro lugar, o princípio da unidade da Constituição. A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição (supra, número de margem 20) fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. (...) ⁹⁵³

Assim posta a questão, conclui-se que não há, propriamente, antagonismo entre as disposições constitucionais, senão a disposição de regras e exceções: a regra é que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais gozam de máxima eficácia; a exceção é que nem todas detêm este grau de eficácia, em benefício das quais se instituiu o mandado de injunção, para ser utilizado quando o legislador deixa de cumprir as ordens ou imposições de legislar⁹⁵⁴, reconhecendo, assim, que podem existir direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania cujo exercício depende de norma regulamentadora.

3.2.2. Finalidade do mandado de injunção

O mandado de injunção foi instituído, justamente, para tutelar o

⁹⁵³HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. da 20.ed. HECK, Luís Afonso). p.65. Porto Alegre: SAFE, 1998.

⁹⁵⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed., p.1093. Coimbra: Almedina, 1993; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2.ed., rev., t.II, p.403, n.403. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

exercício de direitos e liberdades constitucionais⁹⁵⁵ e prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania nos casos em que, dependendo de regulamentação, o poder competente descumpra sua obrigação, por não editar as normas necessárias ou por não tomar providências de natureza administrativa, sem as quais a norma constitucional não passa de *letra morta*⁹⁵⁶, uma promessa não cumprida⁹⁵⁷.

Mas, o mandado de injunção não alcançou o *status* de ação mandamental que se esperava⁹⁵⁸, não passando de mero instrumento para

⁹⁵⁵A expressão "liberdades constitucionais" não se resume à liberdade de locomoção, pois, por um lado, está grafada no plural, e, por outro, a própria Constituição fala de liberdade de consciência, crença, associação, reunião, aprender, informação jornalística, ação profissional, entre outras. Neste sentido, cfr.: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed., p.539, n.4.2. Coimbra: Almedina, 1993: "As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a ações negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que, distinguindo-se entre "direitos, liberdades e garantias", tem de haver algum traço específico, típico das posições subjectivas identificadas como liberdades. Esse traço específico é o da alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre viver ou morrer). A "componente negativa" das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex. ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão)."

⁹⁵⁶MARTINEZ, Julian Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. In *Cuestiones constitucionales* (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 15, jul./dic./2006, p.16, n.49, ISSN 1405-9193, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=15>, acesso em 15.06.2006, às 22h54.

⁹⁵⁷SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Op. cit., t.1, p.88, "c".

⁹⁵⁸Convém recordar que desde as primeiras propostas de redação da vigente Constituição já constava o mandado de injunção, inicialmente com o seguinte teor: "§ 35. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão de ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal". BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais)*. Relator constituinte Darcy Pozza. v.78, pp.15/16. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.06.2006, às 14h36. A constituinte Anna Maria Rattes propôs a Emenda nº

declarar – em proveito e em vista de caso concreto *interpartes* – a mora do legislador; não lhe impõe prazo para sair do estado de inércia, nem a suprir por meio de sentença que normatize o modo de exercer o direito dependente de regulamentação. A frustração é clara, como se vê em Canotilho⁹⁵⁹:

Se o mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuais de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função jurisdicional, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões políticas e jurídicas, se começar a destruir o "rochedo de bronze" da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos.

O melhor estágio jurisprudencial alcançado pelo mandado de injunção foi o de servir como espécie de sentença condenatória em favor do prejudicado pela falta da norma regulamentadora, que poderá se valer da

1C0249-3 dando a seguinte redação: "§ 35. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão de ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal. Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional; verificando-se a inexistência ou omissão da lei, o Tribunal proporá ao poder competente a promulgação de norma que venha a suprir a falta". A justificativa para a proposta foi apresentada nos seguintes termos: Em sua justificativa para a Emenda, disse a constituinte: "O reconhecimento do direito do cidadão impetrar mandado de injunção para garantir direito assegurado constitucionalmente não deve implicar na omissão de preceito que redunde na obrigatoriedade de edição de norma que venha a suprir a sua falta. Além disso, entendemos que o instrumento normativo, proposto como complementação a este parágrafo, deva ser aplicável a todo o conjunto das normas que estabelecem os direitos e garantias individuais, dada a sua importância jurídica." BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Relator constituinte Darcy Pozza. v.79, p.139. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987, in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>, acesso em 27.06.2006, às 14h39.

⁹⁵⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas (as garantias do cidadão na justiça)*. p.367. São Paulo: Saraiva, 1993.

sentença que julgar procedente o pedido e requerer ao juiz, diretamente, a liquidação para fins de futura execução, sem necessidade de propor ação de conhecimento⁹⁶⁰.

Logo, tratando-se de direito fundamental cujo exercício se subordine à *interpositio legislatoris*, enquanto esta não sobrevier, não há como efetivá-lo, nem exercê-lo, o que permite concluir que o próprio constituinte ditou uma regra – a da máxima eficácia –, mas ao longo do catálogo de direitos e garantias fundamentais inseriu exceções explícitas, subordinando seus efeitos a futura regulamentação, ou as admitiu implicitamente, ao subordinar pleno gozo à existência de recursos financeiros indisponíveis, ou técnico-científicos ainda não desenvolvidos.

3.2.3. Um caso exemplar: aviso prévio proporcional

Um exemplo de como nem todos os direitos fundamentais gozam da

⁹⁶⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 562/RS, relator ministro Carlos Velloso, DJ 20-06-2003 pp-00058 ement vol-02115-02 pp-00260. "EMENTA: Mandado de injunção. Artigo 8º, § 3º, do ADCT. Direito à reparação econômica aos cidadãos alcançados pelas portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica. Mora legislativa do Congresso Nacional. 1. Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do mandado de injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, "hic et nunc", de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2. Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3. Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do "quantum" devido. (...)".

máxima eficácia, por depender de regulamentação legislativa, consta do art. 7º, XXI, da Constituição Federal, que dispõe ser direito do trabalhador urbano ou rural o *“aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.”*

A questão que se põe, então, é saber se sem a lei expressamente mencionada o trabalhador terá direito de exigir de seu patrão⁹⁶¹, por ocasião da ruptura do contrato de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Há quem, como o ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, sustente a imediata aplicabilidade do direito do trabalhador sem necessidade de aguardar a elaboração da lei, como se vê em artigo doutrinário⁹⁶²:

Figuremos um exemplo. A Constituição estabelece que o empregado tem direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (CF, art. 7º, XXI) . Um empregado de dez anos de casa tem direito, evidentemente, a aviso prévio superior a um outro de apenas um ano. A Constituição confere-lhe o direito, direito, entretanto, inócuo, dada a inexistência da lei regulamentadora expressamente prevista (art. 7º, XXI). O mandado de injunção, pois, que tem caráter substantivo, fará as vezes da norma infraconstitucional ausente e integrará o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem, jurídica.

⁹⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In Constituição, direitos fundamentais e direito privado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). 2.ed., ampl., pp.273/299. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In Constituição, direitos fundamentais e direito privado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). 2.ed., ampl., pp.301/340. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁹⁶² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As novas garantias constitucionais*. In Revista de Direito Administrativo. v.177, n.14, p.24. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

Mas, também há quem sustente o contrário⁹⁶³, e essa é a corrente majoritária, inclusive vencedora no próprio Supremo Tribunal Federal, como restou assentado no mandado de injunção nº 124⁹⁶⁴, em que o relator, ministro Carlos Velloso, foi vencido em sua posição de que ele se presta para elaborar a norma para o caso concreto. Consta de certa passagem de seu voto:

Proseguindo no julgamento, faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça: para o caso concreto elaboro a norma a ser observada, nos seguintes termos: o aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias (C.F., art. 7º, XXI).

Assim votei, Senhor Presidente, por ocasião do julgamento do MI nº 369-DF.

Obtida a norma – e é isto o que o impetrante procura obter no mandado de injunção – retornam os autos ao Juízo Trabalhista, onde prosseguirá a reclamação trabalhista já ajuizada. No Juízo Trabalhista, o reclamante comprovará os dados fáticos que comporão a relação fatos-norma objetiva, vale dizer, os fatos sobre os quais a norma obtida incidirá. Dessa incidência, poderá surgir o direito subjetivo perseguido, sendo tal decisão do Juízo Trabalhista. Reporto-me, também no ponto, ao voto que proferi no citado MI 369-DF. Nestes termos, julgo procedente a ação de mandado de injunção⁹⁶⁵.

O ministro Marco Aurélio também foi voto vencido, sustentando o entendimento de que o mandado de injunção se presta para efetivar o direito carente de norma regulamentar. São dele as seguintes palavras:

⁹⁶³DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Direito do trabalho*. 3.ed., p.79. São Paulo: Nelpa, 2004.

⁹⁶⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 124- SP, relator ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18-06-1993, pp-12108 ement vol-01708-01 pp-00097.

⁹⁶⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.148, p.656, MI 124-Sp. Brasília: Supremo Tribunal Federal, junho de 1994.

Quanto ao mérito, propriamente dito, acompanho o nobre Relator. Não posso, de forma alguma, entender que se inseriu no inciso LXXI do artigo 5º um preceito inútil, porque estaria a viabilizar, apenas, a constatação de que o Legislativo está omissos.

A Suprema Corte não é convocada, com a impetração do mandado de injunção, apenas para certificar que o Congresso Nacional continua omissos. Não! Ela é convocada para lançar no mundo jurídico um provimento que viabilize o exercício do direito previsto constitucionalmente. Buscou-se, com a garantia constitucional do mandado de injunção, conferir instrumentalidade suficiente à eficácia dos direitos previstos na própria Carta. Não posso, portanto, emprestar ao mandado de injunção contornos de verdadeira ação direta de inconstitucionalidade por omissão, muito menos dividir as matérias a serem examinadas, preservando, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a constatação da omissão e transferindo ao juízo de primeiro grau — como ocorreu pelo menos uma vez nesta Corte —, a apreciação da parte mais importante da medida, que é a fixação das condições indispensáveis ao exercício do direito.

Volto ao meu tempo de Tribunal Superior do Trabalho, em que, na apreciação de dissídios coletivos, fixava condições a serem observadas, ou seja, lançava, no mundo jurídico, cláusulas com carga normativa a serem observadas obrigatoriamente e de forma abstrata. E digo mais: enquanto ficamos nós aqui, receosos de adentrar esse campo, o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de dissídios coletivos, vem fixando as condições indispensáveis ao exercício dos direitos previstos no rol do artigo 7º da Constituição Federal e que ainda dependem de regulamentação, muito embora ele o faça com balizas temporais, fixando a vigência dessas condições⁹⁶⁶.

Prevaleceu, contudo, o entendimento de que o mandado de injunção julgado procedente se presta apenas para declarar a mora do Congresso Nacional, sem lhe impor a obrigação de legislar, nem servir de meio para

⁹⁶⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.148, p.656, MI 124-Sp. Brasília: Supremo Tribunal Federal, junho de 1994.

suprir a omissão legislativa em caráter genérico ou particular⁹⁶⁷.

Embora não pareça correto, nem justo, simplesmente dar conhecimento ao Congresso Nacional acerca da falta da norma – do que, ademais, já deve saber – para que adote as providências necessárias – o que seria próprio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – mas sim que, julgando procedente o pedido, o juiz fixasse na sentença as condições para o exercício do direito não regulamentado⁹⁶⁸, o certo é que se negou – e se tem negado há quase dezoito anos – o exercício de um direito fundamental por falta de regulamentação.

3.3. Nem todo direito fundamental goza de máxima eficácia

3.3.1. Noções

Com esse entendimento, e sendo certo que no campo dos direitos fundamentais *"su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal"*⁹⁶⁹, podendo se dizer que são direitos lapidados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há como negar que nem todas as normas que os definem, gozam da máxima eficácia.

Concordando com este entendimento, Cristina Queiroz afirma que os direitos econômicos, sociais e culturais – que formam o conjunto dos direitos fundamentais de segunda geração – se beneficiam do regime geral dos

⁹⁶⁷BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. v.148, p.653, MI 124-Sp. Brasília: Supremo Tribunal Federal, junho de 1994.

⁹⁶⁸Esta é uma das três correntes que se desenvolveram acerca da eficácia do mandado de injunção, ao lado de outras duas que sustentam, respectivamente, que cabe ao Poder Judiciário editar a norma regulamentar (1ª corrente) ou, simplesmente, declarar a mora do órgão competente para elaborá-la (2ª corrente). Cfr.: PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2.ed., rev., atual., e ampl.. pp.146/168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁹⁶⁹ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.39.

direitos fundamentais, *"mas não do regime especial previsto para os "direitos, liberdades e garantias", basicamente o disposto no art. 18 da Constituição."*⁹⁷⁰

Para ela, é essencial considerar que os direitos a prestações ou a atividades do Estado, dependem, muitas vezes, de *"actividade mediadora levada a cabo pelos poderes públicos"*, citando como exemplo os direitos à saúde, à habitação, ao urbanismo e ao ensino, para os quais se fala da "reserva do possível" – possibilidade dependente de recursos econômicos, especialmente. São suas as palavras⁹⁷¹:

Perante este quadro, a compreensão dos direitos económicos, sociais e culturais como "direitos originários" implica uma "mudança de significado" e "compreensão" desses direitos e pretensões, colocando com acuidade o "problema da sua efectividade". É que, se alguns dos direitos económicos, sociais e culturais se apresentam como direitos "directamente aplicáveis", sem necessidade de interposição (e/ou intervenção) do legislador, outros, todavia, apresentam-se como "direitos a prestações", dependentes essencialmente de uma actividade mediadora levada a cabo pelos poderes públicos. Exemplo do que se acaba de afirmar, quanto ao primeiro caso, será o "direito de propriedade" (artigo 62.º) ou o "direito de iniciativa privada" (artigo 61.º). Exemplo do segundo, será o do "direito à saúde" (artigo 64.º), do "direito à habitação e urbanismo" (artigo 65.º) ou do "direito ao ensino" (artigo 74.º).

Realmente, há direitos fundamentais – individuais ou coletivos, sociais ou de outra natureza – que não dependem de regulamentação, tanto por

⁹⁷⁰QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.149.

⁹⁷¹QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.150. Para esses direitos, a autora lembra que a doutrina fala da "reserva do possível": *"Ora, justamente, é nessa questão da "efectividade" dos direitos económicos, sociais e culturais que se tem vindo a falar na "reserva do possível" (Vorbehalt des Möglichen), querendo com isso acentuar a dependência desses direitos dos "recursos económicos" existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira."*

apenas imporem limitações às entidades públicas ou privadas – direitos a prestações negativas que marcam os direitos de liberdade –, como porque, a despeito de serem direitos prestacionais, encontram em sua própria enunciação os elementos necessários para aplicabilidade.

Exemplos dos primeiros são os direitos à vida e ao exercício profissional; dos segundos, o direito de petição e o direito de receber por horas extras valor superior, pelo menos, em cinquenta por cento que o valor da hora normal de trabalho. Nesses casos, a própria norma constitucional se encarrega de *apresentar* os elementos necessários para efetivar o direito enunciado, sem necessidade de aguardar regulamentação legislativa, a saber:

a) ao reconhecer o direito à vida, o constituinte está a impedir que Estado e seus agentes matem;

b) ao reconhecer a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), o constituinte dispensa o trabalhador da necessidade de aguardar regulamentação profissional;

c) ao incluir o direito de petição no rol dos direitos de defesa, o constituinte não estabeleceu nenhum procedimento a ser observado, cabendo, simplesmente, ao interessado peticionar aos poderes públicos em defesa de seus direitos ou contra o que considera ilegal ou abusivo;

d) ao fixar o valor mínimo das horas extras em cinquenta por cento a mais que as horas normais, o constituinte impõe obrigação positiva ao patrão, que deve cumpri-la sem poder alegar ausência de norma regulamentadora.

Por outro lado, há direitos previstos no art. 7º que, semelhantemente

ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço – que não tem como ser exigido pelo trabalhador enquanto não for regulamentado por lei –, também não gozam da máxima eficácia, por expressa disposição constitucional, dos quais muitos entrelaçam particulares e outros, entidades públicas, especialmente o Estado, que deve propiciar meios que os tornem efetivos.

Ademais, o catálogo contém, ainda, outros tantos direitos sociais em relação aos quais não há referência expressa acerca da necessidade de lei para torná-los efetivos, mas mesmo assim não há como negar que não podem ser judicialmente exigidos antes que sejam regulamentados ou que haja disponibilidade financeira, ou, ainda, antes que se desenvolvam recursos técnicos ou científicos suficientes.

É sobre esta peculiaridade – que marca os direitos sociais – que se cuidará a seguir, ressaltando que entre eles há aqueles que expressamente exigem lei regulamentar, como aqueles que exigem lei, mas não expressamente, e, por fim, aqueles que dispensam regulamentação legislativa como condição de eficácia jurídica.

3.3.2. Direitos sociais que, expressamente, exigem lei

O catálogo de direitos fundamentais individuais, constante do art. 7º da Constituição Federal, contempla nove espécies distintas, cuja efetivação, inequivocamente, depende de lei, e todas se dirigem ao Estado, que tem o dever de regulamentá-los, e ao patrão, que deverá suportar os ônus decorrentes da implementação.

Esses direitos constam da tabela a seguir, cujos dispositivos

constitucionais exigem, expressamente, a intermediação legislativa:

INCISO	TEXTO CONSTITUCIONAL
I	Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.
IV	Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.
X	Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.
XI	Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei ⁹⁷² .
XII	Salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei.
XIX	Licença-paternidade, nos termos fixados em lei ⁹⁷³ .
XX	Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.
XXIII	Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.
XXVII	Proteção em face da automação, na forma da lei.

Em todos esses casos, o exercício do direito depende de regulamentação legislativa por expressa vontade constitucional: a forma de proteger contra despedida arbitrária⁹⁷⁴ ou sem justa causa; o valor do salário mínimo; a forma de proteger o salário; a participação nos lucros ou resultados⁹⁷⁵, ou na gestão da empresa; o valor do salário-família para trabalhador de baixa renda⁹⁷⁶; a duração e condições para gozo da licença-

⁹⁷²BRASIL. LEI Nº 10.101, DE 19.12.2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências.

⁹⁷³Não se descuida da regra transitória constante do art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela qual se garante, por ora, eficácia ao dispositivo ao fixar o prazo de cinco dias para a licença-paternidade enquanto não for editada e lei mencionada.

⁹⁷⁴Ver sobre isso no item 3.3.4. neste mesmo capítulo, a seguir.

⁹⁷⁵DELLA ROSA, Fernanda. *Participação nos lucros ou resultados (a grande vantagem competitiva)*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁹⁷⁶Inclusive porque "baixa renda" é conceito indeterminado que depende de determinação

paternidade; a forma de proteger o mercado de trabalho da mulher; o valor dos adicionais de remuneração; a forma de proteção contra a automação⁹⁷⁷.

Em geral, o exercício desses direitos não depende de disponibilidade financeira, mesmo porque não são imposições contra o poder público, mas sim contra o particular, em especial contra a classe patronal, sendo indispensável, porém, regulamentação legislativa para lhes precisar os conceitos que, na Constituição, são indeterminados⁹⁷⁸.

Exemplos de conceitos indeterminados podem ser vistos nos dispositivos que se referem ao "salário-família para trabalhador de baixa renda" e ao "mercado de trabalho da mulher". O que é baixa renda? Qual o valor do salário-família? No conceito de família serão considerados apenas os filhos ou outros parentes? Existe um mercado de trabalho para mulher, ao qual os homens não têm acesso?

Só por estas perguntas se percebe a necessidade de intermediação legislativa para tornar possível o exercício desses direitos. Nem todos pensam assim. Carlos Martínez defende, em artigo inédito, e com base na "*Recomendación General Número 3*", do "*Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*", a imediata e total eficácia dos direitos sociais nos seguintes termos⁹⁷⁹:

legislativa que, inclusive, defina se se trata de ônus patronal ou de benefício social a ser pago pela previdência social.

⁹⁷⁷Típico caso de proteção de trabalhador que não evoluiu, contra a natural e necessária evolução tecnológica.

⁹⁷⁸DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v.40, pp.163/176. Curitiba: UFPR, 2004.

⁹⁷⁹MARTÍNEZ, Carlos de la Torre. *El derecho a la no discriminación como una alternativa de*

Esta falsa suposición ha quedado finalmente abandonada en virtud de la Recomendación General número 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual, además de afirmar que el compromiso de los Estados de tomar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos contenidos en el Pacto no puede condicionarse ni limitarse por ninguna consideración, establece que algunas disposiciones del Pacto, tales como; la igualdad de derechos de hombres y mujeres, el derecho a igual salario por trabajo igual, el derecho a formar sindicatos, el derecho de huelga, la protección de los derechos de los niños, el derecho a la educación, la libertad de investigación etc., son de aplicación inmediata de parte de los órganos judiciales de los Estados Parte.

Não se pode desprezar, contudo, que o autor tem em vista o princípio da igualdade – que proíbe discriminações – e seus exemplos não resolvem o problema da falta de regulamentação de certos direitos fundamentais, notadamente os que dependem de prestações positivas, tanto que só relaciona direitos que se traduzem em forma de vedações proibitivas de comportamentos discriminatórios.

Para estes, realmente, não há necessidade de regulamentação, mas o mesmo não é possível dizer em relação a todos, especialmente quanto àqueles cujo exercício dependa de definição legislativa por expressa determinação constitucional.

3.3.3. Direitos sociais que não exigem, mas dependem de lei

Ao lado dos direitos sociais que, por expressa disposição constitucional, dependem de leis ou atos de governo para se tornarem

acceso a los derechos sociales. p.98. In Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos. México-Comisión Europea.
http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/05_delatorre.pdf, acesso em 26.07.2006, às 02h56.

aptos a produzir os efeitos que lhes são esperados, há outros cujas normas são incompletas e, por isso, não podem ser considerados eficazes o bastante para serem invocados como direitos subjetivos sem a *interpositio legislatoris*.

Com efeito, não há necessidade, nem é suficiente, expressa previsão de lei na norma constitucional definidora de direito ou garantia fundamental para subordiná-la ou dispensá-la da regulamentação legislativa. Há normas constitucionais que, a despeito de utilizarem expressões como “nos termos da lei” ou “a lei disporá”, não dependem de lei para alcançarem eficácia jurídica, assim como há normas que se omitem quanto a essas expressões, mas mesmo assim clamam por regulamentação⁹⁸⁰.

O rol dos direitos sociais do trabalhador que não exige, expressamente, regulamentação legislativa, mas sem ela não é capaz de permitir o gozo efetivo pelos interessados, por isso dela depende, contempla duas categorias: a) direitos cujo exercício representa ônus para o patrão, projetando, assim, a discutida eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a que a doutrina tem se dedicado⁹⁸¹; b) direitos cujo exercício, embora consistente em prestações positivas, representa ônus apenas para o Estado.

O quadro abaixo mostra quais são esses direitos fundamentais

⁹⁸⁰Vide item “3.3.3.3. Desnecessidade de expressa referência à lei”, no Capítulo III.

⁹⁸¹UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

conforme o ônus seja patronal ou estatal:

ÔNUS PARA O PATRÃO	ÔNUS PARA O ESTADO
III. fundo de garantia do tempo de serviço;	II. seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
IX. remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;	XXIV. aposentadoria;
XXII. redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;	XXV. assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;
XXVIII. seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;	
V. piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;	

Efetivamente, cabe ao Estado regulamentar e pagar o seguro-desemprego, assim como lhe cabe efetivar meios para que o trabalhador possa se aposentar e, naturalmente, pagar os seus proventos ou a pensão de seus dependentes. O exercício do primeiro direito – seguro-desemprego – representa ônus direto para o Estado e depende tanto de regulamentação legislativa, como de reservas financeiras. O mesmo se pode dizer quanto ao direito à aposentadoria.

Apenas quanto à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas é que pode suscitar alguma dúvida, porquanto pode parecer que se trata de obrigação patronal, mas parece mais lógico reconhecê-la como sendo ônus estatal. De qualquer forma – obrigação do Estado ou do patrão –, o exercício depende de regulamentação, mesmo ante ausência de referência expressa na Constituição, porque é necessário que se especifique em que deverá consistir a assistência.

Os demais direitos do trabalhador – fundo de garantia por tempo de serviço, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, seguro contra acidentes de trabalho e piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho – inequivocamente impõem ônus ao empregador, embora a regulamentação dependa de ato do poder público⁹⁸².

Cabe ao Estado editar lei fixando o valor do trabalho noturno, mas quem pagará ao trabalhador é o empregador; cabe ao Estado editar normas de saúde, higiene e segurança que reduzam os riscos inerentes ao trabalho, mas os custos da implantação recairão sobre o empregador; cabe ao Estado instituir o seguro contra acidente de trabalho, mas o custo deve ser suportado pelo empregador; cabe ao Estado determinar o valor do piso salarial, mas o pagamento do que for disciplinado caberá ao empregador.

O ponto comum entre esses direitos do trabalhador cujos ônus recaem sobre o patrão ou o Estado é a dependência de regulamentação, não podendo, antes disso, serem invocados, nem exigidos judicialmente, especialmente quando houver necessidade de recursos financeiros⁹⁸³.

⁹⁸²ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.468. “Los derechos a competencias de derecho privado son derechos frente al Estado para que este formule normas que son constitutivas para las acciones jurídicas de derecho privado y, con ello, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado”.

⁹⁸³QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Op. cit., p.153. A autora afirma que mesmo nesses direitos há certa vinculatividade, mas a efetivação depende, entre outras coisas, da existência de recursos financeiros nem sempre disponíveis. “Nestas condições, não se vê bem como “a priori” não possam ser deduzidas “pretensões subjectivas jusfundamentais” das regras constitucionais consagradoras dos direitos económicos, sociais e culturais. O que ocorre, pura e simplesmente, é que o intérprete se encontra agora limitado, para além da “reserva do possível”, por “exigências metódicas mais exigentes” que o forçam a procurar uma “relação de adequação” entre o “texto da norma” e a “situação concreta” a que se aplica. Isto implica, entre outras coisas, a verificação da existência de recursos orçamentais e

3.3.4. Análise de caso específico: despedida arbitrária

Discorrendo a respeito dos direitos sociais, especialmente em relação ao direito ao trabalho, que considera insuscetível de ser exigido judicialmente, Danilo Zolo assim diz⁹⁸⁴:

Lo que he sostenido en el tema de los "derechos sociales", sirviéndome en parte de las tesis de Jack Barbalet, es otra cosa. He afirmado, por ejemplo, que en un ordenamiento jurídico que opera sinérgicamente con un sistema de economía de mercado, el "derecho al trabajo", no puede ser entendido como una pretensión jurídica garantizada por la posibilidad de actuar eficazmente en juicio para su satisfacción. El derecho al trabajo, aunque sancionado al nivel constitucional, sigue siendo, en los sistemas de economía de mercado, un derecho no justiciable – y, por ello, no aplicable por parte de órganos judiciales con procesos definidos – porque ninguna autoridad judicial puede ordenar a nadie, trátese de un sujeto público o de un sujeto privado, que ofrezca un puesto de trabajo a otro.

Além desse aspecto apontado por Danilo Zolo há vários outros conceitos indeterminados⁹⁸⁵, dependentes, por isso mesmo, de intermediação legislativa que os tornem precisos, como "baixa renda", "automação" ou "despedida arbitrária". Aliás, quanto a este último conceito, mesmo autores que procuram dar máxima eficácia para os direitos sociais vêem certa dificuldade de aplicá-lo antes que seja regulamentado, como Lima Neto⁹⁸⁶:

financeiros disponíveis que garantam a "efectividade óptima" desses direitos e pretensões no quadro de uma "liberdade de conformação" a favor do legislador."

⁹⁸⁴ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales" (a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli)*. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed., p.94. Madrid: Trotta, 2005.

⁹⁸⁵DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v.40, pp.163/176. Curitiba: UFPR, 2004.

⁹⁸⁶LIMA Neto, Arnor. *A proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa no*

Ora, então, diante do status atribuído ao trabalho no contexto constitucional, a interpretação do contido no art. 7º, I, da Constituição Federal não pode ser outro senão o que lhe dê a maior eficácia possível, eficácia consubstanciada na generalização da garantia de emprego contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa a todos os trabalhadores empregados, como única forma de concretizar-se a proposta de instituição do Estado Democrático idealizado pela Constituição Federal de 1988. Sustentar que a risível indenização do art. 10, I, do ADCT, permite o despedimento arbitrário ou injusto, a toda evidência, confronta com o arcabouço de princípios constitucionais que orientam a valorização do trabalho e da própria dignidade do trabalhador sobre todos os demais valores da economia, e que têm como premissa a liberdade exercida no interesse da justiça social. De modo que a indenização compensatória de que trata o art. 7º, I, da CF, somente pode ser compreendida no contexto das hipóteses em que a reintegração for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, ou seja, nos moldes da antiga previsão do art. 496 da CLT. Seja como for, indenização não é garantia de emprego.

Ainda de forma mais direta, Arion Romita admite que a garantia contra despedida arbitrária é ineficaz sem que se precise o seu significado, mesmo porque – acrescenta – é necessário que outras garantias correlatas também sejam regulamentadas. São dele as palavras:

O que se entende por "despedida arbitrária"? O que é "garantia de emprego"? Trata-se de conceitos cuja fixação prévia constitui pressuposto do debate em torno do modo de efetivar o direito do trabalhador à permanência no emprego⁹⁸⁷.

Mais adiante, depois de invocar outros dispositivos da Constituição – art. 1º, IV, art. 6º, art. 170, art. 193, dentre outros – e de leis

contexto dos direitos fundamentais e sua efetividade. In Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais (coord. HASSON, Roland). pp.41/59. Curitiba: Juruá, 2003.

⁹⁸⁷ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Op. cit., p.359.

infraconstitucionais – art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho e um decreto-lei de 1942, que obrigava patrões admitirem empregados com mais de 45 anos – para tentar justificar a garantia do pleno emprego, o autor completa:

A lei complementar que vier a regular o preceito constitucional sancionará a despedida arbitrária ou sem justa causa com indenização compensatória, além de outros direitos. Entre esses "outros direitos", não poderá ser contemplada a reintegração, medida que exclui o pagamento de indenização⁹⁸⁸.

A seguir, recorrendo à Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho – ratificada e depois denunciada pelo Brasil –, que dispunha sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, arremata dizendo que *“O episódio da ratificação e da subsequente denúncia da Convenção n. 158 da OIT merece cuidadoso estudo, pois ele pode inspirar idéias úteis na elaboração da lei complementar que vai, no futuro, regular a proteção contra a despedida arbitrária”⁹⁸⁹.*

3.3.5. Conclusão sobre os direitos sociais

Como se tem mostrado, há, naturalmente, quem sustente ponto de vista contrário, de que os direitos sociais são direitos subjetivos e, por isso, invocáveis judicialmente independente de regulamentação legislativa; para essa corrente, os direitos sociais gozam da máxima eficácia somente pelo fato da norma constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, não distinguir espécies de direitos fundamentais. É o caso de Cunha Júnior, que assim diz:

⁹⁸⁸ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Op. cit., pp.361/362.

⁹⁸⁹ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. Op. cit., p.362.

Enfim, diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente "atribuídos" ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais. A questão a ser ventilada neste item do trabalho diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como decorrência direta da suprema dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada, até porque todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial⁹⁹⁰.

No mesmo sentido, a professora Alessandra Bontempo afirma que os direitos sociais são judicialmente exigíveis, mesmo reconhecendo que dependem de recursos financeiros nem sempre disponíveis⁹⁹¹.

Essa orientação não pode ser aceita, porém. Com efeito, os direitos sociais, entre os quais se incluem os direitos do trabalhador, são mais que problemas jurídicos, residindo mesmo na economia e – reafirme-se – em políticas públicas que possibilitem a criação de empregos e meios de proteção de ambas as partes dessa relação laboral⁹⁹².

Danilo Zolo afirma enfaticamente ser impossível invocar os direitos sociais em razão de sua natureza econômica e jurídica e até propõe que, ao

⁹⁹⁰CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle das omissões do poder público (em busca de uma dogmática constitucional transformada à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição)*. p.284. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹⁹¹BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Op. cit., p.192.

⁹⁹²BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos* (trad. esp. ROIG, Assis). p.82. Madrid: Sistema, 1991. "El derecho al trabajo no basta con fundamentarlo, ni con proclamarlo. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica".

invés de se denominarem "direitos sociais", fossem "serviços sociais"⁹⁹³:

Se trata, por tanto, de una incompatibilidad entre los códigos funcionales de dos subsistemas sociales primarios: el del derecho y el de la economía. Por ello, mi duda sobre la naturaleza jurídica de los "derechos sociales" – una duda clásica, de Ernst Forsthoff a Piero Calamandrei –, no se refiere a una genérica ausencia o insuficiencia de las garantías de los derechos sociales, sino a una imposibilidad funcional de prestarlos, más allá de un umbral notablemente rígido, en el contexto de una economía de mercado.

Nem se pode alegar que a dependência de lei regulamentadora ofende a Constituição, porque é justamente ela que assim dispõe, de modo que essas normas representam exceção à regra da plena eficácia, porquanto não existem incompatibilidades, nem inconstitucionalidades, entre normas constitucionais originárias.

Igualmente, não ofende a Constituição a negação do gozo de algum direito fundamental, mesmo que seja direito social, quando não houver disponibilidade de caixa ou de recursos técnicos ou científicos ainda não desenvolvidos. Aliás, quanto à disponibilidade financeira, por vezes o Estado até tem como superar, mas não se grande sacrifício, de modo que, para atender ao direito de um ou de poucos, tem que sacrificar o da maioria ou de todos.

Situação como essa – em que para atender o direito de poucos se sacrifica o de muitos – tem se verificado no caso de fornecimento de medicamentos pelo poder público, sem nem mesmo se questionar a real

⁹⁹³ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales" (a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli)*. In *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed., p.95. Madrid: Trotta, 2005.

necessidade da tutela estatal, isto é, sem se perquirir sobre a situação financeira daquele que pleiteia a gratuidade, quando é certo que muitos poderiam adquiri-los por seus próprios meios.

Um exemplo estarrecedor foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em mandado de segurança⁹⁹⁴ impetrado pela entidade associativa denominada Grupo de Pacientes Artríticos de Goiás, contra ato do Secretário de Estado da Saúde, que negou o fornecimento do medicamento *Humira*, que custa R\$ 5.429,82 por unidade.

Por maioria, os membros da segunda câmara cível seguiram o voto do relator e concederam a segurança pleiteada, mas limitando a quantidade de medicamentos por considerar o alto custo. Consta do voto do relator:

Embora não concedida a liminar, dado o alto valor da medicação indicada, registro, desde já, que, pelo menos em parte, merece acolhida a pretensão deduzida no writ, já que, do contrário, poder-se-ia gerar resultado inaceitável, sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde dos ora substituídos, porquanto, em razão da hipossuficiência econômica que os aflige, estar-se-ia vedando, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez física e de sua própria vida.

—————
Na espécie, os documentos que instruem a inicial comprovam a enfermidade de que estão acometidos os substituídos, bem como a necessidade do uso do medicamento prescrito, com o fito de frear o avanço da doença e, acima de tudo, amenizar os sintomas a ela

⁹⁹⁴GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 13685-5/101, relator des. Zacarias Neves Coelho, acórdão de 21.03.2006, DJ 14770 de 02.06.2006, in www.tj.go.gov.br, acesso em 15.06.2006, às 22h30.

inerentes, proporcionando-lhes maior qualidade de vida.

Nesse contexto, é de se reconhecer o dever do ente estadual de assumir as suas responsabilidades pertinentes ao fundamental setor da saúde, dentre as quais encontra-se incluso o dever de fornecer o medicamento prescrito aos que dele necessite.

Sem embargo disso, considerando o alto custo do medicamento "HUMIRA", prescrito aos substituídos, inquestionável que a concessão do mandamus, na forma pleiteada, abalaria, de forma vultosa, o Erário estadual. Ora, não se pode olvidar que a atividade financeira do Estado é pré-estabelecida, via orçamento público, razão por que seria incoerente exigir-se do ente estatal cumprimento de ordem incompatível com a realidade vivenciada.

—
Assim, no intento de viabilizar o cumprimento da ordem, valendo-me do princípio da proporcionalidade e em respeito à supremacia da ordem pública, hei por bem limitar o fornecimento da medicação ora requisitada ao máximo de 6 (seis) caixas por paciente, salientando-se, por oportuno, que as pacientes Maria Anita Magalhães Costa e Odênia Ferreira de Meneses Romão pleitearam somente 03 (três) e 04 (quatro) caixas, respectivamente, razão porque, com relação a ambas, fica a concessão do writ limitada ao pedido. Ainda, é de se registrar o falecimento de João Pereira da Silva, que, por óbvio, não será contemplado com a medida.

A posição tomada pelo Tribunal foi dúbia: por um lado, reconheceu o direito dos impetrantes ao medicamento gratuito sem questionar eventual hipossuficiência financeira de cada um, apontando, assim, para a máxima eficácia das normas que definem direitos e garantias fundamentais; por outro, ao considerar o alto custo do medicamento – cuja soma total ultrapassava a casa dos dois milhões e quinhentos mil reais – e limitar a quantidade de medicamentos a serem fornecidos, acabou por sucumbir diante

do *princípio da realidade*⁹⁹⁵.

Com efeito, ao limitar a quantidade de medicamentos por paciente, o Tribunal acabou por negar a máxima eficácia antes afirmada, deixando implícito que não basta ter direito para poder exigi-lo, sendo essencial que demonstre a possibilidade de ser atendido.

Como para satisfazer o direito de poucos seria necessário sacrificar o de muitos, porque o Estado não tinha dinheiro suficiente para satisfazer a todas as necessidades, optou-se por atender o pedido em parte, de modo que a decisão foi, no mínimo, curiosa, pois ou se tem ou não tem direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

4. DIREITOS QUE DISPENSAM REGULAMENTAÇÃO

4.1. Noções

Pelo que se expôs e especialmente em face das distinções entre direitos e garantias fundamentais e também da distinção entre direitos de liberdade, que são direitos a prestações negativas, e direitos sociais, que são direitos a prestação positivas, é possível afirmar, independente da regra constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que há direitos sociais que não dependem de regulamentação legislativa para permitir aos interessados exigi-

⁹⁹⁵O autor deste trabalho participou do julgamento em substituição ao eminente desembargador Alfredo Abinagem e votou pela concessão da ordem por inteiro, ao reconhecer que os impetrantes tinham direito líquido e certo ao fornecimento do medicamento por serem pobres e não ter como adquiri-lo por seus próprios meios. Não deixou, entretanto, de ressaltar que o valor a ser dispendido com poucas pessoas, sacrificaria o mesmo direito à saúde de muitos outros. Sem constar o inteiro teor do voto vencido, consta do acórdão: *“Votou com o relator, o Desembargador Alan S. de Sena Conceição. Votou divergente o Dr. Ari Ferreira de Queiroz, substituto do Desembargador Alfredo Abinagem, que concedia a segurança. Presidiu a sessão o Desembargador Gilberto Marques Filho.”* (p.14).

los de quem for obrigado – poder público ou particulares – a satisfazê-los.

Por outro lado, quanto às normas que definem as garantias clássicas que protegem a vida, a liberdade e a propriedade, por exemplo, a ausência de regulamentação não pode ser óbice para lhes negar aplicação, mesmo quando houver referência a expressa lei.

Com isso, nas linhas finais deste trabalho dispostas nos itens a seguir, pode-se dizer que garantias fundamentais sempre gozam da máxima eficácia, assim como há certos direitos sociais negativos ou positivos que as dispensem.

4.2. Garantias fundamentais dispensam regulamentação

As garantias também são direitos, ensina Canotilho⁹⁹⁶, garantias fundamentais não necessitam de regulamentação para serem exigidas e exercitadas, justamente porque impõem mera *proibição* aos poderes públicos, constituindo-se verdadeiros direitos a prestações negativas.

Um bom exemplo pode ser visto no inciso XII do art. 5º, que trata do sigilo das correspondências e comunicações telefônicas, que inscreve no rol dos direitos fundamentais a inviolabilidade das comunicações nos seguintes termos:

XII. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁹⁹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Op. cit., p.520. Ver mais sobre isso no item “3.5. O que diz a doutrina, sobretudo estrangeira” do Capítulo I, sobre a distinção entre direitos e garantias.

José Afonso da Silva justifica essa norma em razão *“do aumento dos seqüestros de pessoas, quando se usam telefones para comunicações extorsões”*, acrescentando que, para o constituinte, *“o telefone passa a ser instrumento auxiliar do crime e, por conseguinte, manter o sigilo absoluto, em tal caso, seria facilitar a prática do delito”*⁹⁹⁷.

Segundo a norma, é vedado a qualquer pessoa violar conteúdo de correspondência ou comunicação telegráfica alheia, inclusive comunicações telefônicas, salvo esta última, quando, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, o juiz pode impor restrições ou efetiva quebra do sigilo, obedecendo, no entanto, aos termos e limites previstos em lei.

A regra é a inviolabilidade; a exceção, a permissão de que juiz, obedecendo ao que dispuser a lei, determine a violação do sigilo telefônico, interceptando as conversas ali travadas ou apenas identificando os contatos originados ou recebidos, sem conhecer o conteúdo do que se falou.

Por ser norma definidora de garantia – garantia da privacidade⁹⁹⁸, que impõe proibição ao poder público, a inexistência da lei não pode ser eleita como obstáculo para que se a desrespeite; inexistindo lei regulamentar, o juiz não poderá autorizar ou determinar a quebra do sigilo em hipótese alguma.

Em sede doutrinária, encontra-se o magistério de Adda Pellegrini Grinover no sentido de que, sem a lei regulamentar, o juiz não pode autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, de modo que a garantia da inviolabilidade sem regulamentação é, por assim dizer, garantia integral. São

⁹⁹⁷ *Manual da Constituição de 1988*. p.27. São Paulo: s.ed., s.a..

⁹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. p.26. São Paulo: s.ed., s.a..

dela as palavras⁹⁹⁹:

Evidente que enquanto não vier a lei estabelecer as hipóteses e a forma em que as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada específica, não suprimindo a ausência de lei específica.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus para trancar ação penal que se embasava unicamente em prova obtida por meio da quebra de sigilo telefônico decretada antes da entrada em vigor da lei que a regulamentou¹⁰⁰⁰.

O caso versava sobre interceptação telefônica ordenada por juiz de vara de execução penal, antes da edição da lei regulamentar, com o objetivo de apurar a prática de crime de tráfico de entorpecentes por um funcionário da justiça e um preso da prisão local, que tramavam o ilícito por meio de telefone.

Iniciada a ação penal com base na prova colhida por meio do *grampo* telefônico, o denunciado impetrou sucessivos habeas corpus até chegar perante o Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o ministro Maurício Corrêa, que, citando outro julgado de que também foi relator, afirmou que sem a *interpositio legislatoris* a prova se tornou imprestável. Consta de seu voto:

Claro está, pois, que é possível a interceptação telefônica mediante

⁹⁹⁹*Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In Novas Tendências do Direito Processual. pp.60/80. Rio de Janeiro: Forense, 1990.*

¹⁰⁰⁰BRASIL. LEI Nº 9.296, DE 24.07.1996. "Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática."

autorização judicial, “na forma que a lei estabelecer”, mas para tanto torna-se indispensável a interpositio legislatoris, sem o que, toda e qualquer prova obtida, enquanto não haja lei que regulamente o dispositivo, é ilícita, e a meu ver, nenhum efeito pode produzir, por ser além de ilícita, inteiramente inidônea. Daí porque quem nessa situação se coloca, não pode sequer ser objeto de investigação criminal, e com muito mais razão, não pode ser denunciado, julgado ou condenado. Não havendo ato legislativo que discipline o mecanismo do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, é de aplicar-se o comando constitucional do inciso LVI, deste mesmo artigo, que prescreve serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.¹⁰⁰¹

Ao final, concluiu seu voto dizendo da necessidade de lei para que o juiz possa autorizar a quebra do sigilo telefônico:

(...) enquanto não houver lei que, nas hipóteses e na forma da lei, autorize essas gravações, creio não dever o Supremo Tribunal Federal emprestar a sua interpretação para que continue a perpetuar esse achincalhe e ultraje em que se tem transformado a escuta telefônica para objetivos tão baixos, pérfidos e soezes, em prejuízo da privacidade que a Constituição Federal garante aos cidadãos.

Segundo este julgado, o sigilo das comunicações telefônicas é uma garantia constitucional fundamental que tem por objeto proteger a privacidade do indivíduo, para o que não há necessidade de regulamentação. A lei que o dispositivo alude expressamente não se presta para regulamentá-la, mas sim para disciplinar as situações em que pode ser validamente desprezada.

¹⁰⁰¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81154/SP, relator ministro Maurício Corrêa, 02/10/2001, DJ 19-12-01 pp-00004 ement vol-02054-02 pp-0034. O julgado ficou com a seguinte ementa: “EMENTA: Habeas-corporis. Formação de quadrilha. Condenação fundamentada em prova obtida por meio ilícito. Nulidade. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida.”

4.3. Direitos sociais que dispensam lei regulamentar

4.3.1. Noções

O catálogo de direitos do trabalhador, que apresenta como peculiaridade o fato de veicular obrigações impostas geralmente a particular, ao invés de serem para o Estado, como os direitos de liberdade, contempla vários direitos que não dependem de regulamentação legislativa, não apenas por falta de previsão expressa, mas porque a própria norma constitucional contém todos os elementos necessários para sua conformação e aplicação¹⁰⁰².

Alguns representam típicos direitos a prestações positivas, enquanto outros, prestações negativas; aqueles, resultando ônus para o patrão, e estes, apenas proibição de certos comportamentos, conforme a tabela a seguir:

DIREITOS A PRESTAÇÕES NEGATIVAS	DIREITOS A PRESTAÇÕES POSITIVAS
VI. irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;	VIII. décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
VII. garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;	XV. repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
XIII. duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;	XVI. remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
XIV. jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;	XVII. gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XXX. proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;	XVIII. licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
XXXI. proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e	

¹⁰⁰²BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. pp.35. São Paulo: Saraiva, 1982.

critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;	
XXXII. proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;	
XXXIII. proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;	
XXXIV. igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.	
XXVI. reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;	
XXIX. ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;	

4.3.2. Direitos a prestações negativas

Os direitos a prestações negativas¹⁰⁰³ não oferecem maior dificuldade porque, simplesmente impondo limitação de atividade, não dependem de regulamentação, como os direitos individuais civis e políticos de primeira dimensão¹⁰⁰⁴.

Com efeito, não há necessidade de regulamentar o inciso VI, que impede o patrão de reduzir os salários dos empregados sem contar com a intervenção dos sindicatos em convenção ou acordo coletivo. Não importa qual é o valor do salário; o que importa é que não poderá ser reduzido e, para isso, não há necessidade de regulamentação alguma.

O mesmo se diz em relação a todos os demais direitos a prestações

¹⁰⁰³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p.189, n.1.1.1.

¹⁰⁰⁴BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed., p.517. São Paulo: Malheiros, 2000.

negativas, que são, por assim dizer, direitos de defesa, bastando, para que gozem de proteção judicial, da simples previsão constitucional¹⁰⁰⁵.

4.3.3. Alguns direitos a prestações positivas

Mas, mesmo os direitos a prestações positivas constantes do quadro dispensam a *interpositio legislatoris* porque a própria norma constitucional contém todos os elementos necessários para permitir a produção dos efeitos que dela são esperados¹⁰⁰⁶.

Por exemplo, não há necessidade de regulamentar o inciso VIII, que assegura ao trabalhador o direito a décimo terceiro salário com base na remuneração íntegra ou no valor da aposentadoria; simplesmente, cabe ao patrão pagar treze salários por ano, o último – décimo terceiro – correspondendo ao valor dos demais, regra que se aplica aos proventos de aposentadoria¹⁰⁰⁷.

Os demais direitos a prestações positivas constantes do quadro – repouso semanal remunerado, valor das horas-extras, adicional de férias e licença à gestante – também gozam de máxima eficácia desde a simples inclusão na Constituição, sem necessidade de intermediação ou complementação legislativa.

Aliás, a norma que trata da licença à gestante já foi reconhecida pelo

¹⁰⁰⁵CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle das omissões do poder público (em busca de uma dogmática constitucional transformada à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição)*. p.284. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁰⁰⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p.98.

¹⁰⁰⁷BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Enunciado 253. "A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antiguidade e na gratificação natalina." In www.tst.gov.br, acesso em 18.06.2006, às 18h32.

Supremo Tribunal Federal como tendo eficácia imediata, sem necessidade de aguardar regulamentação legislativa¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1946/DF, relator ministro Sydney Sanches, julgamento de 03/04/2003, DJ 16-05-2003 pp-00090 ement vol-02110-01 pp-00123: "EMENTA: Direito constitucional, previdenciário e processual civil. Licença-gestante. Salário. Limitação. Ação direta de inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998. Alegação de violação ao disposto nos artigos 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. (...)"

CONCLUSÕES

Delimitado pelo objetivo do trabalho consistente em interpretar art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tendo em vista especialmente a sua redação e o *locus* constitucional, por um lado e, por outro, a impossibilidade material de cumprir o comando constante de algumas normas que definem direitos e garantias fundamentais, os estudos realizados permitem extrair as conclusões que se seguem:

QUANTO AO CAPÍTULO I

1. Os direitos e garantias fundamentais constituem um dos núcleos das constituições, sendo contemplados por todas, inclusive em países não-democráticos, nos quais, possivelmente, não passam de meras enunciações ou promessas não cumpridas.

2. A forma de enunciação dos direitos e garantias fundamentais varia de país para país e de uma época a outra, mas sempre com tendência ampliativo-evolutiva, desde uma primeira, em que se limitavam a imposições delimitadoras do poder das autoridades, até a situação presente, que contempla direitos que transcendem o indivíduo para residir em toda a comunidade.

3. Nem sempre os direitos e garantias constam de capítulos ou

dispositivos constitucionais específicos, sendo comum se encontrarem reunidos ou, inclusive junto com deveres constitucionais, de tal modo que, no Continente Americano, de trinta e quatro constituições, apenas seis os separam, enquanto quatorze sequer fornecem uma classificação digna de nota.

4. No Brasil, a vigente Constituição adotou metodologia original em comparação com as anteriores ao abrir um Título específico, com cinco capítulos, para os direitos e garantias fundamentais, mas mesmo assim contém graves defeitos, especialmente por não separar direitos e garantias e nem direitos individuais e coletivos.

5. Tampouco, separa os deveres constitucionais e, quanto aos denominados direitos sociais, indica-os no art. 6º em nove espécies, das quais somente uma – direitos do trabalhador – mereceu detalhamento no mesmo Capítulo, enquanto três – educação, saúde e previdência social – foram objeto de Capítulos próprios no Título que trata da Ordem Social, e cinco – moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados –, acabaram ficando dispersos, merecendo, quando muito, meras referências vazias de conteúdo.

6. A expressão “direitos fundamentais” não se resume a meros direitos, englobando, também, as “garantias fundamentais”, ambos se expressando, às vezes, em um mesmo dispositivo constitucional, distinguindo-se uns dos outros pelo fato de os primeiros se refletirem por disposições meramente declaratórias, e as últimas, disposições assecuratórias, só se justificando em face da potencialidade de desrespeito ou lesão àqueles.

7. Alguns direitos são individuais e outros, coletivos, distinguindo-se uns dos outros pela impossibilidade de os segundos serem atribuídos em caráter de exclusividade a uma pessoa, embora o exercício dependa de cada um, como o direito de reunião ou o petição em contra ilegalidade ou abuso de poder.

8. O constitucionalismo brasileiro adota conceituação formal de direitos fundamentais, como tais considerando apenas e tão-somente os que constam do catálogo próprio, independente do conteúdo, ao mesmo tempo em que nega a direitos esparsos pela Constituição o *status* de fundamental, mesmo quando sejam inerentes à pessoa.

9. Os limites ao poder de tributar constituem clara manifestação de garantias individuais, mas não são fundamentais pela simples e única razão de constarem do art. 150 da Constituição, e não do catálogo-tipo.

10. Acompanhando a evolução da humanidade, os direitos fundamentais também evoluíram e formaram o que se pode classificar como "gerações", sem concluir que uma substitua outra, porque, como ensina Robert Alexy, uma situação pode ser melhorada sem que outra piore, tanto que se tem preferido as expressões "famílias" ou "dimensões" para classificá-los.

11. "Gerações", "dimensões" ou "famílias", é certo que há direitos fundamentais de cunho negativo ou positivo, aqueles, próprios das liberdades civis e políticas, e estes, mais propriamente englobando os direitos econômicos e sociais, de que são espécies principais os direitos do trabalhador e os direitos de solidariedade.

12. Os direitos de liberdade impõem às autoridades e aos particulares comportamentos negativo-impeditivos, no sentido de que não precisam fazer nada em prol do indivíduo, bastando que não atrapalhem ou perturbem.

13. Os direitos de cunho positivo não se restringem a limitar a ação das autoridades ou padrões, por exemplo, impondo, antes, a um ou outro obrigações de tomarem medidas efetivas para permitir ao indivíduo o efetivo exercício ou gozo, como a criação de empregos, a implantação de sistemas de aposentadorias, a contratação de professores nas escolas, ou, pelo menos, a regulamentação de certos conceitos indeterminados.

QUANTO AO CAPÍTULO II

14. Ao interpretar a norma constitucional, não raras vezes o intérprete se depara com incompletudes que clamam por complementação legislativa, especialmente para tornar precisos certos conceitos indeterminados, como "pequena propriedade", "bons costumes", "serviço essencial", "necessitado" ou outros semelhantes, que normalmente exteriorizam reserva de lei.

15. Por reserva de lei, entende-se a necessidade de que, não apenas o Poder Legislativo, mas também a Administração, edite atos de sua competência para regulamentar conceitos constitucionais abertos, sem o que os direitos ou obrigações decorrentes da norma constitucional não se acham aptos a produzir todos os efeitos que lhe são esperados.

16. A aplicação de uma norma jurídica para o fim que dela se espera depende da reunião de quatro elementos: hipótese, mandamento, consequência e destinatário. Esses elementos nem sempre constam das

normas constitucionais, pois a finalidade da constituição não é regulamentar detalhes, senão apenas apontar as questões fundamentais, deixando as demais para complementação legislativa.

17. As normas constitucionais dotadas dos quatro elementos são aptas, por si só, a produzirem todos os efeitos que lhe são esperados, ao lado das quais convivem outras normas, também completas, que, por isso, dispensam, mas admitem, regulamentação ou complementação legislativa.

18. As da primeira espécie, sendo completas, podem ser denominadas de normas de eficácia plena ou total, ou de máxima eficácia, não suscetíveis de regulamentação, e as da segunda, normas de eficácia restringível, redutível ou contida, porquanto a lei que as regulamentar poderá estabelecer certas condições ou exigências que nem todas as pessoas preenchem.

19. Por outro lado, há normas em que faltam um ou mais elementos, as quais são, por isso, denominadas de normas incompletas, cuja eficácia jurídica, assim entendida a aptidão para produzir efeitos, depende da intermediação de outras entidades públicas ou privadas, especialmente do Poder Legislativo ou da Administração, editando atos complementares e regulamentares, bem como tomando providências concretas que as tornem efetivas.

20. Há, por último, uma quarta categoria de normas constitucionais, que podem ser denominadas de normas de eficácia ampliável, as quais enunciam certos direitos, cujo exercício ou gozo não depende de regulamentação, mas admitem que o legislador os amplie, como os benefícios

mínimos inerentes ao tempo de serviço ou contribuição.

21. Em face desta multiplicidade de efeitos, sob este prisma as normas constitucionais podem ser classificadas como dependentes ou não-dependentes de regulamentação, além do que, entre as últimas, há normas que alcançam eficácia jurídica desde logo, admitindo, porém, que o legislador interfira e delimite seu alcance.

22. A expressão preferida pela doutrina para tratar deste problema – que é próprio de normas constitucionais – é “aplicabilidade”, como consta do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, mas também são utilizados “eficácia”, “efetividade” e “executabilidade”.

23. A melhor expressão é “eficácia”, acrescida do adjetivo “jurídica”, designando o fenômeno pelo qual se indaga se uma norma constitucional se encontra apta para ser aplicada e produzir todos os efeitos que lhe são esperados, ou se subordina esses efeitos à futura legislação que nem sempre sobrevém, ou, se sobrevém, não é suficiente para resolver o problema, sendo necessários recursos financeiros, técnicos ou científicos ainda não desenvolvidos.

24. Eficácia jurídica não se confunde com eficácia social, que significa efetiva produção de efeitos pela norma, equivalendo a produzir os resultados que dela são esperados.

QUANTO AO CAPÍTULO III

25. São poucas as constituições estrangeiras que contêm dispositivo semelhante ao § 1º do art. 5º da Constituição Federal, limitando-se a apenas dez em um universo de sessenta e três pesquisadas, das quais seis são

anteriores e quatro, posteriores à brasileira.

26. Cronologicamente, a primeira Constituição a enfrentar o problema da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, inserindo, para tanto, disposição expressa, foi a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, seguindo-se as constituições venezuelana, de 1961, paraguaia e uruguaia, de 1967, portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978.

27. Na década de 90, outros países passaram a conter norma semelhante, citando-se, expressamente, as constituições eslovena, de 1991, russa, de 1993, ucraniana, de 1996, e polonesa, de 1997.

28. Outros países inseriram em suas constituições, dispositivo que, de certa forma, se aproxima da norma brasileira, mas não com a mesma clareza, tampouco com a mesma extensão, e tais são as da Grécia (1975), Irlanda (1937), Argentina (1853), Costa Rica (1949), Peru (1993) e Porto Rico (1952).

QUANTO AO CAPÍTULO IV

29. No Brasil, as constituições que antecederam a atual não continham norma semelhante ao art. 5º, § 1º, nada dispondo sobre o grau de eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

30. A primeira sugestão de se inserir na Constituição brasileira norma acerca da eficácia das que definem direitos e garantias fundamentais, apareceu no Anteprojeto de Constituição da Comissão de Notáveis, em 1986, que, quanto a isso, não fazia distinção entre direitos fundamentais e direitos não-fundamentais.

31. No curso dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, o dispositivo foi objeto de várias propostas e suscitou muitos debates, uns insistindo em sua manutenção, outros negando-a por entender que a própria Constituição exigia regulamentação de certos direitos e garantias fundamentais como condição de eficácia.

32. Até o Projeto de Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização em junho de 1987, a pretensão de conferir máxima eficácia se limitava aos direitos de liberdade, não alcançando os direitos sociais.

33. Na medida em que os trabalhos constituintes se desenvolviam, outras propostas foram surgindo, e o tema "direitos fundamentais" sofreu significativa ampliação, embora nem tanto técnica, por não separar adequadamente quais são os individuais e os coletivos, tampouco quais são os sociais ou de solidariedade, assim como não distinguiu direitos e garantias.

34. Nas primeiras propostas o dispositivo ocupava um artigo junto com todos os outros veiculantes de direitos e garantias fundamentais, os quais, no curso dos trabalhos, foram reduzidos à posição de meros parágrafos antes de voltarem à posição de incisos, exceto o próprio que, junto com outro determinante do valor dos tratados internacionais, permaneceu como parágrafo.

35. Isso explica por que o dispositivo é mero parágrafo do art. 5º, que trata apenas dos direitos individuais e coletivos, mas mantém redação abrangente de todos os direitos fundamentais, o que é próprio de texto de cabeça de artigo, demonstrando nítida falta de técnica legislativa.

36. A inclusão definitiva do dispositivo na Constituição se deu em 12.02.1988, com a aprovação da Emenda nº 2P01032-6, do constituinte José Alfredo Costa Campos, e, no mesmo sentido, da Emenda nº ES27361-2, do constituinte Gastone Righi, a qual havia sido rejeitada em sessão anterior.

37. Desde a primeira proposta até a final, o dispositivo passou por pelo menos dez redações, sete das quais utilizando a expressão “aplicação imediata” e três, “eficácia imediata”. As primeiras limitavam seu alcance aos direitos fundamentais de primeira dimensão, tendo havido, inclusive, proposta da Comissão de Sistematização de delimitá-lo apenas ao princípio da igualdade.

QUANTO AO CAPÍTULO V

38. Conferir máxima eficácia para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não é tão simples, passando pela necessária distinção entre direitos fundamentais negativos e positivos, ou direito de exigir abstenção e direito de exigir prestação.

39. O exercício de liberdades constitucionais, como os direitos à vida, à intimidade, à honra, à igualdade, ou, mais propriamente, à liberdade de ir e vir, à presunção de inocência enquanto não sobrevir condenação, à liberdade de consciência e crença e o direito de reunião, entre tantos outros, não depende de nenhum comportamento ativo das autoridades ou particulares, por isso as normas que os veiculam são sempre do tipo “normas completas” ou de máxima eficácia.

40. O exercício de direitos sociais ou de solidariedade, como os direitos

do trabalhador ou os direitos à saúde, à educação, à moradia ou à assistência social, por exemplo, demandam, muitas vezes, não apenas regulamentação legislativa, mas essencialmente a existência de recursos financeiros ou orçamentários nem sempre disponíveis, porquanto não basta, simplesmente, querer fazer, mas fazer o que for possível.

41. Em outro extremo, há norma, como o inciso XII do art. 5º, que, a despeito de se referir, expressamente, à lei por meio da fórmula "*hipóteses e forma que a lei estabelecer*", permite ao indivíduo invocá-la como proteção de seu direito à intimidade, enquanto o inciso XXVI do mesmo artigo, que dispõe sobre a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, depende da superveniência legislativa.

42. A despeito de ser mero parágrafo, o dispositivo não se limita ao artigo, alcançando todos os direitos e garantias que têm o *status* de *fundamentais*, sejam individuais, coletivos, políticos, civis ou sociais, desde que um ou outro contenha os elementos necessários para lhes conferir eficácia jurídica.

43. Essa norma tem por fim evitar que a ausência de regulamentação acabe invertendo a lógica e submeta a vontade constitucional à falta de vontade legal. Por outros termos, visa impedir que, em sede de direitos e garantias fundamentais, a inércia do legislador seja obstáculo para que os interessados os exerçam ou invoquem sem ter que esperar a edição de leis regulamentares.

44. A suposta máxima eficácia não significa que o juiz possa legislar no

caso concreto para suprir a ausência de lei necessária para dar plena aplicação ao direito fundamental, especialmente nos casos em que a Constituição, implícita ou explicitamente, o subordina aos termos da lei ou expressão equivalente.

45. Para se identificar o grau de eficácia da norma, primeiramente se deve identificar sua natureza e finalidade pois, versando sobre garantia fundamental, a ausência de norma regulamentar, ao invés de ser obstáculo para o exercício, funciona como garantia integral.

46. As normas que definem garantias fundamentais de direitos individuais, como a liberdade, vida, propriedade, igualdade e segurança, gozam de máxima eficácia, independente de intervenção legislativa, que, contudo, é admitida para delimitar seu alcance ou extensão.

47. Por outros termos, as normas que definem garantias ou direitos fundamentais clássicos, como tais considerados os direitos a prestações negativas ou dever de abstenção, não dependem de regulamentação, mas podem admiti-la, caso em que se permite a redução do seu alcance, funcionando como garantia integral antes da regulamentação.

48. Quanto aos direitos fundamentais prestacionais, nem sempre é possível atribuir máxima eficácia porque, muitas vezes nem simples legislação regulamentar é suficiente, sendo comum situações em que, mais que lei, são necessários recursos financeiros ou orçamentários indisponíveis, ou meios técnicos ou científicos inalcançáveis por fatores diversos, inclusive soberanias internacionais.

49. Em resumo, o *locus constitucionale* o simples fato de não ser um artigo autônomo, não impedem que a regra inserta no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal se estenda para todo o Título II e para os que lhe complementam, no Título que trata da Ordem Social, alcançando a generalidade dos direitos e garantias fundamentais.

50. Qualquer que seja a espécie de direito ou garantia fundamental, é essencial que a norma que o veicule contenha o mínimo de elementos necessários para permitir imediata aplicação aos casos concretos, para produzir os efeitos esperados, por um lado, bem como que o direito pretendido não dependa de ação positiva de cunho patrimonial por parte do Estado ou outro obrigado.

51. Enfim, a norma constante daquele parágrafo não é diferente de outras normas constitucionais, em que, a despeito da vontade do Poder Constituinte que a elaborou, a sua aplicação aos casos concretos se subordina à reserva do possível.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

ABRAMOVIC H., Víctor, e COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Contextos, 1997.

AFTALIÓN, Enrique R. *La interpretación en la ciencia del derecho*. Buenos Aires: La Ley, 1950.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). Madrid: Centro de Estudios, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica (a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica)*. (trad. SILVA, Zilda Hutchinson Schild). São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. PULIDO, Carlos Bernal). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira, e ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. *Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Cidadania, direitos humanos e globalização*. In Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano 3. Rio de Janeiro: AMB,

2.semestre/1999.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil*. In Revista CEJ, n.09. Brasília: Justiça Federal, dez./1999. In <http://www.justicafederal.gov.br/>.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro (de acordo com a Lei Complementar n.118/2005)*. 11.ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In. Constituição, direitos fundamentais e direito privado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). 2.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.

ARAÚJO, José Antonio Estévez. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David, e NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10.ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARRUDA, Geraldo Amaral. *A linguagem do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito (introdução e teoria geral)*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *Revisão constitucional*. In Revista de Informação Legislativa nº 87, jul./set./1985. Brasília: Senado Federal, 1985.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. *Prática do processo legislativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

BACCELI, Luca. *Derechos sin fundamento*. In Los fundamentos de los derechos fundamentales (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed.. Madrid: Trotta, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* (trad. e nota prévia

- COSTA, José Manual M. Cardoso). Coimbra: Almedina, 1994.
- BADENI, Gregório. *Tratado de derecho constitucional*. 1.ed.. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica constitucional*. In Revista da Faculdade de Direito da UFMG nº 18. Belo Horizonte: UFMG, maio de 1977.
- BARBA, Gregorio Peces. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.
- BARBOSA Sobrinho, Osório Silva. *Constituição Federal vista pelo STF*. 2.ed., atual até emenda constitucional n.24, de 09.12.1999. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição brasileira coligidos por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARBOSA, Rui. *República: Teoria e prática*. Brasília: Vozes/ Câmara dos Deputados, 1978.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROS, Sérgio Resende de, e ZILVETI, Fernando Aurélio (coords.). *Direito constitucional (estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho)*. São Paulo: Dialética, 1999.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?* In Revista de Informação Legislativa. Ano 40, n.158, abr./jun./2003. Brasília: Senado Federal, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil (anotada e legislação complementar)*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6.ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do*

direito na Itália: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista eletrônica do Centro de Aperfeiçoamento Jurídico. In <http://br.geocities.com/chegadesaude/textos.htm>.

BASTOS, Celso Ribeiro, e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. In *Interpretação constitucional* (org. SILVA, Virgílio Afonso da). São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro, e TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público (no limiar de um novo milênio)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. In *Revista de Processo*, n.23, ano 6, jul./set.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 9.ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional (fundamentos teóricos)*. São Paulo: Manole, 2005.

BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990.

BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público (constitucional, administrativo y fiscal)*. Buenos Aires: s/e, 1952.

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle da constitucionalidade das leis* (atual. DIAS, José de Aguiar). 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz* (coord. BITTENCOURT Neto, Joaquim Macedo). 3.ed. Campinas: Millennium, 2002.

BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the construction and interpretation of the laws*. Minnesota: St. Paul, 1911.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9.ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos* (trad. esp. ROIG, Assis). Madrid: Sistema, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* (trad. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos). 10.ed. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta (temas práticos e constitucionais da atualidade)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

BONAVIDES, Paulo. *O método tópico de interpretação constitucional*. In Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano I, nº1. Rio de Janeiro: Forense, julho/1983.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais (eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988)*. 1.ed., 2.tir.. Curitiba: Juruá, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* (trad. esp. PULIDO, Carlos Bernal). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOSSERT, Gustavo Alberto. *La naturaleza del juicio político*. In <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cjpolitico/descargo/Descargo%20Bossert.doc>

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BREGA Filho, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988 (conteúdo jurídico das expressões)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRIE, Roberto J.. *Los hábitos del pensamiento riguroso*. Buenos Aires: Viejo Aljibe, 1998.

BRITO, Eloy G. Merino. *La interpretación constitucional*. Havana: La Habana, 1949.

BRITO, Miguel Nogueira. *Originalismo e interpretação constitucional*. In interpretação constitucional (org. SILVA, Virgílio Afonso da). São Paulo: Malheiros, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BROUÉ, Pierre. *União Soviética: da revolução ao colapso*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1996. In http://educaterra.terra.com.br/.voltaire/atualidade/russia_hoje12.htm.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 34, n. 133, p.90, jan./mar./1997. Brasília: Senado Federal, 1997.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4.ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. In <http://www.saraivajur.com.br/.DoutrinaEntrevistasDetalhe.cfm?Cod=115>

BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. 7.ed.. México: Porrúa, 1972.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. In Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

BUZZI, Arcângelo R.. *Introdução ao pensar (o ser, o conhecimento, a linguagem)*. 31.ed.. Petrópolis: Vozes, 2004.

CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro (Constituição de 1946)*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

CAMPO, Javier Jiménez. In "prólogo" da obra de UBILLOS, Juan María Bibao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares (análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação ao legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*. 2.ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed.. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas (as garantias do cidadão na justiça)*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido* (trad. ROSA, Gresiela Nunes da, e ANDRADE, Lédio Rosa). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad. OLIVEIRA, Carlos Álvaro de). Porto Alegre: SAFE, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle da constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CAPELLETTI, Mauro, e GARTH Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARBONE, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionali*. Pádua: Cedam-Casa, 1951.

CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário (de acordo com a Lei Complementar n.118/2005)*. 17.ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CARVALHOSA, Modesto. *Ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

CASTAÑEDA, Alfredo Sánchez. *Las tendencias del derecho social en América Latina: Brasil, Colombia, México Y Peru*. In Boletín Mexicano de Derecho comparado. Num. 99, sept./dic./2000. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/99/art/art7.htm>.

CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. *Poderes invisíveis versus poderes visíveis no Leviatã de Thomas Hobbes*. ISSN 0104-4478. Rev. Sociol. Polit. [online], nov. 2004, n.23, p.23/41. In http://www.scielo.br/.sciELO.php?script=sci_arttext&pid=S0104-4782004000200004&lng=es&nrm=iso.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CASTRO, José Luis Cascajo, LUÑO, Antonio Enrique Pérez, CID, B. Castro, e TORRES, G. Gomes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

CASTRO, Lincoln Antônio de. *Direito e linguagem*. In http://www.suigeneris.pro.br/direito_id_11.htm.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Konfino, 1952.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

CERQUEIRA, Elcio Gomes de (trad). *Interpretação da constituição*. In Revista de Direito Público. N.93, p.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar./1990.

CERVO, Amado L., e BERVIAN, Pedro A.. *Metodologia científica*. 5.ed.. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHALITA, Gabriel. *Heurística e direito*. In *Hermenêutica plural* (orgs. BOUCAULT, Carlos E. de Abreu, e RODRIGUEZ, José Rodrigo). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil! Uma constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo: s.ed., 1986.

COMPLAK, Krystian. *La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca*. In *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Num. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art3.htm.#N6>

COOLEY, Thomas M.. *A treatise on the constitutional limitations*, Little Brown and Co., Boston, 1903.

COOLEY, Thomas M.. *Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América* (trad. e anot. GAMA, Ricardo Rodrigues). Campinas: Russel, 2002.

COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTr, 1991.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. In Revista de Direito Público, n. 95, pp. 125-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago./1990.

COUTURE, Eduardo. *Interpretación e integración de las leyes*. In Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. t.11, n.43, p. 97. México, julho de 1949.

CRETELLA Júnior, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRISAFULLI, Vezio. *Disposizione (e norma)*. In Enciclopedia del diritto. V.XIII. Milano: Giuffrè, 1964. In http://www.diritto.it/materiali/processuale_civile/guastini.html.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle das omissões do poder público (em busca de uma dogmática constitucional transformada à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DASSEN, Julio. *Reflexiones en torno a la interpretación jurídica*. In Jurisprudencia Argentina. Año XII, n.4086, p. 1, dez/1949.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol.40, pp. 163/176. Curitiba: UFPR, 2004.

DELGADO, José Augusto. *Direitos fundamentais do contribuinte* (coord. MARTINS Ives Gandra da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária (co-edição), 2000.

DELLA ROSA, Fernanda. *Participação nos lucros ou resultados (a grande vantagem competitiva)*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3.ed., rev.. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed.. São Paulo: Saraiva, 1992.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Tudo sobre a reforma administrativa e as mudanças constitucionais (uma avaliação)*. In Coletânea Administração Pública. V.4, pp.21/22. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*. In Historia Constitucional (revista electrónica), n.6, 2005. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. In <http://hc.rediris.es/06/index.html>.

DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito constitucional (curso e comentários à constituição)*. 3.ed.. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Direito do trabalho*. 3.ed.. São Paulo: Nelpa, 2004.

DURÁN, Manuel Carrasco. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 5.ed. (ref. e dirig. por SOLÉ-TURA, Jorge). Barcelona: Ariel, 1970.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (trad. GUASTAVINO, Marta). 3.reimp.. Barcelona: Ariel, 1997.

ECHEVERRÍA, Henrique Meier. *Bases constitucionales del proyecto de Ley Orgánica de la Cultura*. Caracas: Biblioteca electrónica. In <http://www.analitica.com/Bitblio/conac/bases.asp>

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. 2.ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Tratado de derecho constitucional (constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina)*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001.

ESPANHA. *Franquismo*. In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Franquismo>.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

EWALD, François. *El concepto de derecho social* (trad. esp. COURTIS, Christian). Buenos Aires: Contextos, 1997.

EWALD, François. *Foucault. A norma e o direito* (trad. CASCAIS, Antônio Fernando). Lisboa: Vega, s.a..

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales: La ley del más débil*. 2.ed.. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed.. Madrid: Trotta, 2005.

FERRARA, Franceso. *Como aplicar e interpretar as leis* (trad. MIRANDA, Joaquim Campos de). Belo Horizonte: Líder, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3.ed. ampl., e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas (normatividade, operatividade e efetividade)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3.ed., atual.. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *O anteprojeto dos notáveis*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *O sistema financeiro nacional. Limitação de juros. Comentários ao art. 192. In Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz (org.). *Hermenêutica, cidadania e direito*. Campinas: Millennium, 2005.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal* (trad. CAPITANIO, Paolo). 2.ed.. Campinas: Bookseller, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Normas programáticas – análise político-constitucional*. In Revista de Direito Público. n.86, pp.139/152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIORAVANTE, Maurizio. *Los derechos fundamentales (apuntes de historia de las constituciones)*. 4.ed.. Madrid: Trotta, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Transparência*. In <http://www1.folha.uol.com.br/.folha/ombudsman/criticadiaria/ult544u509.shtml>.

FOSCHETE, Mozart. *Regimento interno comentado (Câmara dos Deputados)*. Brasília: s.ed., 1999.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas* (trad. MACHADO, Roberto Cabral de Melo, e MORAIS, Eduardo Jardim). 3.ed., 1.reimp.. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas* (trad. MUCHAIL, Salma Tannus). 6.ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional "versus" a única resposta correta*. In *Interpretação constitucional* (org. SILVA, Virgílio Afonso da). São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2.ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I (traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica)*. 6.ed.. São Paulo: Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II (traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica)*. 2.ed.. São Paulo: Vozes, 2004.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais (análise de sua concretização constitucional)*. 1.ed., 3.tir.. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil (direito fundamental)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA, Othon M.. *Comunicação em prosa moderna (aprenda a escrever, aprendendo a pensar)*. 17.ed.. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1996. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. In *Obras Completas*. 5.ed.. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporaneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.

GARRO, Alejandro M.. In apresentação a VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GEBRAN Neto, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIANOTTI, Enrique Fernandez. *Normas legales interpretativas*. Buenos Aires,

1942.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

GOLDWUIN, Robert A., e SCHAMBRA, Willian A.. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 2.ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1963.

GRASSO, Giacomo. *La costituzione degli Estati Uniti dell'America Settentrionale*. Firenze: Barbèra, 1894.

GRAU, Eros Roberto, e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto, e GUERRA Filho, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides)*. 1.ed., 2.tir.. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRECO Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal*. In *Novas Tendências do Direito Processual*. Pp.60/80. Rio

de Janeiro: Forense , 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de constitución*. In Cuestiones Constitucionales (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 1, jul./dic./1999, ISSN 1405-9193, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm.?r=cconst&n=1>.

GUERRA Filho, Willis Santiago. *A filosofia do direito (aplicada ao direito processual e à teoria da constituição)* 2.ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

GUERRA Filho, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito*. In Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1.ed., 2.tir.. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA Filho, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4.ed., rev. e ampl.. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil (de acordo com a lei 10.444/2002)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRERO, Manoel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GUERRERO, Manuel Medina. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GUETZEVITCH, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional* (trad. MOTA Filho, Cândido). São Paulo: Nacional, 1933.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. In Teoría y Realidad Constitucional. Num.3, 1.sem./1999. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (Centro de Estudios Ramón Areces). In

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm.?r=trcons&n=3>.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional (a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição)*. (trad. MENDES, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundametales*. In *Teoría y Realidad Constitucional*. Num.14, 2.sem./2004. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (Centro de Estudios Ramón Areces). In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/14/rec/rec27.pdf>.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John. *O federalista* (trad. GAMA, Ricardo Rodrigues). 2.ed. rev. Campinas: Russel, 2005.

HAMON, Francis, TROPER, Michel, e BURDEAU, Georges. *Direito constitucional* (trad. SOUZA, Carlos). 27.ed. São Paulo: Manole, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Previdência social. Proposta de unificação ignora a realidade*. In *Revista Dataveni@ da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB*. Ano VII n.64, fev./2003. In <http://www.datavenia.net/opiniaoprevidenciasocialpropostaunificacao.htm>.

HASSON, Roland (coord.). *Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional* (trad. esp. CASTILLO, Carlos Ruiz del). 2.ed.. Madrid: Reus, s/a.

HECK, Luís Afonso. *Os direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn*. In *Revista de Informação Legislativa*. Ano 28, n.109, jan./mar./1991, pp. 321/348. Brasília: Senado Federal, 1991.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (trad. MENDES, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: SAFE, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. 20.ed. HECK, Luís Afonso). Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional* (trad. PINA, Antonio López). Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

JEMMAUD, Antoine. *La experiencia francesa de los derechos sociales* (trad. esp. ZAS, Oscar). Buenos Aires: Contextos, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista. *Código de processo penal anotado*. 9.ed.. São Paulo: Saraiva, 1991.

JUSTO, Alberto M.. *La interpretación de la ley a propósito de un tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema*. In Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional. N.42, p.1017. Buenos Aires, jul./1941.

KALINOWSKI, Georges. *Introdução a la lógica jurídica (elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica)*. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito* (trad. CORTÊS, António Ulisses). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KECK, José Nicolau. *Thomas Hobbes: passado e futuro*. Goiânia: UFG, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional* (trad. desde alem. KRUG, Alexandre). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho* (trad. esp. TEREJINA, Jorge G.). Buenos Aires: Losada, 1941.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (trad. LAMEGO, José). 4.ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005).

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. (trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins). Belo Horizonte: Líder, 2001.

- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 3.ed. São Paulo: Líder, 2001.
- LASTRA, José Manuel Lastra. *La libertad individual y colectiva del trabajo ¿en pugna con la constitución?* In Boletín Mexicano de derecho comparado. Num. 104, may./ago./2002. Ciudad de México: Institutos de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/104/art/art3.htm>.
- LEAL, Roger Stiefemann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. In Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LEITE, George Salomão. *Interpretação constitucional e tópica jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*. 2.ed., actual., y ampl., t.I (parte general). Buenos Aires: Depalma, 1998.
- LIMA Júnior, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LIMA Neto, Arnor. *A proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa no contexto dos direitos fundamentais e sua efetividade*. In *Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais* (coord. HASSON, Roland). Curitiba: Juruá, 2003.
- LIMA, Iran de. *Introdução ao estudo da modernização do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LORENTE, Rubio. *La constitución como fuente del derecho en la Comunidad Europea y las fuentes del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, MACHADO, Eduardo Mendes Jónatas, e URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Direito constitucional (casos práticos resolvidos)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LOWENSTEIN, kart. *Teoría de la constitución* (trad. esp. ANABITARTE, Alfredo Gallego). Barcelona: Ariel, 1967.

LUNZ, Julieta Lúcia. *Recursos políticos e judiciais para a correção dos atos do poder público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5.ed.. Madrid: Tecnos, 1995.

LUQUE, Aguiar Luiz. *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*. In Revista de Derecho Político. ISSN 0211-979X, n. 18/19, p.20. Madrid: Universidade Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 13.ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do Direito*. In Paradoxos da auto-observação (org. ROCHA, Leonel Severo). Curitiba: JM Editora, 1996.

MALLET, Estevão. *A prescrição na relação de emprego rural após a emenda constitucional n.28*. In Revista LTr. V. 64, n.08, pp.999/1001. São Paulo: LTr, agosto/2000.

MALUF, Sahid. *Direito constitucional*. 17.ed.. São Paulo: Saraiva, 1985.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 15.ed.. São Paulo: Saraiva, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In *Comentários ao código de defesa do consumidor* (art. 81 a 100). (Org. OLIVEIRA, Juarez de). São Paulo: Saraiva, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MANOSSO, Radamés. *Elementos de retórica*.

www.radames.manosso.nom.br/.retorica/definicao.

MARANHÃO, Jarbas. *O conteúdo da constituição (constituição sintética ou analítica?)*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 40, n.160, out./dez./2003. Brasília: Senado Federal, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica (para o curso de direito)*. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade. *Técnicas de pesquisa*. 5.ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCOS, Edgar Carpio. *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados*. In Cuestiones Constitucionales (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 3, jul./dic./2000, ISSN 1405-9193 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm.?r=cconst&n=3>.

MARTÍNEZ, Carlos de la Torre. *El derecho a la no discriminación como una alternativa de acceso a los derechos sociales*. In Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos. México-Comisión Europea. http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6/05_delatorre.pdf.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales (teoría general)*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINEZ, Julian Tole. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. In Cuestiones constitucionales (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Num. 15, jul./dic./2006, p.16, n.49, ISSN 1405-9193, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm.?r=cconst&n=15>.

MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo. *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*. In Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991.

MARTINS Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária (co-edição), 2000.

MARTINS Neto, João dos Passos. *Direitos fundamentais (conceito, função e*

tipos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo (estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho)*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed., 10.tir.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. In Revista de Informação legislativa. N.154, abr./jun./2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos*. In www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_63.pdf

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed., atual.. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In Revista de Direito Público. N.57/58, pp.254/255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2.ed.. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no*

Brasil. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.5, ago./2001. In <http://www.direitopublico.com.br>.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.10, jan./2002. In <http://www.direitopublico.com.br>.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. In Revista Jurídica Virtual, n.14, jul./2000. In https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/Capa.htm.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas*. In Revista Jurídica Virtual. Brasília: Casa Civil. V.1, n.1, maio/1999. In https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Revista1.htm.

MILTON, A. Aristides. *Constituição do Brazil (notícia histórica, texto e commentario)*. Rio de Janeiro, 1898.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de processo pena interpretado*. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t.I, 3.ed., rev.. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t.II, 2.ed., rev.. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t.III. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. V.1, p. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1992.

MIRANDA, Jorge. *Seminário internacional sobre direitos humanos e eficácia policial*. In http://www.igai.pt/publicdocs/Liv_SeDU.pdf.

MONTOSO, Ángel José Gómez. *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)*. In *Cuestiones Constitucionales*. (Revista Mexicana de Derecho Constitucional). Núm. 3, jul./dic./2000. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art2.htm>.

MORAES Filho, Evaristo de. *O problema de uma sociologia do direito*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed.. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais (Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAL, Antonio Torres del. *Principios de derecho constitucional español*. 5.ed.. Madrid: Universidad Complutense, 2004.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade (novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade)*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição*. In *Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides)*. (orgs. GRAU, Eros Roberto, e GUERRA Filho, Willis Santiago). 1.ed., 2.tir.. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional* (trad. NAUMANN, Peter). 2.ed., rev.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NABAIS, Casalta José. *A face oculta dos direitos fundamentais e os custos dos direitos*. In *Por um estado fiscal suportável (estudos de direito fiscal)*. Coimbra: Almedina, 2005.

NABAIS, Casalta José. *O dever fundamental de pagar impostos (contributo*

para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

NABAIS, José Casalta. *Constituição europeia e fiscalidade*. In Interesse Público (Revista Bimestral de Direito Público). N.31. Porto Alegre: Notadez, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 21.ed., rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NALINI, José Roberto. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

NEVES, Marcelo. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito*. In *Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides)*. (orgs. GRAU, Eros Roberto, e GUERRA Filho, Willis Santiago). 1.ed., 2.tir.. São Paulo: Malheiros, 2003.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVARO, Carlos A., e HRONCICH, Héctor F.. *Derecho constitucional argentino comparado*. 2.ed.. Buenos Aires: Frontiñan, 1939.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 9.ed. (atual. por DIAS, José de Aguiar). Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

O GLOBO. *Números do cárcere*.
www2.uerj.br/~clipping/fevereiro04/d18/oglobo_numeros_carcere.htm.

OLIVEIRA Júnior, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. In Os dez anos da Constituição Federal: O Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. Anais do Seminário Democracia e Justiça (O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito). Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pp. 85/95. Porto Alegre: TJERS, 1998.

OLIVEIRA, Eliane Domingues da Silva. *Previdência social como direito fundamental do trabalhador*. In *Direito dos trabalhadores & direitos*

fundamentais (coord. HASSON, Roland). Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 (quais são, onde buscá-las e como buscá-las)*. Brasília: Senado Federal, 1993.

OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. *Projeto de constituição angustia o país*. São Paulo: Vera Cruz, 1987.

ORGAZ, Arturo. *Lecciones de introducción al derecho y a las ciencias sociales*. Córdoba: Assandri, 1945.

PACE, Alessandro (trad. esp. desde o italiano CHAMARRO, Asunción de la Iglesia). *Los retos del constitucionalismo en el Siglo XXI*. In Revista de derecho constitucional europeo. Año 1, n.2, jul./dic./2004. In <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE2pdf/indice.pdf>.

PAIVA, Marcelo Whately. *Português jurídico (série tópicos)*. Brasília: Fortium, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade (conceitos, sistemas e efeitos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais (elementos para uma hermenêutica constitucional renovada)*. 3.ed., rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PETRIELLA, Dionisio. *La constitución de la República Italiana*. Buenos Aires: Asociación Dante Alighiere, 1957.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINARD, Gustavo E.. *Los derechos humanos en las constituciones del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

PINTO, Raul Moreira. *Aplicação da nova regra prescricional da emenda nº 28/00*. In Revista LTr. V.65, n.5, pp. 553/557. São Paulo: LTr, maio/2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7.ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2.ed., rev., atual., e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco di Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco di Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PRAÇA, José Joaquim Lopes. *Direito constitucional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Ney. *Os notáveis erros dos notáveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito eleitoral*. 9.ed., rev., ampl., e atual. jan. 2005. Goiânia: IEPC, 2005.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Proteção constitucional da pequena propriedade rural*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.45, set./2000. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1676>, acesso em 24.07. 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de interpretación constitucional*. http://argentina.lexisnexis.com.ar/ar/lpext.dll/LNAR/AR_DA001/1153077/1153078/1170388/1170389/2102_17.htm.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. 2.ed.. Buenos Aires: Plus Ultra, 1978.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos (noções gerais. direito positivo. direito objetivo)*. (anot. e atual. por SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros). 4.ed.. São Paulo: Revisdta dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11.ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12.ed.. São Paulo: Saraiva, 1985.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito (situação atual)*. 5.ed., rev. e reest., 4.tir. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIGOTA, João Manoel S.. *Da lei complementar na estrutura escalonada das normas jurídicas*. In Revista Direito Mackenzie, n.2, ano 1, p.48. São Paulo: Makenzie, s/a..

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público (curso elementar)*. 4.ed., rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO Júnior, João, e TELLES, Antônio A. Queiroz. *Constituição (conceito, direitos fundamentais e garantias constitucionais)*. 1.ed.. São Paulo: Edipro, 1999.

RIBEIRO Júnior, João. *Teoria geral do direito constitucional*. 1.ed.. São Paulo: Edipro, 1998.

RIBEIRO, Ernani Valter, e BRUSCO, Dilson Emílio. *O processo histórico de elaboração do texto constitucional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993.

RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica* (trad. COSTA, Miguel Dias). Porto: Rés Editora, 1988.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias*. In *Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides)* (orgs. GRAU, Eros Roberto, e GUERRA Filho, Willis Santiago). 1.ed., 2.tir.. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Leonel Severo, e STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica* (programa de pós-graduação em direito da Unisinos – mestrado e doutorado – anuário 2004). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Luiz Ximenes. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. In *Revista de informação Legislativa*. N.130, p.81. Brasília: Senado Federal, 1996.

RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ROIG, María José Añon, e AÑON, José García (coords.). *Lecciones de derechos sociales*. 2.ed.. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito (a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por*

omissão). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

RUA, Maria das Graças. *A UDR e a representação de interesses dos proprietários rurais: a nova elite agrária no processo de transição política no Brasil*. In Ciências Sociais Hoje. Anuário da Associação Nacional de pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição (conteúdo e alcance constitucional)*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Formação constitucional*. 2.ed., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALES, Lea Silveira. *Fantasia e teorias da sedução em Freud e em Laplanche. Psicologia e pesquisa*. V.18, n.3, set./dez./2002. Brasília. In http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722002000300012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.

SAMPAIO, José Adércio Leite, e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

SANTA-PINTER, J. J.. *Los derechos fundamentales del hombre en las constituciones del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y del Japón (concordancias y discordancias)*. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

Num. 72, sept./dic./1991. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm.?r=boletin&n=72>.

SANTO AGOSTINHO. *Haverá uma razão de justiça para que a duração das penas não seja mais extensa do que a dos pecados?* In http://www.monergismo.com/textos/inferno/justica_duracao_pena_agostinho.htm.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção (estudos e pareceres)*. São Paulo: Paumape, 1988.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARAIVA, Paulo Lopo. *A tetradimensionalidade do Direito. Escorço inicial*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 39, n.153, jan./mar.2002, p.76. Brasília: Senado Federal, 2002.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada (construindo pontes com o público e o privado)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed., rev. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais e direito privado*. V.I, t.I (In anuário da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de*

1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 1, 2001. In <http://www.direitopublico.com.br>.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In Interesse Público (Revista Bimestral de Direito Público). N.32, pp.213/226. Porto Alegre: Notadez, 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos direitos fundamentais (do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais (proteção e restrições)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución* (trad. esp. AYALA, Francisco). Madrid: Aliança Editorial, 1996.

SCHWARTSMAN, Hélio. Folha on line. 23.09.2004. In <http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult510u163.shtml>.

SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). *O espírito das leis* (int., trad. e notas MOTA, Pedro Vieira). 3.ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed.. México: Porrúa, 1973.

SIDOU, Maria José Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa* (trad. AZEREDO, Norma). 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

SILVA Neto, Mantel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, Carlos Báez. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Pp.1/56, n.49. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Núm. 105, sept./dic./2002. Ciudad de México: Institutos de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. In <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/105/art/art1.pdf>.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidad de las normas constitucionais* (trad. esp. MARTÍN, Nuria González). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995. In <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm.?l=1000>.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: s.ed., s.a..

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito (os direitos fundamentais nas relações entre particulares)*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005.

SLAIBI Filho, Nagib. *A norma constitucional*. In <http://www.suigeneris.pro.br/>.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário (por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF (uma nova aproximação sobre o efeito vinculante)*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA, Luciane Moessa. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica (uma nova crítica do direito)*. 2.ed., rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TERRA. EDUCAÇÃO. *Rússia: do fim do comunismo à crise atual (a era das reformas: a glasnost e a perestroika)*.
http://educaterra.terra.com.br/.voltaire/atualidade/russia_hoje2.htm.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional*,

internacional e comparado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria e prática do habeas corpus e do mandado de segurança*. Belém: CEJUP, 1986.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In* Constituição, direitos fundamentais e direito privado (org. SARLET, Ingo Wolfgang). 2.ed., ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ULSERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

UNICAMP. *Exame de vestibular*. In http://www.convest.unicamp.br/.vest_anteriores/2001/download/comentadas/LPortuguesa.pdf

VALDÉS, Jorge Tapia. *Hermenéutica constitucional: la interpretación de la constitución en Sudamérica*. Santiago: Jurídica de Chile, 1973.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As novas garantias constitucionais*. In Revista de Direito Administrativo. V.177, n.14, p.24. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle da constitucionalidade da Constituição brasileira de 1988*. In Temas de Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. 1.ed., 2.tir.. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El espíritu de las constituciones según Friedrich Ancillon*. Madrid: Dykinson, 2000.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Las transiciones constitucionales (el modelo de constitucionalismo de derivación liberal)*. (trad. esp. LATORRE, Santiago Perea). Bogotá: Universidade del Externado de Colombia, 2002.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 5.ed.. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.a..

VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: CEC, 1987.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La constitución y sus normas*. In CARBONELL, Miguel (comp.). *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. Porrúa: México, 2000.

ZAVASCHI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales" (a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli)*. In Los fundamentos de los derechos fundamentales (orgs. CABO, Antonio de, e PISARELLO, Gerardo). 2.ed.. Madrid: Trotta, 2005.

DICIONÁRIOS E MANUAIS

BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Manual de redação da presidência da república*. Brasília: Presidência da República, 1991.

COSTA, José Maria da. *Manual de redação profissional*. Campinas: Millennium, 2002.

DICCIONARIOS CUYÁS. *Diccionario português-español espanhol-português*. (FERNADES, Júlio da Conceição). Barcelona: Hymosa, s/d.

DICIONÁRIO OXFORD ESCOLAR (para estudantes brasileiros de inglês). 8.ed. New York: Oxford, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed., rev. e aum.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Manual de redação*. Publifolha: São Paulo, 2001.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. Rio de Janeiro: Círculo do Livro, 1987.

LE ROBERT MICRO. *Dictionnaire de la langue française*. 9.ed.. Paris: Robert, 1998.

MICHAELIS. *Dicionário escolar francês (francês-português português-francês)*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

NEVES, Iedo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. 3.ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: FASE, 1990.

NOVA ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: Encyclopédia Britannica do Brasil, 1998.

NOVÍSSIMA ENCICLOPÉDIA DELTA LAROUSSE. Rio de Janeiro: Delta, 1982.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de redação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987. *Regimento Interno*. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Anteprojeto constitucional da comissão de provisória de estudos constitucionais*. V.576. Brasília: Câmara dos Deputados, 1986. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (propostas exclusivamente de redação)*. V.315. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C) (Redação final)*. V.314. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D) (Redação final)*. V.316. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.223. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. *Anteprojeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.219. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Primeiro substitutivo do Projeto de Constituição*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.235. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.238. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (emendas oferecidas em plenário ao substitutivo do relator)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.239. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. in <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Segundo Substitutivo do Projeto de Constituição (reimpressão)*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.242. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Substitutivo da Comissão de Sistematização às Emendas de Plenário, referente a: 1) preâmbulo; 2) Título I; 3) Título II; 4) Título III*. Relator constituinte Bernardo Cabral. V.245. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização*. V.251. Brasília: Câmara dos Deputados, novembro/1987. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em plenário*. V.255. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Relatório sobre emendas oferecidas em plenário*. V.259. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Relação dos estaques oferecidos ao Projeto de Constituição*. V.243. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (A). Nova reimpressão*. V.253. Brasília: Câmara dos Deputados, fevereiro/1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B) (2º turno)*. V.299. Brasília:

Câmara dos Deputados, julho/1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição (B). Emendas oferecidas em plenário.* V.301. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307).* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.02.1988.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 12.02.1988.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 10.08.1988.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 11.08.1988.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 02.09.1988.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 23.09.1988 (suplemento "B" ao nº 307).* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 05.10.1988. Ano II, nº 308.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. In <http://www2.camara.gov.br/publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Projeto de Constituição. Mapas demonstrativos da matéria aprovada em primeiro turno no plenário.* V.293. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988. In <http://www2.camara.gov.br/.publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Projeto de Constituição. Mapas demonstrativos da matéria aprovada em primeiro turno no plenário.* V.298. Brasília: Câmara dos Deputados, julho/1988. In <http://www2.camara.gov.br/.publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Relator constituinte Darcy Pozza. V.78. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/.publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Relator constituinte Darcy Pozza. V.79. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/.publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Relator constituinte Darcy Pozza. V.81. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/.publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* (I.b. Subcomissão dos Direitos e Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias). Relator constituinte Lysâneas Maciel. V.77. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In <http://www2.camara.gov.br/.publicacoes>.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher* (I.c. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). Relator constituinte José Paulo Bizol.

V.69. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. In
<http://www2.camara.gov.br/publicacoes..>

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. RESOLUÇÃO Nº 2, DE 1987.
Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1987. In
<http://www2.camara.gov.br/publicacoes..>

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. RESOLUÇÃO Nº 3, de
05.01.1988. V.340. Brasília: Câmara dos Deputados. In
<http://www2.camara.gov.br/publicacoes..>

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Anteprojeto constitucional da Comissão
Provisória de Estudos Constitucionais.* V.576. In
<http://www2.camara.gov.br/publicacoes..>

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional de
19.05.1992.* Brasília: Congresso Nacional, 1992. In
<http://www2.camara.gov.br/publicacoes..>

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Bases históricas do Congresso Nacional.* In
[http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp
?codBase=4&codDocumento=58067&sgBase=APEM&q=27361..](http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=58067&sgBase=APEM&q=27361..)

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Bases históricas do Congresso Nacional.* In
[http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp
?codBase=4&codDocumento=72120&sgBase=APEM&q=33984..](http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=72120&sgBase=APEM&q=33984..)

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Bases históricas do Congresso Nacional.* In
[http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp
?codBase=4&codDocumento=69239&sgBase=APEM&q=00443+apresentação:
11-07-1988..](http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/detalheDocumento.asp?codBase=4&codDocumento=69239&sgBase=APEM&q=00443+apresentação:11-07-1988..)

LEGISLAÇÃO NACIONAL E ESTRANGEIRA

ALEMANHA. CONSTITUIÇÃO DE 1919. In
http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf..

ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL DE BONN. In
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/alemania.html..

ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL DE BONN. In <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>.

ANTIQUA-BARBUDA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Antigua/antigua-barbuda.html>.

ARGENTINA. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ARGENTINA DE 1853. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/argentina.html.

ARGENTINA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA ARGENTINA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/argentina.html.

BAHAMAS. CONSTITUCIÓN DE JUNIO DE 1973. In <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo127.asp>

BAHAMAS. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bahamas/bah73.html>.

BARBADOS. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Barbados/barbados66.html>.

BELIZE. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. In <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Belize/belize81.html>.

BIELORRÚSSIA. CONSTITUCIÓN DE BIELORRUSIA DE 1994. In <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo130.asp>

BOLÍVIA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA. In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/bolivia.html.

BRASIL. ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 09.04.1964. In www.planalto.gov.br.

BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078, DE 11.09.1990.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LEI Nº 5.869 DE 11.01.1973.

BRASIL. CÓDIGO ELEITORAL. LEI Nº 4.737, DE 15.07.1965.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1891. In <https://www.planalto.gov.br/>.

- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1934. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1937. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1946. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1967. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1988. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. In http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm.
- BRASIL. DECRETO Nº 91.450, DE 18.07.1985. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 9.760, DE 05.09.1946. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27.11.1985. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 75, DE 20.05.1993. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 95, DE 26.02.1998. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 04.09.1942.
- BRASIL. LEI Nº 10.101, DE 19.12.2000. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. LEI Nº 6.368, de 21.10.1976. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. LEI Nº 8.617, DE 04.01.1993. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. LEI Nº 9.296, DE 24.07.1996. In <https://www.planalto.gov.br/>.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. *Constituições estrangeiras*. V.1. Brasília: Senado Federal, 1987.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. *Constituições estrangeiras*. V.2. Brasília: Senado

Federal, 1987.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Constituições estrangeiras*. V.3. Brasília: Senado Federal, 1987.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Constituições estrangeiras*. V.4. Brasília: Senado Federal, 1987.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Constituições estrangeiras*. V.5. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Constituições estrangeiras*. V.6. Brasília: Senado Federal, 1988.

BULGÁRIA. CONSTITUCIÓN DE BULGARIA DE 1991. *In* <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/bulgaria.asp>

CAMBOJA. CONSTITUCIÓN DE REINO DE CAMBOYA. *In* <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/camboya.asp>

CAMPANGNOLE, Hilton Lobo, e CAMPANGNOLE, Adriano. *Constituições do Brasil* 10.ed. São Paulo: Atlas, 1992.

CHILE. CÓDIGO CIVIL DE CHILE. *In* <http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil.html>.

CHILE. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE CHILE. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/chile.html.

CHINA. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA POPULAR DE CHINA DE 1982. *In* <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/china.asp>

COLÔMBIA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/colombia.html.#titulos.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. *In* http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/index.html.

CORÉIA DO SUL. CONSTITUCIÓN DE COREA DE SUR. *In*

<http://www.informatica-juridica.com/legislacion/coreasur.asp>

COSTA RICA. CONSTITUCIÓN DE COSTA RICA DE 1949. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/costa_rica.html.

CUBA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.
CONSTITUCIÓN DE CUBA. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/cuba.html.

DINAMARCA. CONSTITUIÇÃO DO REINO DA DINAMARCA. *In*
<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/rsd/rsddocview.html.?tbl=RSDLEGAL&id=3ae6b518c&count=7>

DOMINICA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Dominica/dominica78.html>.

EL SALVADOR. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS
CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/el_salvador.html.

EQUADOR. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.
CONSTITUCIÓN DE ECUADOR. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/ecuador.html.

EQUADOR. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE
1998. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/ecuador.html.

ESLOVÁQUIA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESLOVÁQUIA. *In*
<http://www.informatica-juridica.com/legislacion/eslovaquia.asp>.

ESLOVÊNIA. CONSTITUTION OF SLOVENIA DE 23.12.1991. *In*
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo146.asp>.

ESPAÑA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA DE 1931. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/1931.html.

ESPAÑA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. *In*
<http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=47&tipo=2>.

ESPAÑA. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/index.html.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS
CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.
In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/eeuu.html.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição* (texto em português). *In*
[http://www.embaixada-
americana.org.br/.index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemme
nu=110](http://www.embaixada-america.org.br/.index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110)

ESTÔNIA. CONSTITUCIÓN DE ESTONIA. *In* [http://www.informatica-
juridica.com/legislacion/estonia.asp](http://www.informatica-juridica.com/legislacion/estonia.asp)

FEDERATION OF SAINT KITTS AND NEVIS. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS
CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Kitts/kitts83.html>.

FRANÇA. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO
CIDADÃO. *In* <http://www.ambafrance.org.br/.14%20julho/decldroits.html>.

GOIÁS. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, de 05.10.1989.

GOIÁS. LEI ESTADUAL Nº 10.460, de 22.12.1988.

GRANADA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Grenada/grenada.html>.

GRÉCIA. CONSTITUCIÓN DE GRÉCIA DE 1975. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/grecia.html.

GUATEMALA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.
CONSTITUCIÓN DE LA GUATEMALA. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/guatemala.html.

GUIANA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guyana/guyana96.html>.

HAITI. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Haiti/haiti1987fr.html>.

HONDURAS. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/honduras.html.

IRLANDA. CONSTITUCIÓN DE IRLANDA DE 1937. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/irlanda.html.

JAMAICA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Jamaica/jamaica.htm>.

JAPÃO. CONSTITUCIÓN DE IMPERIO DE JAPÓN de 1947. *In*
<http://www.informatica-juridica.com/legislacion/japon.asp>

LETÔNIA. CONSTITUCIÓN DE LETONIA. *In* <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/letonia.asp>

LITUÂNIA. CONSTITUCIÓN DE LITUÂNIA DE 1992. *In* <http://www.informatica-juridica.com/legislacion/lituania.asp>

MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
In <https://www.planalto.gov.br>.

MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
In http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/mexico.html.

NICARÁGUA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES
DE LA REPÚBLICA DE NICARÁGUA. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/nicaragua.html.

PANAMÁ. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.
CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA DE PANAMÁ. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/panama.html.

PAPA LEÃO XIII. CARTA ENCÍCLICA "RERUM NOVARUM" DO PAPA LEÃO XIII,
DE 15.10.1891. *In*
http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html.

PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE 1992. *In* <https://www.planalto.gov.br>.

PARAGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY DE 1967. *In*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1967.html>.

PERU. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES.
CONSTITUCIÓN DE PERÚ. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/peru.html.#t5.

PERU. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/peru.html.

POLAND. THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND. *In*
http://www.poland.pl/info/information_about_poland/constitution.htm.

POLÔNIA. CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA DE POLÔNIA, DE 1997. *In*
http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/pl00000_.html.

PORTO RICO. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO
RICO DE 1952. *In*
http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/puerto_rico.html.

PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL. Lisboa: Almedina, 2003.

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. *In*
http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/.

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DE 1911. *In*
<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1911t2.html>

PROVÍNCIA DE NEUQUEN. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. *In*
http://www.neuquen.gov.ar/constitucion/art_1_20.html.

REPÚBLICA DOMINICANA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
DOMINICANA DE 2002. *In* <https://www.planalto.gov.br>.

RÚSSIA. CONSTITUCIÓN DE FEDERACIÓN RUSA DE 1993. *In*
<http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm>.

SANTA LÚCIA. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Lucia/Luc78.html>.

SÃO PAULO. LEI ESTADUAL N° 9.495, de 04.03.97.

SÃO VICENTE. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Vincent/stvincent79.html>.

SURINAME. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Suriname/english.html>.

PROVÍNCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR. CONSTITUCIÓN PROVINCIAL.

<http://www.lahueya.com.ar/index/constituciones/tdel%20fuego/tdf4.htm>.

TRINIDAD AND TOBAGO. CONSTITUIÇÕES E ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. *In*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Trinidad/trinidad76.html>.

UCRÂNIA. CONSTITUCIÓN DE UCRÂNIA DE 23.07.1996. *In*

<http://www.consulucra.org.py/html./archivos.htm>.

URUGUAI. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAY DE 1967. *In* <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Uruguay/uruguay04.html>.

URUGUAI. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE URUGUAY. *In*

http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/uruguay.html.

VENEZUELA. Constitución de 1961 con las reformas de 1983. *In*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html>.

VENEZUELA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SECCIÓN OTRAS CONSTITUCIONES. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999. *In*

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>

VENEZUELA. CONSTITUCIÓN DE 1999. *In* <https://www.planalto.gov.br>.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E ESTRANGEIRA

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 149363/PR, relator ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento 04/02/1999, DJ 12.04.1999, p. 144. *In*

http://www.stj.gov.br/.SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=REsp+149363&b=ACOR

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 283512/RS; recurso especial 2000/0107091-6, relator ministro Franciulli Netto, julgamento de 01/10/2002,

DJ 31.03.2003, p. 190, RTFP vol. 51 p. 293. *In* <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=283512&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 427560/TO, recurso especial 2002/0044627-8, relator ministro Luiz Fux, Julgamento de 05/09/2002, DJ 30.09.2002, p. 204, RNDJ vol. 36 p. 128. *In* <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=427560&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO-QO 417/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 08/11/1990, DJ 07-12-1990 pp-14639 ement vol-01605-01 pp-00021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 162/MC, relator ministro Moreira Alves, DJ 19/09/97.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1946/DF, relator ministro Sydney Sanches, julgamento de 03/04/2003, DJ 16-05-2003 pp-00090 ement vol-02110-01 pp-00123.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2/DF, relator ministro Paulo Brossard, julgamento 06/02/1992, DJ 21-11-1997 pp-60585 ement vol-01892-01 pp-00001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2319 MC/PR, relator ministro Moreira Alves, julgamento 01/08/2001, DJ 09-11-2001 pp-00042 ement vol-02051-02 pp-00400.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2994/BA, relator ministra Ellen Gracie, julgamento de 12/05/2004, DJ 04-06-2004 pp-00029 ement vol-02154-02 pp-00215.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3098/SP, relator ministro Carlos Velloso, julgamento de 24/11/2005, DJ 10-03-2006 pp-00006 ement vol-02224-01 pp-00098.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3324/DF, relator ministro Marco Aurélio, Julgamento 16/12/2004, DJ 05-08-2005 pp-00005 ement vol-02199-

01 pp-00140 IPUB v. 6, n. 32, 2005, p. 279-299.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 339/RJ, decisão monocrática ministro Carlos Velloso, DJ 01/08/90.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 465 EI/PB, embargos infringentes na ação direta de inconstitucionalidade, relator ministro Carlos Velloso, julgamento de 01/06/1995, DJ 01-06-2001 pp-00088 ement vol-02033-01 pp-00054.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 712/MC-DF, relator ministro Celso de Mello, 07/10/1992, DJ 19-02-1993 pp-02032 ement vol-01692-02 pp-00265 RTJ vol-00144-02 pp-00435.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 815/DF, relator ministro Moreira Alves, julgamento de 28/03/1996, DJ 10-05-1996 pp-15131 ement vol-01827-02 pp-00312.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 939/DF, relator ministro Sydney Sanches, julgamento 15/12/1993, DJ 18-03-1994 pp-05165 ement vol-01737-02 pp-00160 RTJ vol-00151-03 pp-00755.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1458/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento de 23/05/1996, DJ 20-09-1996 pp-34531 ement vol-01842-01 pp-00128) e ADI-MC 1439/DF, julgamento de 22/05/1996, DJ 30-05-2003 pp-00028 ement vol-02112-01 pp-00076.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1480/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento 04/09/1997, DJ 18-05-2001 pp-00429 ement vol-02031-02 pp-00213.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 1595/SP, relator ministro Nelson Jobim, julgamento de 30/04/1997, DJ 19-12-2002 pp-00069 ement vol-02096-01 pp-00079.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 3401/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento de 03/02/2005, DJ 03-06-2005 pp-00004 ement vol-02194-01 pp-00188 LJSTF v. 27, n. 320, 2005, p. 42-66.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 401337 AgR/PE, relator ministro

Celso de Mello, julgamento de 14/06/2005, DJ 02-09-2005 pp-00036 ement vol-02203-03 pp-00472.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 423216/PR, relatora ministra Ellen Gracie, julgamento de 15/02/2005, DJ 04-03-2005 pp-00026 ement vol-02182-06 pp-01047.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 515912/RJ, relator ministro Eros Grau, julgamento 23/11/2004, DJ 17-12-2004 pp-00054 ement vol-02177-12 pp-02464 rndj v. 6, n. 64, 2005, p. 100-102.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR-ED-EDv-AgR-ED 386820/RS, relator ministro Celso de Mello, julgamento de 24/06/2004, DJ 04-02-2005 pp-00007 ement vol-02178-03 pp-00544 RDDP n. 26, 2005, p. 160-171.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AO 584/PE, relator ministro Maurício Corrêa, julgamento de 21/05/2003, DJ 27-06-2003 pp-00029 ement vol-02116-01 pp-00024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AO 7. Aquino e Castro, Presidente, André Cavalcanti, Piza e Almeida, Ribeiro de Almeida, vencido, acórdão de 06.07.1904.

In
www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCE_SSO=acor7

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ext-QO 934/UR, relator ministro Eros Grau, julgamento 09/09/2004, DJ 12-11-2004 pp-00006 ement vol-02172-01 pp-00121 RT v. 94, n. 832, 2005, P. 452-453 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 310-316.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 53931/RJ, relator ministro Bilac Pinto, julgamento 16/12/1975, DJ 02-04-1976.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 74.676/SP, relator ministro Ilmar Galvão, julgamento 04/03/1997, DJ 09-05-1997 pp-18129 ement vol-01868-02 pp-00426.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81154/SP, relator ministro Maurício Corrêa, julgamento 02/10/2001, DJ 19-12-2001 pp-00004 ement

vol-02054-02 pp-00341.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81154/SP, relator ministro Maurício Corrêa, 02/10/2001, DJ 19-12-01 pp-00004 ement vol-02054-02 pp-0034.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inq 1769-8-DF, decisão de 25.11.04, DJ 03.06.2005, relator ministro Carlos Velloso.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 124/SP, relator ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18-06-1993, pp-12108 ement vol-01708-01 pp-00097.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 20/DF, relator ministro Celso de Mello, julgamento de 19/05/1994, DJ 22-11-1996 pp-45690 ement vol-01851-01 pp-00001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 562/RS, relator ministro Carlos Velloso, DJ 20-06-2003 pp-00058 ement vol-02115-02 pp-00260.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 16512, ministro Oswaldo Trigueiro, julgamento de 25/05/1966, DJ 31-08-1966 PG-2913 ement vol-00665-01 pg-00150.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22164/SP, relator ministro Celso de Mello, julgamento 30/10/1995, DJ 17-11-1995 pp-39206 ement vol-01809-05 pp-0115.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 25623, relator ministro Marco Aurélio, julgamento de 27/10/2005, DJ 09/11/2005, pp-00006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 157868/PB, relator ministro Marco Aurélio, julgamento 02/12/1992, DJ 28-05-1993 pp-10389 ement vol-01705-04 pp-00747 RTJ vol-00148-02 pp-00634.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 157903/ES, relator ministro Moreira Alves, julgamento 16/09/2000, DJ 10-08-2000 pp-00010 ement vol-01999-04 pp-006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 162620/SP, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 30/09/1993, DJ 05-11-1993 pp-23288

ement vol-01724-01 pp-0012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 195056/PR, relator ministro Carlos Velloso, 09/12/1999, DJ 30-05-2003 pp-00030 ement vol-02112-02 pp-00279.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 195227/DF, relator ministro Maurício Corrêa, julgamento 27/09/1996, DJ 06-12-1996 pp-48727 ement vol-01853-09 pp-01850.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 20210, relator ministro Orosimbo Nonato, julgamento 27/01/1953, DJ 23-08-1956 pg-01101 adj data 01-10-1953 pg-11927 adj data 08-02-1954 pg-00393 ement vol-00145-02 pg-00489.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 256157/GO, relator ministro Nelson Jobim, julgamento 30/08/2000, DJ 19/09/2000, p-00062.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 258088 AgR/SC, relator ministro Celso de Mello, Julgamento de 18/04/2000, DJ 30-06-2000 pp-00079 ement vol-01997-15 pp-03137.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 335929/SC, relator ministro Carlos Velloso, julgamento 09/05/2002, DJ 29/05/2002, p. 00073.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 418876/MT, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 30/03/2004, DJ 04-06-2004 pp-00048 ement vol-02154-04 pp-00662.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 441318/DF, relator ministro Marco Aurélio, julgamento 25/10/2005, DJ 24-02-2006 pp-00024 ement vol-02222-05 pp-00860.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 442683-RS, julgamento de 13/12/2005, DJ 24.03.2006 relator ministro Carlos Velloso.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 80004/SE, relator ministro Xavier de Albuquerque, julgamento 01/06/1977, DJ 29-12-1977 pg-09433 DJ 19-05-1978 pg-03468 ement vol-01083-02 pg-00915 RTJ vol-00083-03 pg-00809.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 97644/PI, relator ministro Alfredo Buzaid, julgamento de 09/11/1982, DJ 03-12-1982 pg-12490 ement vol-01278-02 pg-00669 RTJ vol-00105-02 pg-00838.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 98935/PI, relator ministro Cordeiro Guerra, julgamento 03/11/1982, DJ 26-11-1982 pg-12125 ement vol-01227-03 pg-00808 RTJ vol-00103-03 pg-01321.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 404278/RS, relator ministro Carlos Velloso, julgamento 01/03/2005, DJ 08-04-2005 pp-00035 ement vol-02186-03 pp-00542.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 438034/CE, relator ministro Carlos Britto, julgamento de 27/09/2005, DJ 03-03-2006 pp-00072 ement vol-02223-03 pp-00602.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-ED 401127/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgamento 30/11/2004, DJ 17-12-2004 pp-00070 ement vol-02177-03 pp-00559.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. V.147, pp.815/820, ADI 4. Brasília: Supremo Tribunal Federal, março de 1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. V. 144/2, p. 435, ADI 712/DF. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1993.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. V.148, p. 656, MI 124-SP. Brasília: Supremo Tribunal Federal, junho de 1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 79785/RJ, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 29/03/2000, DJ 22-11-2002 pp-00057 ement vol-02092-02 pp-00280 RTJ vol-00183-03 pp-01010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 17976, Relator ministro Amaral Santos, julgamento de 13/09/1968, DJ 24.09.1969, ement vol-00777-01 pp-00142 RTJ vol-00055-03 pp-00744.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 21884/DF, relator ministro Marco Aurélio, julgamento 17/05/1994, DJ 25-11-1994 pp-32302 ement vol-01768-01 pp-00099.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RP 803-DF, relator ministro Djaci Falcão, julgamento de 15.09.1977, DJ 17-03-1978 pg-01414 ement vol-01088-01 pg-00019 RTJ vol-00084-03 PG-00724.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. Relator juiz Ricardo Gomes de Barros, RO 01134.2000.055.19.00-0, julgamento de 26.06.2001, DOE/AL 17.07.2001. *In* <http://www.trt19.gov.br/>.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROC. Nº TST-RR-758/2002-121-04-00.5 C, relator ministro Carlos Alberto Reis de Paula, julgamento de 24.05.2006, DOU 16.06.2006. *In* <http://www.tst.gov.br/>.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-587, de 12.11.1992, relator juiz *Ciro Angarita Baron.* *In* <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Constitucionalidad/C-587-92.htm>.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Núm. 24/2005, julgamento de 14/2/2005, BOE 03.03.2005, sala primera, registro nº 6330-2000 y 941-2001 (acumulados), recurso de amparo, Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde. *In* http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2005-0024

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Núm. 25/2005, julgamento de 14/2/2005, BOE 03.03.2005, sala primera, registro nº 2123-2001, recurso de amparo, Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel. *In* http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2005-0025

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 4202-6/101, relator des. José Soares de Castro, acórdão de 24.03.1993, DJ 11.559 de 27.04.1993. *In* www.tj.go.gov.br.

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 6107-1/101, relator dr. Roldão Oliveira Carvalho, acórdão de 18.04.1995, DJ 12.059 de 09/05/1995. *In* www.tj.go.gov.br.

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 6323-6/101, relator des. José Soares de Castro, acórdão de 13.06.1995, DJ 12.103 de 12/07/1995. *In* www.tj.go.gov.br.

GOIÁS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 13685-5/101, relator desembargador Zacarias Neves Coelho, acórdão de 21.03.2006, DJ 14770 de 02.06.2006, in www.tj.go.gov.br.

PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU. Exp. n° 1594-2003-HC/TC La libertad. *In* www.justiciaviva.org.pe/jurispu/beneficios/llajaruna_sare_maximo.htm.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão de 10.12.1998, Proc.º n.º 35.572. *In* AP DR de 6-06-2002, 7739). *In* http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_JN_26055_1_0001.htm.

ÍNDICE

SUMÁRIO.....	I
RESUMO.....	III
RESUMEN.....	IV
RÉSUMÉ.....	V
ABREVIATURAS.....	VI
ESTATÍSTICAS.....	VII
METODOLOGIA.....	VIII
REFERENCIAIS TEÓRICOS.....	XV
INTRODUÇÃO.....	1

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1. NOÇÕES.....	5
2. DIREITOS E GARANTIAS NA AMÉRICA.....	11
2.1. Noções.....	11
2.2. Constituição norte-americana.....	12
2.3. Constituição boliviana.....	14
2.4. Constituição equatoriana.....	16
2.5. Constituição paraguaia.....	21
2.6. Constituição venezuelana.....	23
2.7. Constituição uruguaia.....	25
2.8. Constituição mexicana.....	25
2.9. Constituição chilena.....	28
2.10. Constituição dominicana.....	29

2.11. Constituição colombiana.....	30
2.11. Constituição peruana	31
2.13. Constituição argentina	32
2.14. Constituição costarricense	32
2.15. Constituição cubana.....	33
2.16. Constituição salvadorenha	33
2.17. Constituição guatemalteca	34
2.18. Constituição hondurenha.....	36
2.19. Constituição nicaragüense	37
2.20. Constituição panamenha	37
2.21. Constituição portorriquenha	38
2.22. Quadro-resumo destas constituições.....	38
2.23. Constituições de outros estados americanos.....	39
3. O PROBLEMA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	41
3.1. Noções.....	41
3.2. Como distinguir direitos e garantias.....	43
3.3. Necessidade da distinção	45
3.4. Os verbos não são essenciais para a distinção.....	49
3.5. O que diz a doutrina, sobretudo estrangeira.....	51
3.6. Traços distintivos finais	60
4. DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS.....	63
4.1. Noções.....	63
4.2. Há direitos individuais e direitos coletivos?.....	64
4.2.1. Noções.....	64
4.2.2. A questão da Assembléia Nacional Constituinte	66
4.2.3. A legislação infraconstitucional	67
4.2.4. A posição do Supremo Tribunal Federal.....	70
4.2.5. Conclusão.....	71
4.3. Direitos coletivos como direitos fundamentais	71
4.3.1. Noções.....	71
4.3.2. Caracterização pela impossibilidade de apropriação individual..	73
4.3.3. Traço marcante: o direito de um não exclui o de outro	76
4.4. Conclusão e estágio atual.....	78
5. DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO NÃO-FUNDAMENTAL.....	82
5.1. O caráter binário do direito sob o prisma da fundamentalidade	82
5.2. O significado do qualificativo “fundamental”	84
5.3. O significado de fundamental em “lei fundamental”	86
5.4. Mesmos termos devem ter os mesmos significados.....	89
5.4.1. Noções.....	89
5.4.2. Apelo ao significado da palavra.....	91
5.4.3. A posição do Supremo Tribunal Federal.....	93
5.5. O significado de fundamental em “direitos fundamentais”	96

6. CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	97
6.1. Noções.....	97
6.2. Direitos fundamentais formais e materiais	104
6.3. A posição do Tribunal Constitucional espanhol.....	111
6.4. A posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro.....	114
7. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	117
7.1. Noções.....	117
7.2. Caráter duplo dos direitos fundamentais	121
7.3. Caráter temporal-espacial.....	126
8. O PAPEL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	129
8.1. Noções.....	129
8.2. Direitos fundamentais fora do catálogo?	130
8.3. Conclusão quanto ao catálogo.....	135
8.4. Direitos análogos a direitos fundamentais	137
9. POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	140
9.1. Noções.....	140
9.2. Direitos fundamentais de liberdade.....	145
9.3. Direitos políticos como direitos fundamentais	147
9.4. Direitos sociais como direitos fundamentais	152
9.4.1. Noções.....	152
9.4.2. Caracterização pelo conteúdo	153
9.4.3. Direitos sociais: direitos objetivos ou subjetivos.....	160
9.4.3.1. Noções	160
9.4.3.2. Conteúdo dos direitos sociais	161
9.4.3.3. Natureza jurídica dos direitos sociais.....	163
9.5. Conclusões.....	168

CAPÍTULO II

DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. NOÇÕES	170
2. EFICÁCIA OU APLICABILIDADE? UM PROBLEMA TERMINOLÓGICO	173
2.1. Noções.....	173
2.2. Opção pelo termo "eficácia"	175
2.2.1. Noções.....	175
2.2.2. Validade da norma.....	176
2.2.3. Vigência e eficácia da norma	181
2.2.4. Eficácia jurídica e eficácia social.....	185

2.2.4.1. Noções	185
2.2.4.2. Eficácia social e efetividade	186
2.2.4.3. A eficácia não depende da vigência	188
2.2.4.4. Eficácia jurídica no plano infraconstitucional	191
2.2.4.4.1. Suspensão da execução pelo Senado Federal.....	191
2.2.4.4.2. Superveniência de lei federal	193
2.2.5. Eficácia e aplicabilidade	197
2.3. Conclusão	199
3. EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	201
3.1. Noções.....	201
3.2. Eficácia da norma e elementos de formação.....	203
3.2.1. Noções.....	203
3.2.2. Elementos de formação da norma jurídica.....	208
3.3. Graus de eficácia da norma constitucional.....	212
3.3.1. Noções.....	212
3.3.2. Norma constitucional completa com eficácia total.....	217
3.3.3. Norma constitucional incompleta	223
3.3.3.1. Noções.....	223
3.3.3.2. Caracterização da norma incompleta.....	225
3.3.3.3. Desnecessidade de expressa referência à lei.....	229
3.3.3.4. Eficácia da norma incompleta	235
3.3.3.5. Repulsa a normas simplesmente programáticas.....	243
3.4. Norma constitucional que admite regulamentação	248
3.4.1. Noções.....	248
3.4.2. Normas de eficácia redutível.....	249
3.4.2.1. Terminologia	249
3.4.2.2. Comparação com a norma incompleta: o caso do direito de greve	253
3.4.2.3. Argumentos da corrente vencida.....	259
3.4.2.4. Redução por norma constitucional.....	261
3.2.2.4.1. Noções.....	261
3.2.2.4.2. Norma constitucional originária	262
3.2.2.4.3. Norma constitucional secundária	263
3.4.3. Norma de eficácia ampliável.....	264

CAPÍTULO III

O DISPOSITIVO NO DIREITO COMPARADO

1. NOÇÕES	270
2. CRONOLOGIA DA NORMA NO DIREITO COMPARADO.....	274

3. CONSTITUIÇÕES QUE INSPIRARAM A DO BRASIL DE 1988	278
3.1. Lei Fundamental de Bonn.....	278
3.2. Constituição portuguesa.....	282
3.3. Constituição espanhola	284
3.4. Constituição venezuelana.....	285
3.5. Constituição paraguaia	287
3.6. Constituição uruguaia	288
4. A NORMA EM CONSTITUIÇÕES QUE SUCEDERAM À DO BRASIL	289
4.1. Noções.....	289
4.2. Constituição eslovena	290
4.3. Constituição russa	291
4.4. Constituição ucraniana	292
4.5. Constituição polonesa	291
5. CONCLUSÕES	295
6. CONSTITUIÇÕES QUE SE APROXIMARAM DA NORMA.....	295
6.1. Noções.....	295
6.2. Constituição grega	298
6.3. Constituição irlandesa.....	298
6.4. Constituição argentina	299
6.5. Constituição costarricense.....	301
6.6. Constituição peruana	302
6.7. Constituição portorriquenha	303
6.8. Quadro comparativo entre estas constituições	304

CAPÍTULO IV

SURGIMENTO DO § 1º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. NOÇÕES	307
2. PROPOSTAS DE REDAÇÃO DO ATUAL DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL ..	312
2.1. Anteprojeto da Comissão dos Notáveis	312
2.2. O ponto de partida: comissões e subcomissões.....	315
2.3. O Anteprojeto da Subcomissão I-c.....	317
2.4. Projeto da Comissão I.....	320
2.5. Projeto do relator da Comissão de Sistematização	323
2.6. Substitutivos do relator da Comissão de Sistematização	325
2.6.1. Primeiro Substitutivo.....	325
2.6.2. Emendas ao primeiro Substitutivo do relator.....	326
2.6.3. Segundo Substitutivo	329
2.6.4. Emendas aos Substitutivos e ao Projeto (A)	330

2.7. Criação do Centrão e novas emendas	332
2.8. Dois destaques importantes	336
2.8.1. Noções.....	336
2.8.2. Destaque nº 001082-87.....	337
2.8.3. Destaque nº 003860-87.....	344
2.9. Redação em 1º turno do Projeto (A)	348
2.10. O Substitutivo do Centrão	349
2.11. Votação em 2º turno do Projeto (B).....	353
2.11.1. Revisão de redação e numeração	353
2.11.2. Remessa do Projeto para votação em 2º turno	354
2.11.3. Conteúdo do Projeto (B).....	357
2.11.4. Emendas oferecidas em Plenário	358
2.11.5. Importante discussão em 10.08.1988	363
2.11.6. Votação dos destaques em 11.08.1988	367
2.12. Projeto (C) da Comissão de Redação	370
2.13. Projeto (D) da Comissão de Redação e Texto Final	376
3. QUADRO COMPARATIVO/EVOLUTIVO DO DISPOSITIVO	376
3.1. Demonstrativo por redação	376
3.2. Demonstrativo por localização	380
3.2.1. Noções.....	380
3.2.2. Anteprojeto da Comissão dos Notáveis.....	381
3.2.3. Anteprojeto da Subcomissão I-c	381
3.2.4. Projeto da Comissão I	382
3.2.5. Anteprojeto da Comissão de Sistematização.....	383
3.2.6. Substitutivos da Comissão de Sistematização	384
3.2.7. Projeto (A)	384
3.2.8. Substitutivo do Centrão.....	385
3.2.9. Projetos (B), (C) e (D)	385
4. CONCLUSÃO	386

CAPÍTULO V

CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. NOÇÕES	389
2. NEM TODOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS SÃO FUNDAMENTAIS.....	392
2.1. Noções.....	392
2.2. Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 712	394
2.3. Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 939	397
2.4. A Emenda Constitucional nº 28, de 28.05.2000.....	403

2.5. Há direitos sociais que são direitos individuais	408
2.5.1. Noções.....	408
2.5.2. Conteúdo do catálogo de direitos dos trabalhadores	410
2.6. Conclusão	411
3. ALCANCE LIMITADO DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL....	412
3.1. Noções.....	414
3.2. Cabimento do mandado de injunção.....	416
3.2.1. Noções.....	416
3.2.2. Finalidade do mandado de injunção	418
3.2.3. Um caso exemplar: aviso prévio proporcional.....	421
3.3. Nem todo direito fundamental goza de máxima eficácia	425
3.3.1. Noções.....	425
3.3.2. Direitos sociais que, expressamente, exigem lei	428
3.3.3. Direitos sociais que não exigem, mas dependem de lei.....	431
3.3.4. Análise de caso específico: Despedida arbitrária	432
3.3.5. Conclusão sobre os direitos sociais	437
4. DIREITOS QUE DISPENSAM REGULAMENTAÇÃO	442
4.1. Noções.....	443
4.2. Garantias fundamentais dispensam regulamentação.....	443
4.3. Direitos sociais que dispensam lei regulamentar.....	447
4.3.1. Noções.....	448
4.3.2. Direitos a prestações negativas	448
4.3.3. Alguns direitos a prestações positivas	449
CONCLUSÕES	
QUANTO AO CAPÍTULO I.....	451
QUANTO AO CAPÍTULO II	454
QUANTO AO CAPÍTULO III	456
QUANTO AO CAPÍTULO IV	457
QUANTO AO CAPÍTULO V.....	459
BIBLIOGRAFIA	
DOUTRINA	463
DICIONÁRIOS	498
ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE.....	499
LEGISLAÇÃO NACIONAL E ESTRANGEIRA	504
JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E ESTRANGEIRA	512
INDICE	521