

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO
FABRÍCIO DE OLIVEIRA SANTANA

**A TIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL POSITIVADA NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988: SISTEMATIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS
DE CLASSIFICAÇÃO E INTANGIBILIDADE AO PODER
CONSTITUINTE DERIVADO**

UBERLÂNDIA

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO
FABRÍCIO DE OLIVEIRA SANTANA

**A TIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL POSITIVADA NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988: SISTEMATIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS
DE CLASSIFICAÇÃO E INTANGIBILIDADE AO PODER
CONSTITUINTE DERIVADO**

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito
Público, sob a orientação do Prof. Dr.
Edihermes Marques Coelho.**

UBERLÂNDIA

2011

Fabício de Oliveira Santana

Considerando a APROVAÇÃO em defesa pública, bem como a homologação pelo Colegiado competente, esta dissertação foi julgada adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito Público da Faculdade de Direito Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

Uberlândia, 1º de agosto de 2011.

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Orientador

Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Membro

Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares

Membro

Pontifícia Universidade Católica - MG

Aos meus pais: Aparício, mestre-de-obras,
Sandra, professora, que construíram minha
educação.

Agradeço ao povo brasileiro pela oportunidade de cursar este programa de mestrado em uma universidade pública, gratuita e de qualidade!

RESUMO

O presente trabalho investiga a tipologia jusfundamental positivada na Constituição da República de 1988, analisando seu carácter classificatório e sua adequação científica, pesquisando uma sistematização de seus critérios, e avaliando as repercussões para as intelecções constitucionais, especialmente a verificação do alcance da intangibilidade dos direitos fundamentais ao poder constituinte derivado quanto às reformas na Constituição.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais – Tipologia – Classificação – Cláusulas Pétreas

ABSTRACT

The present essay investigates the jusfundamental typology positivism in the Brazilian Constitution of 1988, analyzing its character and its scientific suitability classification, the systematic searching of its criteria, particularly the verification of the reaching of the inviolability of the fundamental rights derived as the constituent power of reforming the Constitution.

Keywords: Fundamental Rights - Types - Classification - entrenchment clause

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------	----

Capítulo 1 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
---	----

1.1 Estado e Constituição	14
---------------------------	----

1.2 Constituição: sentidos, classificações, teoria formal e material	41
--	----

1.3 Teoria formal e material dos direitos fundamentais	47
--	----

1.4 O Sistema Constitucional	50
------------------------------	----

1.4.1 Tipologia de princípios no sistema constitucional brasileiro	58
--	----

1.5 Canais de positivação dos direitos fundamentais	61
---	----

1.5.1 Canal textual-formal	61
----------------------------	----

1.5.2 Canal de reconhecimento em decorrência de princípios eregime	65
---	----

1.5.3 Canal de positivação em decorrência dos tratados internacionais	68
--	----

Capítulo 2 ATIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL: SISTEMATIZANDO OS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO	74
--	----

2.1 Substratos teórico-tipológicos para a análise da tipologia jusfundamental	74
--	----

2.1.1 As gerações de direitos fundamentais	74
--	----

2.1.2 Os <i>status</i> de Jellinek	77
2.1.3 Direitos de defesa e a prestações	81
2.2 Crítica à tipologia classificatória constituinte: a necessidade de sistematizar seus critérios	86
2.3 - Da titularidade	93
2.4 – Da materialidade	99
 Capítulo 3 –ATIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL E A INTANGIBILIDADE AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO	 111
3.1 O poder constituinte derivado e as limitações à reforma da Constituição	111
3.2 Direitos fundamentais e cláusulas pétreas: o alcance da intangibilidade	121
3.3 Por uma interpretação ampliativa	129
 CONCLUSÃO	 142
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 144

INTRODUÇÃO

Por tipologia deve-se conceber um conjunto de modelos, padrões, enfim, de tipos de determinado objeto a serem investigados sob uma perspectiva ordenada.

A Constituição da República de 1988, ao recortar o Título II, demarcou um *locus* expressamente qualificado como Dos Direitos e Garantias Fundamentais, desdobrando-o em cinco capítulos, respectivamente Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Dos Direitos Sociais, Da Nacionalidade, Dos Direitos Políticos e Dos Partidos Políticos.

Apresenta-se, pois, uma tipologia de direitos fundamentais, sendo que se analisará seu caráter, considerando a distribuição textual e correlatas secções ao longo do tecido constitucional, patenteando-se como missão geral deste trabalho dissertativo expô-la à ribalta, investigando as possibilidades e limites de sua interpretação quanto à sistematização dos critérios de classificação, especialmente no que afeta às restrições à reforma constitucional pelo poder constituinte derivado.

Para tanto, nesta dissertação discorrer-se-á sobre as análises pontuais em que se confortam os objetivos específicos, entrelaçando-as para possibilitar a devida abordagem do problema.

Pretende-se perpassar pelos marcos teóricos que subsidiaram o estudo da positivação dos direitos fundamentais, laborando as ideias de constitucionalismo, constituição, teorias formal e material da constituição e dos direitos fundamentais.

Estabelecida a noção de sistema constitucional, haverá campo para verificação dos canais de positivação de direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Devem-se relacionar os substratos teórico-tipológicos mais importantes para a compreensão da tipologia jusfundamental positivada.

Buscar-se-á interpretar a tipologia jusfundamental da Constituição de 1988 para nela reconhecer os critérios da titularidade e materialidade, propondo sua sistematização.

Necessário também discutir as limitações ao Poder Constituinte Derivado quanto à reforma da Constituição.

Por fim, quer-se discutir a intangibilidade jusfundamental quanto à reforma constitucional, especialmente para propor uma exegese ampliativa.

A problemática do trabalho reside na inquietação interpelante se a tipologia jusfundamental positivada na Constituição contempla uma classificação, se eventualmente tal distinção categorizada é cientificamente adequada, e, ainda, de qual o alcance do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição, todas as questões girando em torno dos referenciais tipológicos.

Avulta-se a necessidade de uma abordagem mais detida sobre o tema, pois, *s.m.j.*, não se tem trabalho específico na nossa doutrina criticando a tipologia constituinte com a solução sistematizadora dos critérios de classificação a apresentar-se, bem como as fontes doutrinárias e jurisprudenciais, com raras exceções, revelam-se carentes de uma teoria adequada fundamentando parâmetros argumentativos arrazoados para uma compreensão do alcance da intangibilidade jusfundamental ao poder constituinte derivado.

Embora com nuances teóricas, a inteligência proposta dar-se-á preponderantemente em perspectiva dogmática, mirando o sistema

constitucional brasileiro como ponto de partida¹, sublinhando a tipologia protagonista como recorte que compõe a estrutura do texto positivo maior.

. Será utilizado o método dedutivo, com tipo de pesquisa bibliográfica, e técnica de pesquisa textual, temática e interpretativa, analisando qualificadas exposições doutrinárias nacionais e alienígenas visando colher elementos de convicção para aprofundar a pesquisa proposta. Não raras vezes, cogitando-se hipóteses dirimentes dos problemas levantados, e opinando-se, ou mesmo as apresentando, por uma delas, temos o método hipotético-dedutivo.

Indutivamente se pretende analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como de documentos necessários ao estudo, como determinadas declarações de direitos, diplomas normativos, pareceres etc.

Manejando uma teoria dos direitos fundamentais, o estudo navega claramente nas águas do direito constitucional, com uma investigação, conforme já levantado, em perspectiva preponderantemente dogmática, mas com não raros apegos à leitura teórica.

A investigação dogmática dar-se-á na complementariedade das suas dimensões, tanto analítica, trabalhando a análise dos conceitos das espécies jusfundamentais e a construção jurídica da relação entre elas²; tanto empírica, “sobretudo a partir do exame da aplicação do direito na visão do STF”³, lidando com a prática jurisprudencial referente aos casos concretos emblemáticos para a discussão, e, por fim, numa dimensão normativa, buscando respostas ao problema colocado, trilhando pelo rearranjo da tipologia constituinte e pelo fornecimento de parâmetros

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Decisão, Técnica, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-34.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31.

argumentativos constitucionalmente adequados sobre a intangibilidade jusfundamental.

Ao final, pretende-se veicular o trabalho por meio de publicação impressa, seja em todo como livro, ou em artigos contendo capítulos apartados.

Sem maiores pretensões, o trabalho pode colaborar para a teoria dos direitos fundamentais no que toca à análise constitucionalmente adequada da tipologia jusfundamental positivada e estabelecimento de parâmetros argumentativos para a intangibilidade ao poder constituinte derivado.

CAPÍTULO 1 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Estado e Constituição

Infinitas intelecções, sedimentadas cada qual em sortidas preferências teóricas, poderiam ser demonstradas acerca da relação entre sociedade e Estado, não cabendo, pois, dada a vocação destacada no introito, o mergulho nesse mar especulativo.

Por ora, rasamente, valha-se de que “a realidade social não pode ser considerada, sob nenhum conceito, senão como ação humana”⁴, sendo que as sociedades têm por seus elementos característicos as manifestações de conjunto ordenadas, o poder social, e uma finalidade ou valor social, sendo que o Estado é uma sociedade política por excelência, que tem fins gerais e visa criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupando-se da totalidade dessas ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum.⁵

É certo que ao longo dos séculos o Estado veio tornando-se uma sociedade cada vez mais complexa, sofisticando as instituições burocráticas e diversificando as formas de organização social, sob o cultivo de manifestações humanas culturalmente plurais, cuja reiteração aponta para o reconhecimento por tal sociedade de padrões daquilo que é bom, correto, justo, ou seja, dos valores aprováveis, afinados com a ideia de bem comum.

⁴HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 130.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22-49.

Independente do viés com que o poder social se estabeleceria, seja por invocação divina, seja da força pela força, ou de origem popular, a coercibilidade sempre foi uma característica da organização política estatal⁶, de norte que esses valores concebidos nos fins gerais da sociedade foram e são parâmetro para balizar as ações humanas.

A análise de determinada sociedade política, dos valores e informações que nela se conectam como fruto das ações humanas, estruturando as relações do poder social, dão a noção de um paradigma, de uma espécie, sob as palavras de CANOTILHO, de “consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo”.⁷

Registre-se, pois, que a ideia de paradigma foi originariamente talhada no âmbito das ciências naturais por THOMAS KUNH, em sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, donde se depreende, conforme invocação de FERNANDES, “que os paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.⁸

O Estado, pois, como fenômeno histórico, está submetido a uma mudança permanente em suas formas, mostrando-se em distinta maneira nos diferentes círculos que formam a vida e a cultura, de acordo com as características gerais de um povo e de uma época.⁹

A terminologia Estado, enquanto sociedade política, ao que se sabe, foi originariamente empregada por MAQUIAVEL, em 1513, ditando logo nas primeiras linhas de sua célebre obra que “todos os Estados e todos

⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6.

⁷ *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 6.

⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Bueno Aires: Albatros, 1970. p. 215.

os governos que exerceram ou exercem certo poder sobre a vida dos homens foram e são repúblicas ou principados”.¹⁰

É certo que não se pode estabelecer alguma linearidade histórica para alocar emprecisa sucessão cronológica os diferentes tipos de Estado que podemos reconhecer, pois eles “têm seus cursos em certas ocasiões renovados, repercutindo e refletindo-se os seus caraterísticos em diferentes épocas e em diferentes locais”.¹¹

Não obstante, em conveniência pedagógica, pode-se colher uma sequência ilustrando as fases em que os tipos estatais surgiram, bem sintetizando e anotando DALLARI¹² o Estado Antigo, Oriental ou Teocrático, que tinha por marcas fundamentais a natureza unitária e a religiosidade; o Estado Grego, representado pela *polis*, cidade-Estado, como Atenas e Esparta, fomentando uma ideia de autossuficiência, com participação, ainda que restrita a uma elite política, da sociedade nas decisões estatais; e o Estado Romano, que num primeiro momento formou-se da união das *gens*, famílias patrícias da elite romana, sendo que o expansionismo fez agregar a tal civilização os povos conquistados, agregando novas camadas sociais, inclusive com atribuição de direitos.

No que toca ao Estado Medieval, consoante frisa MENEZES, “com a queda de Roma, instaurou-se a Idade Média com novos elementos na vida política: o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o regime feudal”.¹³

O cenário espelhava instabilidade face à “infinita multiplicidade de centros internos de poder político”¹⁴, comonos redutos dos feudos, em que predominava a relação de suserania e vassalagem, os constantes ataques dos

¹⁰O *Príncipe*. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 5.

¹¹ MENEZES, Anderson de. Teoria Geral do Estado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 105.

¹²*Op. cit.*, p. 62-65.

¹³*Op. cit.*, p. 115.

¹⁴WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 24.

povos nórdicos, godos, eslavos, germanos etc., e ainda, mais ao afinal, a luta entre o Papa e o Imperador¹⁵, demonstrando desafeição entre os chefes políticos e o poder eclesiástico próprio do medievo.

Esse mosaico instável de poder fermentou o surgimento do Estado Moderno calcado no absolutismo, emergindo a ideia de soberania.

JEAN BODIN, ao definir a *summa potestas*, anotou que “soberania es poder supremo, juridicamente ilimitado sobre ciudadanos y súbditos”¹⁶, condicionando-a, entretanto, a determinadas restrições, como à finalidade do Estado e ao direito natural, havendo que a violação deste podia converter o soberano em um tirano.

Por sua vez THOMAS HOBBES, discorrendo sobre o estado de natureza do homem como lobo do homem, da guerra de todos contra todos, e plantando a noção de uma origem contratual do Estado no sentido de que os homens deveriam alienar seus direitos ao soberano com o intuito de garantir-se segurança e paz, justificou a centralização do poder argumentando:

a condição de simples natureza, ou seja, de absoluta liberdade, como é a daqueles que não são súditos nem soberanos, é anarquia e condição de guerra [...] um estado sem poder soberano não passa de uma palavra sem essência.¹⁷

Entre as teorias sobre o surgimento do Estado, conforme sintetiza DALLARI¹⁸ em três posições fundamentais, a primeira seria de que o Estado sempre existiu com a própria sociedade, desde que o homem se integrou sob alguma organização no planeta; a segunda é de que o Estado

¹⁵DALLARI, *Op. cit.*, p. 67.

¹⁶*Apud* KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 70.

¹⁷ HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 258.

¹⁸*Op. cit.*, p. 52-53.

constitui-se após determinado período para atender às necessidades ou conveniências dos grupos sociais já existentes; e a terceira posição é de que o Estado somente haveria surgido enquanto sociedade política com características bem definidas essenciais à sua concepção, como soberania, advinda com a planificação do poder soberano absolutista, e também como a fixação de limites territoriais entre os países em decorrência de guerras religiosas¹⁹, processo demarcatório culminado com a Paz de Westfália, em 1648.

Essa terceira posição ilustra justamente o advento do Estado Moderno, caracterizado pelo regime político absolutista, em que todo o poder cabia ao Rei, que o exercia dentro de um território demarcado, ou seja, o poder do Estado se confundia com o poder pessoal do monarca, sendo célebre a frase de Luís XIV, rei francês entre 1673 a 1745: *L'État c'est moi*.

JORGE MIRANDA anota a distinção de dois períodos no absolutismo. O primeiro até o início do século XVIII, sendo a monarquia uma espécie de direito divino, com o rei governando pela graça de Deus, com uma autoridade revista de sentido religioso. E o subsequente, face ao ambiente iluminista deflagrado, revela o despotismo esclarecido, com uma fundamentação racional visando manutenção do interesse público, constituindo a autoridade soberana uma ferramenta para o alcance desse fim.²⁰

A ideia de um direito natural, próprio do homem, prescindível de reconhecimento por documento ou autoridade, e oponível à sociedade e ao soberano, não foi soterrada totalmente pelo absolutismo. Parágrafos acima sublinhamos BODIN ao explicitar que a violação de um direito natural converteria o soberano em um tirano.

¹⁹Principalmente a Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e aliados contra a Alemanha.

²⁰ *Op. cit.*, p. 30-31.

QUINTÃO SOARES, ao analisar o poder coercitivo do Leviatã hobbesiano, frisa que a vida era um direito não alienável ao monstro bíblico.²¹

Ainda que sem uma projeção contempladora de todos os homens e sociedade, como seria a ideia um direito natural, mas sim numa perspectiva estamental, de privilégios, desde o medievo pode-se vislumbrar cartas ou declarações de direitos que estabelecem limites ao poder monárquico em favor da Igreja, senhores feudais e comunidades locais, consoante narra PEREZ LUÑO, citando o convencionado, na Espanha, em 1118 entre Alfonso IX e o reino, e o Privilégio Geral outorgado por Pedro III nas Cortes de Zaragoza, em 1283. Na Inglaterra referencia o mais importante documento da época, a Magna Carta firmada em 1215, entre o Rei João Sem-Terra entre bispos e barões.²²

O artigo 39 da Magna Carta é emblemático e rezava que nenhum homem livre podia ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e nada procedido contra ele, nem o fazer vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.

Séculos depois a Inglaterra foi sede do estabelecimento de outros documentos como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e ainda a *Bill of Rights*, de 1689. A face notável desses documentos, referentemente aos reconhecimentos dos direitos naturais do homem, é que deixaram simplesmente de dispor acerca de liberdades estamentais, ampliando-se como liberdades gerais públicas, extensivas a todos os cidadãos ingleses.²³

A ascensão da burguesia enquanto classe econômica e a necessidade de cada vez maior de otimizar seus negócios, bem como a ideia

²¹*Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 94.

²²*Los Derechos Fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 33-34.

²³PEREZ LUÑO..., *Op. cit.*, p. 34-35.

de um direito natural cada vez mais soante, tinham contraste inconciliável com o modelo absolutista.

DANIEL SARMENTO lança que

Era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável. Por outro lado, tornara-se inadmissível a continuidade da discriminação fundada no nascimento, o que exigia a abolição de privilégios estamentais desfrutados pela nobreza e pelo clero.²⁴

O contexto constituiu fertilidade para a lavra de autores jusnaturalistas e iluministas que se aportaram como marcos teóricos para a derrocada do Estado Moderno e eclosão do Estado Liberal, destacando-se como divisores nessa transição os eventos da Revolução Gloriosa (Inglaterra), a Independência das Colônias Americanas e a Revolução Francesa

KANT funda a ideia de direito e justiça nas ações em sociedade precisamente como medida de preservação da liberdade enquanto inata ao homem, concebendo o direito como “ a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.”²⁵

Acentuando a propriedade enquanto direito natural, JOHN LOCKE pretendeu

mostrar como os homens podem chegar a ter uma propriedade em várias partes daquilo que Deus deu à Humanidade em comum, e tal

²⁴*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7.

²⁵ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 76.

sem qualquer pacto expreso entre todos os membros da comunidade.²⁶

Contributo maior de ROUSSEAU foi defender a soberania popular como fruto do contrato social, sob um nítido propósito de revés ao absolutismo.

Escreveu que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum [...] não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se”.²⁷

MONTESQUIEU, manejando a teoria da separação dos poderes, enfocou que “há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”.²⁸ Frisou que essa separação é essencial para assegurar-se a liberdade, evitando-se um Estado tirânico, admoestando a concentração dos poderes “em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura”.²⁹

A Revolução Gloriosa, entremeada por desavenças religiosas, protestantismo e catolicismo, ensejou a queda do Rei Jaime II, assumindo o trono, conjuntamente, o Príncipe de Orange e Maria de Stuart, filha de Jaime, recebendo a Coroa sob uma condição inarredável: acatar a *Bill Of Rights*, então aprovada pelo Parlamento Inglês, contendo disposições de quilate jusfundamental, como o direito de petição, e proibição de penas cruéis ou inusitadas, de molde que o cenário fez por dismantelar a monarquia absolutafincando a separação dos poderes, fortalecendo-se o Parlamento, que

²⁶Segundo Tratado sobre o Governo. *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1973. p. 51.

²⁷*Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39.

²⁸*O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.p. 165.

²⁹*Op. cit.*, p. 166.

passou a ter competências de legislar e criar tributos³⁰, bem como semeando o liberalismo em descrédito ao conservadorismo.

O processo de independência das colônias inglesas na América do Norte teve como ponto de tensão a exorbitância tributária da metrópole e o acirramento das restrições políticas e econômicas³¹, ocorrendo que em 1776, em 04 de julho, durante a Segunda Convenção da Filadélfia, foi proclamada a Declaração de Independência.³² Passagem do texto, excerto transcrito por COMPARATO, ilustra o reconhecimento no documento de direitos naturais, ao ditar “que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.³³

A respeito, PEREZ LUÑO destaca o documento por conceber os direitos declarados enquanto correspondentes

a todo individuo por el mero hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de un estamento, ni siquiera a los de un país, sino de facultades universales, absolutas, inviolables y imprescriptibles.³⁴

³⁰COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92-96.

³¹Os territórios das colônias americanas foram disputados entre Inglaterra e França durante a Guerra dos Sete Anos, havendo que com o êxito inglês, noutra ponta, face aos prejuízos havidos com o confronto, exorbitou-se a cobrança de impostos e taxas e a restrição à livre comercialização pelos colonos, sendo exemplos os notórios expedientes da Lei do Chá, Lei do Selo e Lei do Açúcar. O descontentamento ensejou a realização da Primeira Convenção da Filadélfia (1774), donde se tiraram propostas à metrópole para reduzir as restrições na vida política e econômica da colônia. Ao revés, a Inglaterra acirrou as medidas restritivas, como, por exemplo, edição da Lei dos Intoleráveis, otimizando o clima de revolta e incendiando um clima separatista na âmbito colono. Dados e informações disponíveis em: <<http://www.suapesquisa.com/estadosunidos>>. Acesso em: 29/05/2011.

³²Dias antes, em 12 de junho de 1776, sob o mesmo cenário e espírito, o Estado da Virgínia editou sua Declaração de Direitos.

³³*Op. cit.*, p. 109.

³⁴*Op. cit.*, p. 35.

Referentemente à monarquia despótica francesa eis que os privilégios do Primeiro Estado, clero, e do Segundo, nobreza, sacrificavam a liberdade política e econômica burguesa, classe alocada do Terceiro Estado, juntamente com todo o restante do povo francês, e sucumbente à derrota previsível nas assembleias dos Estados Gerais.

SIEYÈS, dando a nota do contexto da época, apontava: “impossível que o corpo da nação, ou mesmo alguma ordem em particular, venha a se tornar livre, se o Terceiro Estado não é livre. Não somos livres por privilégios, mas por direitos, direitos que pertencem a todos os cidadãos”.³⁵

Sob a tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade, e como uma aspiração de universalidade, foi proclamada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e conforme metáfora de COMPARATO, representou “o atestado de óbito do Ancien Régime”³⁶, cristalizando a ideia de separação dos poderes e proteção das liberdades.³⁷

Algures avaliou-se a dificuldade de uma análise uniforme e completa dos tipos estatais, emergindo, entretanto, que o recorte dos três cenários abordados, inglês, estadunidense e francês, é referência inarredável para conceber-se o advento do Estado Liberal, e, adiante, do fenômeno do constitucionalismo, valendo para, embora as muitas minudências históricas e múltiplos aspectos informadores do processo histórico sob mira, traçar algumas características desse paradigma.

³⁵ *Constituinte Burguesa. Qu’ est-ce que le Tiers État?* 4ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

³⁶ *Op. cit.*, p. 151.

³⁷ Excertos: Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral [...].

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Segundo apontado, o homem evidencia-se como protagonista na transição ao paradigma em foco, invocando-se detentor de direitos naturais oponíveis perante o Estado, rechaçando-se pois qualquer ideia de absolutismo e seus autoritários e desmedidos expedientes intervencionistas.

Nesse esteio, nasce o Estado Liberal como abstencionista, perante a sementeira do individualismo, vetor este que, sob a observação de PECES-BARBA,

representa la forma de actuación del hombre burgués que quiere protagonizar la historia, frente a la disolución del individuo en realidades comunitarias o corporativas, propia de los tiempos anteriores al tránsito a la modernidade.³⁸

A concepção do homem-indivíduo, com gozo da vida, liberdade, e propriedade, caminhava antagonicamente ao arbítrio estatal, e o Estado abstinente era celeiro principalmente das aspirações comerciais e econômicas da burguesia, de linha que o escudo para formatação desse ambiente favorável era, pois, a lei.

PAULO BONAVIDES enfatiza que

a burguesia precisava da liberdade e o Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico em que Kant chegaram a sua formulação mais acabada, era um Estado destinado de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a coroa de todas as responsabilidades sociais.³⁹

³⁸Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales. *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I*. Madri: Dykinson, 2003.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A igualdade, puramente formal, travestia-se, pois, enquanto a sorte perante a lei, tal instrumento de positivista neutralidade do Estado, este devendo somente assegurar as condições mínimas para a harmonia social, como, *e.g.*, a segurança, e postando-se como mero expectador das relações privadas mantidas em sociedade, como econômicas, trabalhistas etc.

Essa neutralidade, em veia interdisciplinar, pode-se detectar na literatura parnasiana sob inspiração positivista, nos termos da precisa pena de OLAVO BILAC, correlacionando que para o Direito a neutralidade faz-se pela lei, pela norma, e para a poesia, pela forma:

Assim procedo. Minha pena
Segue esta norma,
Por te servir, Deusa serena,
Serena Forma!⁴⁰

Politicamente dois traços pintam o cenário, tendo por fundo a contramão a alguma concentração absolutista de poder: a separação dos poderes, e o fortalecimento do Parlamento, enquanto instituição representante da soberania do povo.

Sendo a lei o fiel da balança entre o Estado e o homem-indivíduo, consoante entrelaçado, deu-se vazão a um marco jusfilosófico que, a despeito de inúmeras perspectivas em que se expressou, cai-nos como o positivismo jurídico.

Em epidérmico apego, a coação estatal às condutas humanas deve ter seu fundamento estrito na norma jurídica vigente validamente editada por autoridade ou órgão competente, de ponto que, de acordo com Kelsen, há uma identidade entre Estado e Direito, e “um conhecimento do

⁴⁰*Profissão de Fé.* Disponível em: <http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/OlavoBilac/pr ofissaodefe.htm> Acesso em: 03/06/2011.

Estado deve ser isento de elementos ideológicos [...] como organização política, o Estado é uma ordem jurídica”.⁴¹

O Estado Liberal funda-se, logo, como o Estado de Direito, amoldado notadamente pela proteção aos direitos do homem e estruturado sob os princípios versados, dando a justa noção de um paradigma, conforme conceito de HABERMAS:

A expressão paradigma compreende as visões paradigmáticas, as imagens-modelo, que uma determinada comunidade jurídica acolhe para a questão de como podem ser realizados o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito no contexto percebido de uma dada sociedade.⁴²

E a conformação de um Estado de Direito opera-se com a ideia de constituição, daí se aportar como Estado Constitucional. Ela, a constituição, é resultado de um processo histórico que nos cabe denotar de constitucionalismo, a sedimentação documental de características estruturais da sociedade envolvendo o poder do Estado e o reconhecimento de direitos do homem, remontando ao medievo com a Magna Carta.

Na Inglaterra, embora a significação do conteúdo da *Bill of Rights*, o processo ementado não culminou em uma constituição escrita, sendo que, deveras, a Constituição Inglesa, conforme explana BOLINBROKE, um lorde inglês do século XVIII, é

um conjunto de leis, instituições e costumes, derivado de certos princípios racionais fixados, dirigido a certos objetos do bem

⁴¹*Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 316-317.

⁴²*Apud* SOARES, *Op. cit.*, p. 15.

público estabelecidos, quem compõem o sistema geral, de acordo com o qual a comunidade concordou em ser governada.⁴³

Ainda que a tradição consuetudinária inglesa fornecesse estabilidade à organização do Estado e sua relação aos direitos dos indivíduos, eis que, na verdade, algum regramento escrito pelo Parlamento, ainda que de quilate notadamente constitucional, dava-se através de simples lei.

Flanco outro os estadunidenses, na esteira da Declaração de Independência, inauguraram a ideia de constituição enquanto um documento escrito e solene, proclamando a Constituição dos Estados Unidos da América, norma superior com especial jaez fundante de uma ordem jurídica, nascedouro de um novo Estado, organizado federativamente, e sob a égide da separação dos poderes.

As dez primeiras emendas à constituição estadunidense, também conhecidas por *Bill of Rights*, cravaram direitos jungidos à liberdade.

Afora a acepção moderna inaugural da Constituição Estadunidense, conforme notado, COMPARATO observa o que, ao nosso ver, é divisor de águas quanto ao papel da constituição como arcabouço matriz da ordenação jurídico-política de um Estado: sua supremacia. Para o autor,

contrariamente ao princípio da soberania parlamentar, que prevaleceu na Inglaterra, a supremacia da Constituição sobre as leis pareceu, desde o início, o primeiro mandamento dos sistema jurídico-americano. A Suprema Corte firmou-o definitivamente no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803.⁴⁴

⁴³ *Apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 113.

Igualmente, ENTERRIA declara “la supremacia normativa de la Constitución como creación del constitucionalismo americano.”⁴⁵

Na França a Constituição de 1791 consagrou a Monarquia Constitucional, absorvendo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, concentrando nesse texto maior a conformação jurídica do Estado segundo os vetores de inspiração liberal.

DALLARI discute que

a primeira Constituição da França foi adotada com o objetivo, reiteradamente expresso, de garantir a liberdade individual, nesta compreendidas a garantia patrimonial e a liberdade econômica. A par da clareza desse objetivo, havia a convicção de que para atingi-lo e preservá-lo era indispensável fixar os limites estreitos e rigorosos para o governo, a fim de que ele não tivesse meios para adotar e impor decisões arbitrárias e para interferir de qualquer forma no âmbito da liberdade individual.⁴⁶

Embora a nitidez do liberalismo político-econômico, o constitucionalismo francês esboçava uma tendência maior de fraternidade e amplitude dos direitos “do homem”, ou seja, anunciando que os direitos naturais deviam ser reconhecidos não apenas em favor “do cidadão” francês, valendo que COMPARATO, além desse interpretação, comenta o pioneirismo da Constituição de 1791 ao trazer alguns de direitos de caráter social, face à previsão do “estabelecimento geral de uma Assistência Pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontrá-lo”.⁴⁷

⁴⁵*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1984. p. 50.

⁴⁶*A Constituição...*, *Op. cit.*, p. 219-220.

⁴⁷*Op. cit.*, p. 151-153.

Recentemente após sua Independência⁴⁸ o Brasil principiou sua trajetória constitucional através da Constituição Imperial de 1824, adotando um governo, na dicção do artigo 3º, monárquico-hereditário, constitucional e representativo, e esboçando direitos civis e políticos.⁴⁹

É fato que a própria independência representou inolvidável avanço na nossa história, cabendo, entretanto, pontuar que a separação de poderes, que, afora os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, particularmente trazia o Poder Moderador⁵⁰, representou notável concentração de poder na figura do Imperador⁵¹, destoando da inspiração francesa de monarquia constitucional.

Sob o lastro da Proclamação da República a Constituição Brasileira de 1891, em se rechaçando o controle imperial, aboliu o Poder Imperador, e instituiu uma federação, com nítida influência estadunidense.

A Carta Republicana, Seção II, art. 72 e ss., abrigava uma declaração de direitos⁵², inclusive em alguns tópicos com redação semelhante à Constituição ora vigente. Não obstante, era arraigada à sociedade nacional a

⁴⁸WOLKMER, *Op. cit.*, p. 41, alcinha de Estado Colonial o modelo histórico presente na América Latina, firmando que “a estrutura colonial latino-americana sedimentava-se num aparato administrativo-burocrático extremamente débil e flutuante, reproduzindo, através dos centros regionais de poder e das autoridades nomeadas, os interesses e as condições de dominação das metrópoles luso-espanholas”.

⁴⁹Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

⁵⁰Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

⁵¹Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

⁵²Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

tradição oligárquica, de sorte que com a inaugurada forma republicana de governo, ao par do que igualmente ocorria sob a vigência da Carta Imperial anterior, nos termos lecionados por WOLKMER, continuou havendo por característica

um individualismo liberal-conservador, expressando formas de governabilidade e de representação sem nenhum vínculo com a vontade e com a participação popular, descartando-se, assim, das regras do jogo, as massas rurais e urbanas.⁵³

Nas seções seguintes lavrar-se-ão acepções da constituição para apontar uma noção de sistema constitucional, preparando terreno para o cultivo dogmático da tipologia jusfundamental protagonista desta dissertação.

Desde então, atentando-se às assertivas estabelecidas correlacionando o Estado Liberal, de Direito ou Constitucional, e o constitucionalismo, ocorreu que os direitos num primeiro momento depreendidos como naturais passaram a compor documentalmente as declarações ilustradas, e depois tiveram assento positivo nas Constituições, vinculando a ordem jurídica interna dos Estados.

Para os direitos derivados da ideia de direito natural, denotados em diversas terminologias e sentidos, consoante ventilado, tais como direitos do homem, individuais, humanos, civis, políticos, liberdades etc, colhemos, pois, como *habitat* jurídico a constituição, face à sua importância e fundamentalidade para a existência do homem em sociedade.

Em competente resenha, analisando as variáveis terminológicas em diversos contextos e Estados, SAMPAIO acena que o termo

⁵³*História do Direito no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 110.

direitos fundamentais “ganha um número grande de adeptos no presente, pela notória influência germânica”.⁵⁴

KRIELE dá contorno aos designativos afinando que

derechos fundamentales son derecho positivo, derechos humanos son derecho natural [...] los derechos humanos valen desde el punto de vista temporal eternamente; desde em punto de vista espacial, en todo mundo; provienen de la naturaliza o de la creación divina, son sagrados y inviolables [...] los derechos fundamentales [...] son los derechos del hombre garantizados por las instituciones jurídicas. Su validez está condicionada temporal y espacialmente.⁵⁵

De fato a referência do predicado “humanos” tem correspondência à noção de direito natural, correndo, todavia, que face ao fenômeno de reconhecimento de direitos numa perspectiva além-fronteiras iniciado pelo edição das declarações de direitos, como a Francesa ao ditar “direitos do homem”, e, destacadamente, formatado no século XX com o instituto dos tratados internacionais, eis que, além dessa concepção “natural”, têm-se por direitos humanos os direitos reconhecidos internacionalmente e alocados em tratados e convenções, mesmo com vinculação jurídica dos Estados aderentes.⁵⁶

Noutra margem, a positivação dos direitos, internamente pelos Estados, no *habitat* constitucional, ou seja, vinculando determinado Estado e seu povo, sob a vigência temporal da Constituição, faz emergir os direitos fundamentais.

Doravante, pois, será trabalhada essa premissa de dogmática analítica apontando a distinção conceitual-terminológica aventada, crendo que

⁵⁴*Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 9.

⁵⁵*Op. cit.*, p. 207.

⁵⁶A vinculação jurídica formalizada através da adesão a tratados e convenções, em tese, poderia diluir a ideia de direito natural, sobrepondo-se, no caso, o designativo “humanos”, conforme suscitado, para acolher tais direitos numa órbita supra-estatal, aplicáveis a todos os povos.

o balizamento teórico foi albergado pela Constituição de 1988 ao delimitar positivamente o designativo, Título II, “Direitos e Garantias Fundamentais”, e ainda, igualmente, ao lavrar a acepção internacional referida de direitos humanos, consoante ilustra a dicção do art. 4º, inciso II, no que toca à prevalência dos direitos humanos como princípio nas relações internacionais, e, no particular, o artigo 5º, §3º, quanto à aprovação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e correlata incorporação à ordem constitucional, conforme exegese a ser manejada posteriormente.

Volvendo ao paradigma em curso, sob a admoestação já acenada, a neutralidade liberal através da lei é despida de qualquer romantismo, caindo que o abstencionismo estatal era mero instrumento das aspirações burguesas travestidas de pretensões populares, entoando-se que, de fato, a maioria das pessoas foram alijadas do processo de participação no poder e notadamente do gozo dos direitos solenemente proclamados.

Houve que, segundo lição de QUINTÃO SOARES,

o liberalismo clássico viu-se à mercê de suas próprias contradições com a destruição de seus pilares pela própria burguesia. A burguesia, no afã do lucro, desrespeitou as regras de mercado e eliminou a livre concorrência e a livre iniciativa, concentrando riquezas e acentuando os desníveis sociais. Entrementes, surgiram proletários que, vítimas da miséria e da exclusão social, e gradativamente instruídos por concepções socialistas, adquiriram consciência desta espoliação.⁵⁷

A nota de liberdade-propriedade de LOCKE, referindo-se ao homem, de que “o trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele”⁵⁸, já não amparava escudo à exploração do homem pelo homem através do trabalho, da imposição de jornadas e

⁵⁷*Op. cit.*, p. 127-128.

⁵⁸*Op. cit.*, p. 51.

condições laborais teratológicas, à segregação social indiferente ao Estado coadjuvante.

Esses ingredientes fomentaram a eclosão do Estado Social, paradigma que se cristalizou de diversas formas, segundo contextos espaço-temporais diferentes, motivado, inicialmente, na crítica ferrenha ao modelo estatal burguês, sob a pretensão, conforme a teoria marxista, de abolição da propriedade privada e classes sociais, da assunção do poder pelo proletariado, e, por fim, na transição do socialismo para o comunismo, a extinção do próprio Estado.

Sem embargo do questionamento veemente ao modelo liberal, igualmente marcante foi uma linha social-democrata, almejando, ao invés de profundidade revolucionária acima conotada, reformar o Estado injetando-lhe aspectos sociais, direitos, benefícios, visando ofertar melhoria nas condições de vida das pessoas.

A priori, três marcos balizam a transição ao paradigma apontado, a Constituição Mexicana, 1917, a Revolução Russa de 1917 e seguinte Constituição de 1918, e a Constituição Alemã de 1919.

Ainda que a Carta Francesa, conforme referenciado, previra espécies de direitos sociais, o pioneirismo da Constituição Mexicana está na prescrição de direitos regulando as relações de trabalho, e, sobretudo, qualificando como fundamentais esses direitos trabalhistas, como limitações da jornada laboral, condições especiais para menores, proteção à maternidade, ou seja, coibindo “práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar”.⁵⁹

⁵⁹COMPARATO, *Op. cit.*, p. 181.

No famoso outubro de 1917 ocorreu o ápice da Revolução Russa onde os socialistas, liderados por Lênin, e sob inspiração marxista, tomaram o poder, instituindo oficialmente a ditadura do proletariado, monopolizando as forças produtivas em favor dos trabalhadores, justificando-se que “sendo o proletariado a classe mais numerosa em qualquer Estado, só quando ela tivesse o poder político é que o Estado poderia ser considerado democrático”.⁶⁰ A Carta de 1918 acolheu, logo, a organização do poder em tais bases políticas.

A Constituição Alemã, aprovada em Weimar, daí a alcinha, adubada pelas mazelas da Primeira Guerra, instituiu uma República com um regime político social-democrata por excelência, complementando “os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo”⁶¹, destacando-se, quanto à cláusula social, os direitos trabalhistas e a obrigatoriedade de uma educação pública.

Nos Estados Unidos, com a queda da bolsa de New York em 1929, o então Presidente Roosevelt intentou seu novo plano político-econômico *New Deal*, implantando, sob inspiração da teoria de Keynes, o *Welfare State*, ocasião em que se via como “patente a necessidade de intervenção estatal no mercado, para corrigir rumos e reduzir o desemprego”.⁶² A inserção de direitos sociais e econômicos na agenda política, concedendo benefícios aos trabalhadores, e à sociedade como um todo, numa espécie de Estado-providência, deixava-os em condição potencial de consumidor, aquecendo novamente o mercado. Tal modelo foi adotado em diversos outros países.

⁶⁰DALLARI, *Elementos...*, *Op cit.*, p. 287.

⁶¹ COMPARATO, *Op. cit.*, p. 195.

⁶² SARMENTO, *Op. cit.*, p. 18.

No Brasil, após a deposição do Presidente Washington Luís em 1930, foi empossado Getúlio Vargas provisoriamente, com uma postura centralizadora, de norte que em 1934 foi aprovada nova Constituição igualmente marcada pela introdução de direitos trabalhistas.⁶³

Detalhes múltiplos rechearam cada episódio acenado e a configuração do Estado Social, podendo-se, entretanto, espelhar o paradigma nos modelos socialista, União Soviética, social-democrata, Alemanha, México, e Brasil, e do *Welfare State*, Estados Unidos.

BONAVIDES repassa que o

Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo.⁶⁴

A intervenção estatal, com maior ou menor intensidade, pois, era condição para a efetivação dos direitos sociais e econômicos, com regulação da economia e relação privadas, pairando que na sua versão socialista e social-democrata essa onipresença do Estado Social acabou descambando para regimes políticos totalitários, sufocando a democracia, como o stalinismo na União Soviética, o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha. Getúlio Vargas, em 1937, dissolve o Congresso, outorgando nova constituição, em regime ditatorial, legislando concentradamente através dos expedientes dos decretos-lei.

ALIMONDA ilustra com o exemplo mexicano essa trajetória:

⁶³SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. *Manual de Teoria da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104-106.

⁶⁴*Op. cit.*, p. 181.

Em seu conjunto, a Constituição de 1917 estabeleceu medidas sociais progressistas que animavam os revolucionários. O Estado em formação recebia importantes atributos de poder sobre a sociedade, transformando-se em árbitro dos possíveis conflitos. Esse seria o embrião do futuro autoritarismo mexicano: nunca existira um sistema partidário no país, e, como as novas forças sociais organizavam-se em torno do Estado, o poder do governo absorveria qualquer dissidência da sociedade.⁶⁵

O colapso da fórmula do Estado Social, nas suas mais variadas vertentes, semeou a necessidade de um novo paradigma de Estado, em que se pudesse garantir a estabilidade constitucional do Estado de Direito, mas com uma viável cláusula social, um Estado presente na economia entretanto sob uma veia democrática.

Uma paradigma que ensinasse compatibilizar as liberdades públicas dentro de uma perspectiva de igualdade material, primando em todo e qualquer caso pela dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno paradigmático não adveio uniformemente, sendo que, ao que se pode constatar, sucedeu aos estados do bem-estar-social face à crise capitalista dos anos 80, decorrendo a globalização da economia e abertura dos mercados, assentando-se o neoliberalismo, sendo que a política do Estado-providência tornou-se mero assistencialismo⁶⁶ tendo-se como exemplo dessa política neoliberal o ministério britânico de Margareth Thatcher.

Precipuamente o fenômeno, após o saldo humanitário negativo, destruição, fome, miséria, da derrota na Segunda Guerra Mundial, *e.g.*, para Alemanha e Itália, substitui à derrocada dos regimes autoritários, emergindo a necessidade de uma cláusula libertária, social e democrática. Nesse cenário clamante por um novo modelo, a ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁶⁵*A Revolução Mexicana*. São Paulo: Moderna, 1986. p. 53.

⁶⁶SOARES, *Teoria...Op. cit.*, p. 295-296.

Ei-lo, o Estado Democrático de Direito, que do Estado Liberal, homem, para o Estado Social, estado, deslocava o coração da sociedade institucionalizada novamente para o homem, dessa vez o homem com dignidade.

“Cesse tudo o que a Musa antiga canta/Que outro valor mais alto se levanta”⁶⁷. Parafraseando CAMÕES, eis que a dignidade da pessoa humana aportou-se como valor mais alto a inflamar axiologicamente as bases do paradigma versado e cessando todo o canto de terror precedido, rechaçando “o mal irreparável das ideologias totalitárias, mas também toda e qualquer forma de autoritarismo”.⁶⁸

A Alemanha proclamou a Lei Fundamental de 1949, artigo 1º, item 1, apontando que a dignidade humana é intangível, sendo obrigação de todo o poder público respeitá-la e protegê-la, bem como, item 2, que o povo alemão reconhece os direitos humanos como invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo .

A Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 1º, item 1, inscreve que a Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. No artigo 10 aponta que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que são lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos demais são fundamento da ordem política e da paz social.

Em Portugal, Constituição de 1976, artigo 1º, pauta-se que esse país é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e

⁶⁷Os *Lusíadas*. Disponível em: <<http://www.oslusiadas.com/content/view/18/41/>>. Acesso em: 24/07/2011.

⁶⁸ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 111.

solidária, sendo que no artigo 2º se finca que a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático.

Nesse paradigma, conforme observada SARLET⁶⁹, deu-se abertura a direitos de titularidade difusa, desprendendo-se do homem indivíduo e tutelando direitos humanos, ligados à solidariedade e fraternidade, como o direito à paz, ao meio-ambiente, do consumidor etc.

No Brasil, após a queda de Getúlio, ainda que a Carta de 1946 restabelecera a normalidade constitucional e da vida política do país, eis que com o Golpe Militar de 1964, conforme cediço, advieram constituições

centralizadoras, arbitrárias e antidemocráticas (1967 e 1969), cuja particularidade foi reproduzir a aliança conservadora da burguesia agrária/industrial com parcelas emergentes de uma tecnoburocracia civil e militar.⁷⁰

Após longos anos de Ditadura Militar, em entremeio ao Movimento das Diretas Já e conclamação por uma Assembleia Nacional Constituinte, com significativa mobilização popular⁷¹, houve a promulgação da Constituição de 1988, texto magno que no seu artigo 1º frontalmente aponta que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

É saber: o Estado Democrático de Direito, por ser definidor do paradigma em que se constitui o Estado Brasileiro, é princípio fundamental por excelência, de senda que a absorção do alcance do conteúdo dessa fórmula estatal é essencial para a compreensão de qualquer relação jurídica,

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

⁷⁰ WOLKMER, *História...Op. cit.*, p. 114.

⁷¹ BARROSO, Pêrsio Henrique. *Constituinte e Constituição*. Curitiba. Juruá, 1999. p. 107.

posto que a correlação de seus princípios e direitos é fonte irradiante para todos os ramos do Direito.

O Estado Democrático de Direito, além de conceber o interesse público como finalidade, um interesse público multifacetado, propenso ao diálogo entre as diferenças, C.R., artigo 3º, inciso IV, é a composição harmônica, integrada, das cláusulas político-econômicas liberal e social, com fulcro na dignidade da pessoa humana. Cláusulas que podem espelhar falso antagonismo, dada o paradigma respectivo em que foram semeados, mas cuja compatibilização é viável e necessária para a concretização dos propósitos desse paradigma.

O texto magno brasileiro propõe por várias vezes a conciliação dessas cláusulas, como, por exemplo, anotando, artigo 1º, inciso IV, os valores sociais do trabalho (cláusula social) e da livre iniciativa (cláusula liberal) como princípios fundamentais; e no artigo 170, inciso II, a propriedade privada (cláusula liberal) e a função social da propriedade (cláusula social) como alguns dos princípios da atividade econômica.

Sendo princípio que norteia a correlação de todos os princípios e direitos do sistema constitucional, pela própria noção de paradigma, importa e exige uma conformidade de todos os ramos do Direito, daí ideias de panconstitucionalização, especialmente constitucionalização do direito privado. Todas as relação jurídicas, em quaisquer ramos do Direito, hão que ser lidas, operadas, interpretadas sob o prisma constitucional, princípios, regras e valores, de acordo com o paradigma em que o sistema constitucional se funda.

BARROSO, lançando bases para a compreensão do marco jusfilosófico hodierno, acentua que

O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias de da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.⁷²

Estes caracteres sublinhados, dentre outros, próprios do Estado Democrático de Direito, compõem a denotação de uma linha, tendência, corrente cultivada no paradigma versado, comum no vocabulário dos publicistas como neoconstitucionalismo, pós-positivismo, pós-modernidade, e que já vem povoando, com aplausos ou admoestações, as decisões do Supremo Tribunal Federal.⁷³

Durante o trabalho far-se-ão intelecções pavimentando identidade com o paradigma Estado Democrático Direito.

Buscou-se, sim, nesta seção, em apertada síntese, abordar as estações e cenários principais dessa viagem de séculos desde as primeiras ideias de constitucionalismo até os dias de hoje, de modo que o conteúdo abordado constitui ferramenta indispensável para a compreensão problematizada da tipologia jusfundamental protagonista.

⁷²BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008. p. 47.

⁷³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (*passim*)

1.2 Constituição: sentidos, classificações, astorias formal e material

Constituição, numa acepção comum, designa a composição de algo, do que esse algo é feito. Do que é feito o Estado?

JELLINEK conceituou que “es, pues, el Estado, la corporación formada por un pueblo, dotada de um poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”⁷⁴, revelando a clássica tríade de elementos de formação do Estado: território, povo e soberania, à qual se deve acrescentar a finalidade, compartilhando entendimento de GROPALLI.⁷⁵

A constituição de um Estado disciplina a organização e correlação desses elementos, alinhavando a trazendo em seu bojo, exemplificando com nossa Carta de 1988, a forma de governo, republicana; a forma de Estado, federativa; o sistema de governo, presidencialismo; e o regime político, democrático. Ainda, claro, os direitos fundamentais, que têm na constituição seu *habitat*.

CANOTILHO emplace que, modernamente, por constituição “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.⁷⁶

Desde a inauguração estadunidense, o que se aplica a toda a história constitucional brasileira, a constituição passou a ter receptáculopróprio em um documento escrito e de natureza normativa,

⁷⁴*Op. cit.*, p. 135.

⁷⁵*Apud* DALLARI, *Elementos...Op. cit.*, p. 103. Segundo o italiano é absurdo negar que a defesa, a ordem, o bem-estar e o progresso constituam uma finalidade estatal e um elemento de formação do Estado, posto que tais finalidades representam o fim supremo de qualquer Estado, constituindo o conteúdo de toda a atividade estatal, determinando a estrutura fundamental do Estado.

⁷⁶*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 52.

conformadores de uma nova ordem jurídica espelho da opção política de um povo.

A constituição tem por objeto as normas fundamentais do Estado, “é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.⁷⁷

Mesmo que os parâmetros ora balizados definidores da ideia de constituição tenham razoável consenso, a doutrina revela uma gama de sentidos e classificações em que as constituições podem ser qualificadas, cabendo-nos pincelar resumidamente, em virtude do foco dissertativo, os sentidos jurídico, político e sociológico, algumas classificações que vestem ao texto magno vigente, afunilando para a compreensão da teoria formal e material da constituição.

A respeito de KELSEN, algures, informou-se sua lição pela identidade entre Estado e Direito. Ele formula o que, digamos, tem-se por constituição em sentido jurídico, anotando distinção quanto à constituição formal, esta um documento solene, com pretensa modificação apenas sob prescrições especiais, conquanto a constituição material, esta de sua predileção teórica, “consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais”.⁷⁸

“O fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta”⁷⁹, comenta o austríaco, talhando a ideia de sentido jurídico da constituição de que esta há de ser puramente o fundamento de validade das normas inferiores, e ainda

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 38.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 130.

⁷⁹ *Teoria Pura...Op. cit.*, p. 224.

guarda validade numa norma lógico-transcendental, um sistema normativo em que

Parece fora de questão qual o seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta [...] Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo.⁸⁰

Embora o autor não explicita se a constituição corresponde ou não à norma hipotética-fundamental, para este estudo colhamos a constituição em sentido jurídico, ou seja, enquanto arcabouço normativo fundamento de validade para a criação das normas gerais, não interferindo seu conteúdo ou qualquer valoração.

Contraponto, em SCHIMIDT detecta-se um sentido político para a constituição, com apoio em dois vetores: a constituição como decisão política fundamental, manifestação legítima de poder, e sua distinção para com as leis constitucionais.

O jurista alemão sublinha que

la distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.⁸¹

⁸⁰*Teoria Pura...Op. cit.*, p. 225.

⁸¹. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. s.d. p. 27.

Vislumbra-se, pois, que em um mesmo documento escrito encontramos decisões políticas fundamentais integrantes da substância da Constituição, e que não podem ser suprimidas ou substituídas por outros moldes, perfazendo parte intangível, ao contrário das leis constitucionais.⁸²⁸³

Por sua vez LASSALE, em tônica sociológica, encampa como reitores sociais os fatores reais de poder, cujo conjunto patenteia-se como “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade”⁸⁴, citando exemplos como a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe trabalhadora.

Nesse prisma a essência da Constituição reside no somatório dos fatores reais de poder vigorantes, advindo a célebre metáfora de que a constituição jurídica não passa de uma folha de papel.⁸⁵

Os clássicos sentidos explanados, unilateralmente, revelam o marco jusfilosófico em que seus autores laboraram, mas cujo assento para adequadas inteleccções no Estado Democrático de Direito merecem uma releitura de complementação, notadamente evitando “o isolamento entre norma e realidade”⁸⁶ dos paradigmas anteriores.

HESSE, reportando-se diretamente à palestra de Lassale, só que com diálogo teórico extensivo aos sentidos jurídico e político, expõe uma visão integradora, da qual consentimos, defendendo a força normativa da constituição. Nas palavras do autor

⁸²SCHIMIDT, *Op. cit.*, p. 30-31.

⁸³ A Constituição Imperial brasileira, no artigo tal artigo 178, fncava: É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

⁸⁴O *que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 42.

⁸⁵LASSALE, *Op. cit.*, p. 48.

⁸⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 13.

a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser [...] procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir a como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Ademais, a doutrina moureja diversos outros sentidos e classificações para a Constituição, muita vez com proximidade derivativa das acepções clássicas.

FERNANDES, em ótima descrição, constata diversas concepções de constituição, e para ilustrar, comenta a constituição ontológica de Löewenstein, em que se busca a essência da constituição, o que ela realmente é⁸⁷, sendo natural a lembrança ao sentido sociológico de Lassale.

Vestindo a Carta de 1988 quanto às classificações básicas, e nem por isso consensuais, nos critérios apontados por SILVA⁸⁸, há que ela é escrita quanto à forma; dogmática no que toca ao modo de elaboração; popular referentemente à origem; e rígida face à estabilidade.

Não obstante, realça para esta peça dissertativa a classificação quanto ao conteúdo, anunciando a teoria material e formal da constituição.

A ideação da constituição formal tem berço no bicentenário texto estadunidense, ocasião em que a conformação política da sociedade foi formalizada em um documento denotado de força normativa e instaurador da ordem jurídica do Estado.

Já suscitado, Kelsen ponderou que

⁸⁷*Op. cit.*, p. 29.

⁸⁸*Op. cit.*, p. 40-42.

A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que poder ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas.⁸⁹

Materialmente, voltando ao adjutório de SCHMIDT, identifica-se a fundamentalidade da constituição “como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidade política”⁹⁰, cuja substancialidade vai diferenciá-la das meras leis constitucionais.

O contorno da constituição formal tem três premissas: documento escrito, solene, formal, de natureza jurídico-normativa; com normas jurídicas cuja alteração tem determinadas restrições, encerrando maior dificuldade, atando-se à ideia de rigidez; com normas jurídicas que uma formalizadas enquanto constituição compõem o mesmo nível hierárquico, independente do seu conteúdo.

Reconheça-se que a materialidade invocada tem resquício na constituição real⁹¹ do clássico modelo inglês, porém o viés ora focado da constituição é o da identidade do conteúdo de um sistema normativo, que para ser constitucionalmente material há de ser fundamental, essencial, guardando relação com a conformação da realidade política e social e a estruturação jurídica do Estado, norma fundante e fonte da produção legal, conforme içado, normas que abriguem a forma de governo e de Estado, o sistema de governo e regime político, bem como o plexo de direitos fundamentais.

MIRANDA categoriza:

⁸⁹*Teoria Geral...*, *Op. cit.* p. 130.

⁹⁰*Op. cit.*, p. 23.

⁹¹FERNANDES, *Op. cit.*, p. 6.

constituição material é, pois, o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo, aquilo que lhe confere substância e identidade.⁹²

Do desenvolvido desdobra-se que a Constituição de 1988 é formal, uma ordenação jurídica solenemente formalizada, estabelecida em normas rígidas escalonadas hierarquicamente em um mesmo patamar.

Tendo em vista os parâmetros alinhavados, pode-se lucidamente aferir na analítica⁹³ Constituição de 1988, não obstante sua formalidade, normas que são materialmente constitucionais, consoante as fartas ilustrações carreadas, restando, doutra ponta, normas que não detêm o conteúdo constitucional substancial, sendo apenas formalmente constitucionais.⁹⁴

Em que pese a discutida indumentária formal da Carta de 1988, crê-se que a teoria formal e material coexistem, e a materialidade constitucional ergue-se como inarredável referência à aferição axiológica, identificação dos princípios, das cláusulas pétreas, dos preceitos fundamentais, tudo a ser referenciado doravante, e, por precípua, para instruir a análise seguinte acerca da teoria formal e material dos direitos fundamentais.

1.3 A teoria formal e material dos direitos fundamentais

Asseverou-se até aqui a origem dos direitos fundamentais nos postulados jusnaturais, o reconhecimento nas declarações e tratados

⁹²*Op. cit.*, 173.

⁹³ Classificação quanto à extensão, contrariamente à constituição sintética.

⁹⁴*E.g.*, a previsão do artigo 242, § 2º, pela qual “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”, bem como várias minudências trabalhistas ao longo do artigo 7º, ou seja, sem o caráter de essencialidade e substancialidade que materialmente conotam a Constituição.

internacionais, donde se colhem os direitos humanos, até a positivação nas constituições dos Estados.

LUÑO critica a nota distintiva entre direitos humanos e fundamentais quanto aos seus destinatários, homens de todos os povos, e cidadãos do Estado, respectivamente, dando a entender que em se considerando determinado país os direitos fundamentais não se restringiriam aos nacionais, fixando como distinção apenas o grau de positivação, elucidando que

los derechos humanos suelen venir entendidos como um conjuntos de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional y internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y suelen gozar de una tutela reforzada.⁹⁵

A potencial procedência da crítica comparada não desafina a exegese do artigo 5º da constituição pátria, em virtude da expressa alusão aos estrangeiros residentes no país como destinatários dos direitos fundamentais, exegese que deve ainda ser lida ampliativamente, posto que aos estrangeiros apenas de passagem no país, ou mesmo sequer em território nacional, mas sujeitos à jurisdição nacional, não pode ser ceifada totalmente sua destinação a direitos fundamentais.⁹⁶

Independente se o divisor conceitual residir apenas no nível de positivação, ou também na extensão dos destinatários, tem-se queo conteúdo

⁹⁵*Op. cit.*, p. 46.

⁹⁶A Constituição de 1988, art. 14, § 3º, I, ao dispor sobre os direitos políticos, exemplifica a nacionalidade brasileira como condição de elegibilidade.

desses direitos será o elemento identificador da sua qualificação como humano e fundamental.

Delimitando a análise aos direitos fundamentais e sua positivação na Carta de 1988, em se manejando uma constituição formal, eis que eles são, desde então, normas constitucionais, destacando-se por serem definidoras de cláusulas básicas, essenciais, semeadas na ideia de dignidade do homem concebido em sociedade, oponíveis perante o Estado e os próprios homens.

Os direitos fundamentais, deveras, são traduções pontuais da dignidade da pessoa humana. Nessa senda SARLET precisa que “o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais”.⁹⁷

A materialidade dos direitos fundamentais é presidida, acenou-se, pela jaez elementar, básico, em que se reconheça a fundamentalidade predicativa. Essa substancialidade das normas jusfundamentais caminha para identificar a constituição material.

Diversamente, na Constituição há normas constitucionais expressamente designadas como direitos fundamentais, independente da singularidade material de seu conteúdo, ou seja, são direitos fundamentais apenas formalmente, sem a autenticidade própria dessa categoria diferenciada de direitos.

SAMPAIO confirma que “uma concepção formal, no âmbito da teoria dos direitos humanos, procura definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos, sem a preocupação em identificar [...] o conteúdo desses direitos”.⁹⁸

Direitos apenas formalmente fundamentais alinham-se às normas da constituição formal, compondo igualmente o escalão hierárquico

⁹⁷*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 120.

⁹⁸*Op. cit.*, p. 27.

constitucional, valendo o mesmo exemplo indicado, as minudências trabalhistas do artigo 7º magno.

Acena CANOTILHO que

há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se mais materiais quanto à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente constitucionais).⁹⁹

Assim como as teorias formal e material da constituição, a formalidade e materialidade dos direitos fundamentais coexistem dogmáticamente e sobressaem-se enquanto instrumento teórico inarredável para a devida compreensão dos canais de positivação na Constituição da República.

1.4 SISTEMA CONSTITUCIONAL

A ideia de sistema, num sentido leigo, ou mesmo aplicável aos campos do conhecimento científico, enseja noções de conjunto de elementos, alguma relação entre partes e todo, e vice-versa. A propósito, oportuna a ilustração por meio de trecho do poema *Aos Braços do Menino Jesus Quanto Apareceo*, do poeta barroco de Gregório de Matos:

O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,

⁹⁹*Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 531.

Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga que é parte, sendo todo.¹⁰⁰

O sistema jurídico regula a vida dos homens em sociedade nas mais variadas relações estampadoras de plurais manifestações e opções valorativas.

Ensaíamos, pois, no item 1 deste Capítulo, que essa multiplicidade informadora compõem-se para conformar-se um plexo de finalidades fundadoras de uma ideia de bem comum. Nesse esteio CANARIS atribui ao sistema o papel “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”.¹⁰¹

A racionalização desses valores, dimensão axiológica, concebendo um sistema jurídico vai se expressar em prescrição de condutas, pontuando um dever-ser, dimensão deôntica. Ambas dimensões são encontradas no sistema jurídico.¹⁰²

A esfera deontológica do sistema corresponde ao âmbito normativo, do dever-ser, sendo lugar comum na doutrina que princípios e regras são espécie do gênero norma.¹⁰³

O sistema constitucional, pois, é um sistema normativo fundamental, predicado que identifica as normas estruturais do Estado e essenciais ao desenvolvimento das relações do homem em sociedade, tudo conforme já veiculado respectivamente ao conteúdo da constituição.

¹⁰⁰*Poesias Selecionadas*. São Paulo: FTD, 1998. p. 27.

¹⁰¹*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkan, 2008. p. 23.

¹⁰² BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição e a Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 93.

¹⁰³*Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 166.

A normatividade dos princípios, conforme lembra oportuna resenha de BONAVIDES, pode ser analisada em três fases, jusnaturalista, positivista e pós-positivista¹⁰⁴.

No Direito Natural princípios eram ideias muito vagas e abstratas, carentes de qualquer normatividade, mesmo porque não se tinha a ainda a noção positivo-imperativa do direito posto. No positivismo jurídico os princípios, embora já presentes em alguns códigos, apresentavam-se como fonte normativa subsidiária, meramente supletiva à lei.¹⁰⁵

O pós-positivismo, expôs-se, avança enquanto corrente jusfilosófica para conceber a normatividade dos princípios, mirá-los enquanto enunciados portadores de conteúdo de direito, proposições impositivas, preceitos de cumprimento obrigatório, havendo sanções para o inadimplemento dos comandos encerrados.¹⁰⁶

Revelado o âmago mandamental dos princípios, em face da natureza normativa por excelência, vale para o presente caso revelar suas características no que toca à diferenciação para com as regras.

Em ALEXY se anota que a generalidade é um importante diferenciador, pelo que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que o das regras é relativamente baixo. Complementa que ponto decisivo nessa distinção é que princípios constituem mandamentos de otimização, normas as quais ordenam que algo seja realizado

¹⁰⁴*Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232-236.

¹⁰⁵ Esse jaez supletivo pode ser ilustrado pelo texto da Lei de Introdução do Código Civil brasileira, Decreto-Lei 4.657/42, diploma que no seu artigo 4º aponta como parâmetro hermenêutico que os princípios devem ser aplicados em último momento, apenas na ausência de expressão disposição de lei, quando ela for omissa, e, ainda, na inteligência da disposição do enunciado, após a aplicação da analogia e dos costumes. A mesma inteligência estende-se ao artigo 126 do Código de Processo Civil, Lei 5.869/73.

¹⁰⁶SANTANA, Fabrício de Oliveira. O Princípio da Impessoalidade. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Vol. 31. Nº 1/2. Uberlândia, 2002. p. 329.

na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹⁰⁷

As regras incidem sobre um campo mais estrito do sistema jurídico, estão mais próximas do caso concreto, são determinadas naquilo que apontam como dever-ser.

Os princípios são a base do sistema jurídico, mandamentos nucleares, a coluna vertebral para o filo dos vertebrados, vetores de organização e conexão das partes do todo, ideias centrais conformadoras de todo o sistema, jorrando-lhe mandamentos ao longo de todo esse tecido sistemático, abraçando as partes quão tentáculos normativos, aglutinando-as, conferindo unidade ao sistema, numa perspectiva lógica e ordenada.

Aspecto importante é que os princípios não precisam necessariamente ser expressos, podendo estar implícitos no sistema, decorrentes da afinidade conectiva das partes do todo.

Portanto, vale dizer: as regras hão de conformar-se aos princípios, hão com que eles de estar compatíveis, harmônicas, mesmo porque elas nascem deles. Ainda que as normas constitucionais estejam no mesmo nível hierárquico, há uma superioridade axiológica dos princípios, e logo se sobrepõem às regras.

Ocasão em que se vê assaz ilustrada a normatividade de algum princípio é a quando da colisão deste com alguma regra, sendo que o primeiro deve sobrepor-se, conforme dito, posto toda leitura da regra somente há de ser feita em compatibilidade para com o princípio, independente de alguma omissão.

O princípio pode também ser aplicado diretamente ao caso concreto, tendo em vista sua força normativa e caráter deôntico.

¹⁰⁷*Op. cit.*, p. 87-90.

DWORKIN, superando o positivismo, conforta:

Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida.¹⁰⁸

Exemplo clássico foi dado pela interpretação do Conselho Nacional de Justiça, Resolução 07/2005, ao aplicar os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade e proibir a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, independente de regra determinada, específica e proibitiva.

Posteriormente essa proibição foi estendida a todos os Poderes com o advento da Súmula Vinculante número 13 do Supremo Tribunal Federal.

O caráter normativo dos princípios abre caminho para o conceito de juricidade, amplitude englobante de todas as formas de expressão da legalidade estrita, e da normatividade principiológica.

Em referência à colisão entre princípios, eis que esta categoria de normas, nos moldes ensaiados, é mais geral e abstrata, tem caráter de fundamentalidade. Destarte, nessa rota de colisão, dada sua própria mobilidade e plasticidade, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.¹⁰⁹ É a adoção, pois, da técnica de ponderação de pesos e interesses, princípio da proporcionalidade, dando-nos noções de adequação entre meios e fins, intensidade/necessidade, de possibilidade/utilidade.

¹⁰⁸ *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 100.

¹⁰⁹ ALEXY, *Op. cit.*, 96.

Faceta importante dessa colisão é que essa precedência condicionada não importa a declaração de invalidade da norma principiológica cuja aplicação foi preterida no caso concreto, ou seja, não enseja a exclusão do sistema.

No caso de colisão entre regras, tendo em vista o caráter determinado e âmbito estrito de incidência, resta inviável a coexistência de regras contraditórias, pela própria necessidade de unidade do sistema. Logo, em se colidindo duas regras, a primeira possibilidade seria a introdução de cláusula de exceção de acordo com cada caso, que viabilizasse essa coexistência. Do contrário, deve prevalecer a regra compatível com o sistema, e a outra deve ser invalidada e excluída¹¹⁰.

A afinidade e compatibilidade de determinada regra para com o sistema afere-se, num primeiro momento, com a proximidade harmônica para com o princípio aplicável à relação em foco. Caso não haja, sob critério de temático-material, do que se trata a colisão entre regras estudadas, algum princípio próximo aplicável à relação, deve-se buscar fundamento no restante do sistema, sobretudo aos princípios com maior grau de generalidade.

Os valores são elementos não-normativos e que também compõem o sistema jurídico, gravitando numa dimensão axiológica.

Para a ética, explica VAZQUEZ, seja em atribuição às coisas ou objetos, ou às condutas humanas, “quando falamos em valores, temos presente a utilidade, a bondade, a beleza, a justiça etc., assim como os respectivos polos negativos: inutilidade, maldade, fealdade, injustiça etc.”¹¹¹

No sistema constitucional, abraçando finalidades estatais perseguidoras de um bem comum, encontraremos valores como referências ideais, positivas.

¹¹⁰ ALEXY, *Op. cit.*, 92.

¹¹¹ *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 136.

Segundo ALEXY temos como valor aquilo que é bom, e que juízos de valor podem ser classificatório (bom) , comparativo (melhor ou pior que tal) e métrico (determinada magnitude). Tendo a norma como um supraconceito, o jurista alemão aborda a norma deontológica, princípio e regra, consoante sobredito, e a norma axiológica: regra de valoração e critério de valoração- valor¹¹².

E pode-se exemplificar: critério de valoração-valor: segurança. Regra de valoração: um carro é seguro se pára em 10s após a freada, se não derrapa nas curvas em alta velocidade, se apresenta as características $x + y$ etc. Aplicada a regra de valoração, temos um juízo concreto de valor: o carro A é seguro, em razão da aplicação da regra de valoração, sendo “segurança” o valor, critério de valoração. Se fosse a comparação entre dois carros, poderíamos ter outro juízo concreto de valor, por exemplo, o carro A é mais seguro que B.

Pode-se pontuar, pois, os passos de aplicação dos valores: 1) Valor-critério de valoração 2) regra de valoração 3) juízo de valor, *e.g.*, comparativo – juízo concreto.

Ao longo da Constituição temos vários exemplos dessa dimensão axiológica, comodignidade, justiça, paz, bem-estar, solidariedade, e que representam muita vez o vínculo político-ideológico do constituinte.

Cabível igualmente é o sopesamento entre juízos de valor para uma adequada decisão. O juízo de valor é “melhor” (predicado positivo) *prima facie*, dependendo da análise global do sistema de valores, enquanto que no plano deôntico a decisão, após o sopesamento, é a decisão “devida”. Em havendo colisão de valores, especialmente, especialmente para o Direito Constitucional, juízo comparativo é o mais adequado. Assim, pegando a

¹¹²*Op. cit.*, p. 144-178.

justiça como valor, poderíamos entoar uma decisão como mais justa que outra, balizada no sistema.

Dita BORGES que os valores são os fundamentos do sistema, dando-lhe direção normativa, podendo-se identificá-lo como portador de uma natureza axiológica e teleológica.¹¹³

Os valores servem como parâmetro hermenêutico para a busca da melhor decisão, filtrando e orientando axiologicamente a subsunção de determinado fato concreto à norma deôntica devida, sempre sob os postulados da ordem e unidade do sistema jurídico.

Resta que o bisturi do intérprete constitucional deve ser guiado pela organicidade e unidade do sistema constitucional, e uma ou outra incisão não podem ser desprendida da análise global da Constituição, devendo-se interpretar “a norma não isoladamente, mas em relação com as demais”¹¹⁴, correlacionando partes e todo.

E nessas partes que mutuamente se totalizam estão princípios, regras e valores, compondo todos elas ingredientes da interpretação sistemática, lidando com um todo uno, formalmente hierárquico, mas que se abre para escalonamentos valorativos, ferramentas para tomadas de decisões.

Nesses moldes, a interpretação sistemática da Constituição decorre da própria concepção de sistema jurídico, segundo FREITAS,

uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado

¹¹³ *Op. cit.*, p. 102.

¹¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 61.

Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.¹¹⁵

Considerando que a estrutura dos direitos fundamentais, ao longo do tecido constitucional, apresentam-se seja como princípios, regras ou valores, é justamente de uma interpretação sistemático-axiológica de que se lança mão para enfrentar as discussões problematizadas.

1.4.1 Tipologia de princípios no sistema constitucional brasileiro

Arquitetar a tipologia dos princípios no sistema constitucional é ferramenta indispensável para a compreensão da problemática dissertativa, mormente quanto à intangibilidade jusfundamental ao poder constituinte derivado.

O professor CANOTILHO ao analisar o sistema interno constitucional esboça uma tipologia de princípios em estruturantes, gerais e especiais.¹¹⁶

Tal tipologia é colhida sob o critério da generalidade e fundamentalidade, sendo que elabem se faz adequar ao sistema brasileiro, conforme veremos adiante.

Estruturantes seriam aqueles princípios, conforme adjutório docente do autor português já dado em referência, constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político.

¹¹⁵*A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 61.

¹¹⁶*Direito Constitucional*.Op. cit., p. 180-182.

Estruturantes são, pois, fundamentais. Essenciais, delineadores do próprio DNA do Estado, se a metáfora o permitir, imprescindíveis ao reconhecimento do Estado enquanto tal, definidores das elementares dessa sociedade política e sua relação com o cidadão, o paradigma em que se aleita, suas finalidades, o poder, sua titularidade, modo de aquisição e exercício, o regime político etc.

Por gerais temos os princípios que se desdobram dos estruturantes, tendo sua fundamentalidade relativizada em relação a eles, mas igualmente com generalidade que alcança o sistema jurídico como um todo.

Especiais são os princípios incidentes sobre campo determinado do sistema, aglutinando e fundamentando eventual feixe de regras, muita vez sob um eixo temático.

O constituinte adotou como maior unidade de redação no texto de 1988 o título, tendo concebido o Título I enquanto dos Princípios Fundamentais. É saber: o próprio constituinte recortou um feixe de normas e formalmente os denominou com princípios fundamentais.¹¹⁷

Nos enunciados dispostos no Título I podemos, então, colher vários princípios que são fundamentais, estruturantes, com as características já tecidas, como o princípio federativo (forma de Estado), a dignidade da pessoa humana e a separação de poderes, entre outros.

Esse recorte classificatório e identificador, componente da estrutura dogmática da constituição, conforme visto, é ponto de partida, e não amarra ou demarcação peremptória, podendo-se conceber igualmente outros princípios fundamentais, expressos ou não, que estejam ao longo do tecido textual do sistema jurídico.

¹¹⁷ Nas seções seguintes abordaremos a distribuição textual na constituição, os recortes dogmáticos e a necessidade de uma compreensão sistemática.

Princípios gerais há muitos também no texto magno, aplicáveis, conforme se viu, a todo o sistema constitucional, podendo citar-se, oportunamente, a legalidade, que se desdobra do Estado de Direito, insculpindo-se no artigo 5º, inciso II, no enunciado de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Oportuna a invocação da legalidade porque ela, enquanto princípio geral, desdobra-se, por sua vez, em vários princípios especiais, abarcantes de segmento do sistema constitucional, muita vez coincidentes com algum eixo temático referente a algum ramo do Direito. Nesta senda, pode-se indicar a legalidade da administração pública (art. 37), legalidade penal (art. 5º, inciso XXXIX) e legalidade tributária (art. 150, I).

Como especiais citem-se também os princípios da atividade econômica (art. 170), que embora foram intitulados como gerais no capítulo iniciado pelo artigo citado, assim o foram tendo em vista sua aplicação às relações que pretendeu informar, gerais da atividade econômica, e não do sistema constitucional como um todo. Especiais também os princípios da administração pública (art. 37), e os da educação/ensino (art. 206).

As ilustrações citadas o foram porque o constituinte expressamente enunciou “princípios”, sem prejuízo, conforme discutido, de outros princípios, em qualquer generalidade/fundamentalidade, que possam ser reconhecidos no seio do sistema.

Essa decorrência do sistema, independente de expressa previsão textual, é canal também de reconhecimento, igualmente numa perspectiva aberta, de direitos fundamentais, valendo precipuamente o aparte para indicar que, sob o teor do artigo 5º, § 2º, essa categoria jusfundamental pode ser reconhecida decorrentemente dos princípios adotados pela Carta Magna, balizando a importância dessa espécie normativa principiológica.

Vale, por fim, apegando-se especificamente a uma tipologia pelo critério da fundamentalidade/material, dada a atenção da doutrina¹¹⁸ em citar como presentes no texto constitucional os princípios sensíveis, aqueles cuja violação constitui motivo de intervenção federal e estadual (art. 34 e 35), bem como os princípios espelhados nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), ambos da C.R.

1.5 Canais de positivação dos direitos fundamentais

Esta seção visa ordenar os expedientes constitucionais de identificação dos direitos fundamentais ao longo do texto magno, traçando suas características e perfazendo as intelecções necessárias.

Existem: canal textual-formal; canal em decorrência de princípios e regime; canal em decorrência dos tratados internacionais. O primeiro prima pela formalidade, e os demais são canais materiais.

1.5.1 Canal textual-formal

Rastreando o artigo 59 magno, parágrafo único, a Lei Complementar 95/98 dispôs sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, disciplinando, artigo 10, que o artigo é a unidade básica do texto legal, subdividindo-se em parágrafos e incisos, e que as formas de agrupamento das unidades desse texto são as seções, capítulos, títulos, livros e partes.

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 94-95.

O constituinte adotou o título como maior unidade de agrupamento redacional no texto de 1988, imprimindo o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, compreendendo cinco capítulos, que por sua vez, abarcam os artigos numerados do 5º ao 17, assim dispostos:

TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E
COLETIVOS

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS SOCIAIS

CAPÍTULO III – DA NACIONALIDADE

CAPÍTULO IV – DOS DIREITOS POLÍTICOS

CAPÍTULO V – DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Dantes da primeira investida na tipologia jusfundamental positivada transcrita, vale trazer o contributo da doutrina alemã para distinguir os institutos de norma e enunciado normativo.

O enunciado normativo é a disposição textual, e a norma é comando, o imperativo extraído e materializado através de modalidades deônticas como o dever, a proibição e a permissão, ou seja, o significado desse enunciado.¹¹⁹

Daí arremata MÜLLERque

o texto da norma não “contém” a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro.¹²⁰

¹¹⁹ALEXY, *Op. cit.*, p. 54-55.

¹²⁰*Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 56.

Operando a tipologia, o Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao seccionar a distribuição textual constitucional, demarcando um conjunto de enunciados normativos, confere a tal secção a integração à própria estrutura textual do tecido magno, constituindo recorte dogmático que é ponto de partida para a atividade do jurista para extração do conteúdo normativo.

A qualificação seccionada e expressa do Título II nos pauta que os enunciados normativos ali extremados exprimem normas de direitos fundamentais, e essa intelecção representa o canal textual-formal de positivação.

O constituinte elegeu um rol de enunciados normativos e de antemão qualificou como direitos fundamentais as normas extraíveis desse recorte dogmático, de modo que a textualidade decorre da literalidade do enunciado, e a formalidade advém da ausência de necessária perquirição da substancialidade do conteúdo desses direitos para elegê-los como fundamentais, em espelho claro da teoria formal manejada anteriormente.

ALEXY, teorizando sobre a Constituição alemã, comparadamente alenta nosso canal de positivação textual-formal, urgindo a lição:

Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado “Os Direitos Fundamentais” (arts. 1º a 19), independente daquilo que por meio delas seja estabelecido.¹²¹

¹²¹*Op. cit.*, p. 68.

Nesse espaço titulado há previsão de duas categorias que devem ser compreendidas, para efeito das discussões dissertadas, equivalentemente a direitos fundamentais, pinçando, rapidamente, suas noções: as garantias e deveres.

No texto constitucional encontram-se garantias denotadas como institutos asseguradores da ordem jurídica como um todo, exemplo a separação dos poderes, e, especialmente, garantias fundamentais, Título II, que são instrumento da realização do conteúdo objetivo declaratório dos direitos fundamentais, como o *habeas corpus*, artigo 5º, inciso LXVIII, para a liberdade de ir e vir. Muita vez pode-se reconhecer implicitamente a declaração de um direito pela expressão da garantia, como, *e.g.*, no mandado de segurança, artigo 5º, inciso LXIX, remédio conta a ilegalidade ou “abuso de poder”, sugerindo um direito à proporcionalidade, à razoabilidade, independente da legalidade estrita, assim como na ação popular, artigo 5º, inciso LXXIII, um direito à integridade patrimonial pública. As garantias importam também natureza objetiva, daí serem equivalentemente tratadas como direitos.

Quanto aos deveres fundamentais, Título II, Capítulo I, provoca-se que a regulação da basicidade da conduta humana e qualificação como fundamental reporta a uma via de mão dupla, pois o exercício de um direito fundamental por determinada pessoa não depende apenas da postura do Estado, mas também dos outros homens. Ao longo da Constituição encontram-se vários expedientes que trazem essa ideia: o voto obrigatório, o dever da coletividade em preservar o meio-ambiente, o financiamento da seguridade social por toda a sociedade, a segurança pública como responsabilidade de todos etc. Espelho adequada da ideia é a horizontalidade

dos direitos fundamentais atingindo as relações privadas, conjecturando um vínculo obrigacional jusfundamental entre particulares.¹²²

Estabelecido o primeiro expediente de positivação, concebendo como direitos fundamentais as normas extraíveis dos enunciados normativos geograficamente albergados no Título II, capítulos e artigos desdobrados, anuncia-se a indagação: há direitos fundamentais fora do Título II?

1.5.2 Canal de positivação em decorrência de princípios e regime

A Constituição de 1988, em franca alusão aos direitos e garantias fundamentais positivados através do canal textual-formal, “expressos nesta Constituição”, abre a possibilidade de positivação de direitos fundamentais em decorrência dos princípios e regime adotados na Carta, e assim prescreve:

Art. 5º...

...

¹²²Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006.)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Logicamente, esses “outros” direitos deverão estar fora do marco confinado no Título II, respondendo ao que se inquiriu na última seção, e ao mesmo tempo interpelando qual o critério para absorção de direitos fundamentais ao longo do tecido constitucional, clamando uma exegese da primeira parte do § 2º transcrito.¹²³

Algures, ao dispor sobre o sistema constitucional, vimo-lo como um sistema normativo fundamental composto por uma dimensão deôntica, princípios e regras, e outra axiológica, valores.

A norma, referiu-se, não tem correspondência automática quanto aos enunciados normativos, e o tratamento normativo em um campo de maior abstração e generalidade, princípio, aferindo a identidade das partes que compõem a unidade constitucional, possibilita o reconhecimento de normas designativas de direitos fundamentais sem que haja necessariamente um enunciado normativo textualmente correspondente.

Acreditamos, então, que a referência a “regime” dá-se vinculando a própria noção de sistema, congregando as espécies deônticas e axiológica.

A decorrência de “outros” direitos dá-se em virtude da análise de um conjunto de enunciados normativos cuja ordenação e compreensão fará derivar a concepção de uma norma de direito fundamental, e ainda, mesmo que não haja enunciados textualmente expressos, essas normas

¹²³ALEXY, *Op. cit.*, p. 69-76, referindo-se à Constituição Alemã, denomina de “normas de direitos fundamentais atribuídas” os direitos acolhidos como tal sem previsão de designação expressa e direta do texto constitucional.

jusfundamentais podem estar implícitas no regime/sistema, decorrentes da afinidade conectiva das partes do todo.

Enfim, para o assento de uma ideia de sistema constitucional deve haver princípios, tomando préstimo à teorização de linhas gerais de BANDEIRA DE MELLO quanto ao regime jurídico-administrativo, linhas que adequadamente cabem à compreensão pretendida, “que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime”¹²⁴, e ainda, referendando a exegese quanto a normas implícitas de direitos fundamentais, por eles “estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis”¹²⁵ do sistema/regime constitucional.

A identidade desses direitos buscados em decorrência dos princípios e regime, não há outro caminho, somente pode ser aferida perquirindo a fundamentalidade do seu conteúdo, a essencialidade do bem que tal direito visa proteger, a substancialidade jungida à ideia de dignidade humana. Devem, pois, ser direitos materialmente fundamentais para que seja reconhecida sua existência e positivação através do canal que, por excelência, é material.

SARLET, colaborando para a exegese da disposição constitucional que expressa o canal de positivação analisado, observando-se como uma cláusula aberta, busca referenciais para um conceito material de direitos fundamentais, correlacionando

o direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220), a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º), e o direitos dos filhos a tratamento igualitário e não-discriminatório (art. 227, § 6º), que, sem dúvida, constituem dispositivos formalmente constitucionais capazes de se

¹²⁴*Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 36.

¹²⁵*Op. cit.*, p. 68.

caracterizarem como posições subjetivas e permanentes do indivíduo (isolada ou coletivamente). Além disso, os preceitos referidos revelam nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, constituindo, portanto, direitos materialmente fundamentais, ou, no mínimo, passíveis de se enquadrarem nesta categoria.¹²⁶

Notório exemplo do reconhecimento e positivação nos moldes relatados é o direito fundamental ao meio-ambiente, extraído dos enunciados normativos textualizados do artigo 225¹²⁷ magno, conferindo-se a esse direito caráter de fundamentalidade face à sua importância pública para a convivência salutar dos homens em relação seja à cidade, seja ao Planeta, habitado, congregando direitos e obrigações para todos os homens e para o Estado.

Venha o próximo canal.

1.5.3 Canal de positivação em decorrência dos tratados internacionais

A invocação do §2º, art. 5º, da Constituição de 1988, prenunciou a viabilidade do reconhecimento de direitos fundamentais em decorrência dos tratados internacionais de que nosso Estado seja parte.

REZEK define tratado internacional como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direitos internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”¹²⁸, informando, ao que parece, que imprópria é a confusão terminológica prescrita pela própria Constituição ao falar em

¹²⁶ *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 117.

¹²⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹²⁸ *Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

tratados, convenções, acordos, atos: em termos gerais, deve ser saneada adotando-se o termo tratados, e assim o fazemos.

A Emenda Constitucional 45/04 acresceu ao art. 5º o seguinte § 3º:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ainda que o §2º faça menção genérica a tratados internacionais, parece que, mesmo antes da adição do §3º ao texto constitucional, apenas tratados albergadores de direitos humanos poderiam, após incorporação ao sistema positivo interno, ser objeto de reconhecimento de direitos fundamentais, exegese que ora se queda límpida, mas não encerrada.

Torna-se imperiosa a verificação da substancialidade e essencialidade afetas aos direitos humanos, fartamente já caracterizado, para sua identificação enquanto direitos potencialmente incorporáveis ao sistema positivo nacional enquanto direitos fundamentais e com *status* constitucional, nos termos do regramento do § 3º, em simetria ao art. 60, § 2º, referentemente à discussão e aprovação das propostas de emenda constitucional.

É dizer: não é qualquer direito que, mesmo sob a rigorosa aprovação exigida no §3º, preenche a condição de conteúdo derivada da materialidade fundamental homenageada, e esse pressuposto é ainda passível de controle de constitucionalidade.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em New York, no ano de 2007, foi receptáculo dessa materialidade modelo, justamente por, nos termos do propósito delineado no art. 1º, promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos

os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

O Congresso Nacional, sob o procedimento do § 3º, aprovou a Convenção, Decreto Legislativo nº 186/08, ensejando a promulgação pelo Presidente da República, Decreto 6.949/09, formalizando a incorporação, com *status* constitucional, ao direito positivo interno.

A edição da EC 45/04 intentou solver a celeuma quanto à hierarquia dos tratados internacionais face à sua incorporação, e FLÁVIA PIOVESAN sintetizou quatro correntes doutrinárias a respeito, citando a hierarquia supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional, porém supralegal, e infraconstitucional de nível federal, sendo partidária da segunda, frisando que

a hierarquia constitucional dos tratados internacionais dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹²⁹

Polêmica à parte, no cenário anterior à emenda constitucional mencionada o Supremo Tribunal Federal decidiu pela paridade entre os tratados internacionais incorporados e a lei federal, nos termos ressaltados na ADI 1480/DF, julgamento de que dista de 1997, e acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, ementando na ocasião que “no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República”,

¹²⁹A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 16.

acentuando que eles “situam-se[...] no mesmo plano de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.”

Posteriormente, sobrevieram discussões desafiantes de um consenso. A primeira, e quiçá a principal, emersa a potencialidade de positivação de direitos em jaez constitucional, é saber o tratamento a conferir-se aos tratados internacionais não submetidos ao expediente processual legislativo inovado pelo § 3º.

No julgamento do RE 466.343, o STF, em 2008, interpretando as disposições magnas do art. 5º, inciso LXVII e §§ 1º, 2º, 3º, e do art. 7º, § 7, do Pacto de São José da Costa Rica, incrementou a tese da supralegalidade, de que, em suma, a hierarquia dos tratados que não foram postos ao crivo processual inaugurado em 2004 deve ser mediada entre a Constituição e a legislação federal.

FERNANDES, face ao mérito julgado, atinando ao nosso ordenamento, deu como consequência “a modificação hierárquica do mesmo, com a assunção de mais uma espécie normativa, que conforme visto foi desenvolvida (estranhamente, por falta de titularidade para tal!) pelo STF”.¹³⁰

Mesmo com a EC 45/04, antes e depois, as condições objetivas de julgamento das duas situações balizadas quanto à hierarquia dos tratados internacionais eram as mesmas, e a Corte julgou o entrave teórico com soluções distintas.

Susceptível de dúvida será a ocasião de um tratado de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional apenas com o quórum de maioria simples, próprio das leis ordinárias, art. 47, sem atingir 3/5, conforme exigido para a equivalência constitucional.

¹³⁰*Op. cit.*, p. 344.

Adequada ou não, entendemos que a coerência teórica do STF deve conferir suprallegalidade ao tratado nessa hipótese situacional, caso a matéria lhe seja provocada. Considerando o quórum qualificado estabelecido de 3/5, reconheça-se que não é de todo desarrazoada alguma outra tese em que os tratados simplesmente se deem por não aprovados, inviabilizando sua incorporação nem mesmo como norma suprallegal ou de paridade federal.

Vislumbra-se ainda discussão noutro foco. O artigo 84, VIII, pautou como competência privativa do Presidente a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo congressional, enquanto o artigo 49, I, finca competir exclusivamente ao Congresso resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. No cotejo de tais regras há apenas conflito aparente, vez que a resolução definitiva sobre tratados competente ao Congresso dá-se somente quando do acarretamento dos encargos ou compromissos indicados: nos demais casos o Presidente poderá celebrar citados pactos sem necessária sujeição.

Todavia, nos casos em que os tratados versarem sobre direitos humanos deverá haver necessária sujeição ao Congresso para fins do art. 5º, § 3º, independente dos encargos ou compromissos. O sistema de proteção dos direitos fundamentais é traço intrínseco do Estado Democrático de Direito, além da prevalência dos direitos humanos, 4º, II, sendo que se deve, ao par da máxima eficácia dos direitos fundamentais, prestigiar, em maior alcance, possibilidades de incorporação à Constituição dessa categoria diferenciada de normas, por notória jusfundamentalidade. A assertiva é princípio, sobrepondo-se axiologicamente à conjugação das regras analisadas, melhor, conformando essa conjugação, pois somente a passagem pelo crivo congressional oportuniza a recepção dos direitos humanos pelo sistema positivo conferindo-lhe equivalência de emenda constitucional.

Semearam-se os elementos principais para o manuseio do canal de positivação em decorrência dos tratados internacionais, contornando sua materialidade, e almejando contribuir para sanar as controvérsias acerca do expediente, ou mesmo para aumentá-las.

CAPÍTULO 2 A TIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL: SISTEMATIZANDO OS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO

2.1 Substratos teórico-tipológicos para a análise da tipologia jusfundamental

Pela trajetória dos direitos fundamentais desde os primórdios do constitucionalismo já se dá conta da variedade terminológica e de acepções encontrada no trato desses tipos jusfundamentais, o que resulta, no mesmo passo, em diferentes possíveis formas de agrupá-los sob algum critério ordenado.

Tende-se nesta parte a reverenciar as três tipologias mais importantes para perfazer substrato teórico à tipologia protagonista: a tipologia em gerações, em *status*, e a composta por direitos de defesa e a prestações.

2.1.1 As gerações de direitos fundamentais

A tipologia em gerações é uma das mais alardeadas pela doutrina, e tem fonte nos processos de multiplicação dos direitos fundamentais analisados por BOBBIO, trifurcado no aumento dos bens merecedores de tutela, na extensão da titularidade de direitos típicos a sujeitos diferentes do homem, e na consideração não abstrata do homem, acolhendo-

se a diversidade das maneiras de ser em sociedade, o homem criança, velho, doente, mulher, cada qual com suas especificidades concretas.¹³¹

Segundo o italiano,

com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “da pessoa” – , para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas [...] com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem quanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção.¹³²

Nesses processos, ciclos, eras de direito, concebem-se as gerações de direitos fundamentais, que guardam afeição para com a transição dos paradigmas de Estado, podendo-se falar que a primeira engloba dos direitos civis – vida, liberdade, propriedade - e políticos, a segunda abrange os direitos sociais, econômicos e culturais, e a terceira concernente aos direitos da solidariedade e fraternidade, protegendo relações globais como a paz, meio-ambiente, relações de consumo, e as particularidades de grupos desiguais como idosos, portadores de necessidades especiais, infantes e adolescentes etc.

Note-se a predileção de autores pela terminologia dimensões de direitos fundamentais, frisando uma ideia de complementariedade entre elas, e não de mera sucessão cronológica¹³³, e de fato o paradigma eleito pela

¹³¹ *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

¹³² *Op. cit.*, p. 69.

¹³³ SARLET, *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 45.

Constituição de 1988 as várias dimensões de direitos fundamentais devem ser interpretadas e operadas visando sua integração, compatibilização harmônica¹³⁴, pois, afinal,

considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha sem assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.¹³⁵

Pela lavra do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, além de demonstrar o canal material de positivação do direito fundamental ao meio-ambiente, cabe-lhe ilustrar o assento jurisprudencial das gerações/dimensões em destaque:

Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – consequente indeferimento

¹³⁴SILVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 184.

¹³⁵COELHO, Inocêncio Mártires, *et al. Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas." (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006)

Somando ao tríduo geracional há autores que propõem uma quarta geração/dimensão, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo¹³⁶, e até mesmo uma quinta, nos termos relatados por SAMPAIO¹³⁷, sob uma diversidade de enfoques.

2.1.2 Os *status* de Jellinek

A notória¹³⁸ Teoria dos Quatro Status obra de Jellinek foi elaborada em sua obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, publicada no início do século passado, epígrafe em português indicada por SARLET¹³⁹ como Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos.

No livro JELLINEK apresenta inteligência, não obstante a obra ainda não apresente tradução do alemão, importantíssima para lavrar as temáticas relacionadas aos direitos fundamentais, quedando desde já o apelo aos proficientes em língua germânica para a empreitada. O acesso mais próximo à teoria deu-se através de ALEXYY.¹⁴⁰

¹³⁶ BONAVIDES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 571.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 302.

¹³⁸ Desde o desenvolvimento da teoria visada “os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica”. MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm> Acesso em 15/05/2011.

¹³⁹ *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 156.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 254-275.

“Teoricamente, a personalidade é uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Assim juridicamente ela é uma situação, um status [...] relação entre indivíduo e Estado, que se condensa em um ser”.¹⁴¹

Essa relação com o Estado qualificadora do indivíduo, em um primeiro lance, por ventilar um estado, um modo de ser, pode conferir ao status a ideia de uma natureza ontológica. Entretanto, claramente podemos aportar o status numa plataforma deôntica, pois representa um quadrante gerador de direitos e deveres, um direito subjetivo público, que pressupõe um regra objetiva fincada positivamente no ordenamento atribuindo faculdades ao indivíduo nessa relação com o Estado.

Os *status*, modelo tipológico-classificatório, representam inspiração para que outros autores concebessem outros status, conforme noticia ALEXY,

concorrentes ou complementares, como o status constituens, de Denninger, o status constitucional e o status geral civil-estatal de Hesse, o status activus processualis, de Häberle, e o status libertatis, de Grabitz.¹⁴²

O *status* passivo decorre do exercício pelo Estado do poder soberano, estampando-se a “sujeição ao Estado [...] no âmbito da esfera de obrigações individuais.”¹⁴³

Vale lembrar que os *status*, na complexidade das relações sociais, podem esboçar correlação, de modo que o exercício de um direito decorrente de determinado *status* pode necessitar do cumprimento do dever de outro *status*.

¹⁴¹JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 255.

¹⁴²*Op. cit.*, p. 254.

¹⁴³JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 256.

Um plexo de deveres e proibições do indivíduo para com o Estado são pois o objeto do *status* passivo, justificando uma gama de ações governamentais no exercício da soberania interna, como o uso legítimo da força e restrições à liberdade enquanto expedientes penais, a tributação, manifestações administrativas de poder de polícia etc.

Claro, pois, que a soberania estatal encontra limite na própria lei, e o sentido do status é justamente estabelecer limitação ao poder soberano estatal, fixando campos, esferas de liberdade ao indivíduo.

A respeito, JELLINEK aponta:

Ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito no qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega seu imperium. Essa é a esfera individual de liberdade, do status negativo, do status *libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da ação livre do indivíduo.¹⁴⁴

Ademais bate que nesse status há a pretensão do indivíduo ao seu reconhecimento e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, “pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada”.¹⁴⁵ Em tese, o *status libertatis* é o coração do Estado de Direito ou Liberal, fazendo da neutralidade positiva da lei o escudo frente à arbitrariedade estatal, conferindo ao indivíduo a prerrogativa de fazer aquilo que for legalmente permitido, ou não for expressamente proibido.

Se o *status libertatis* clama abstenção, não intervenção, doutro flanco o *status* positivo invoca a presença do Estado para que ele atue assegurando direitos do indivíduo. JELLINEK, no tipo em questão,

¹⁴⁴JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 258.

¹⁴⁵JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 260.

“reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, garante ao indivíduo pretensões positivas”¹⁴⁶, são pretensões a determinada atividade, assegurando-se meios jurídicos para a realização desse fim. Isso implica, conforme a exegese de ALEXY, a expectativa pelo indivíduo de um direito a algo perante o Estado, estabelecendo-se uma competência quanto ao seu cumprimento.¹⁴⁷

Por derradeiro o *derradeirostatusactivus*, nas palavras de JELLINEK, demonstra-se na outorga “de capacidades que estejam além de sua capacidade natural”¹⁴⁸, indicando como exemplo clássico o direito de votar.

Esse “além da capacidade natural”, além dos critérios normais de restrição ao exercício de direitos políticos, como a idade, podia ensejar também restrições censitárias para configuração dessa competência, comuns à época.

Sabido que hodiernamente a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado tem outros parâmetros, sobretudo de natureza democrática, valendo citar HÄBERLE ao aprimorar o tipo abordado ao propor o processo como instrumento de participação e concretização dos direitos fundamentais, acenando o *status activus processualis*:

Así como el aspecto de Derecho objetivo se ha unido al aspecto de Derecho individual, el aspecto del Estado asistencial o del Leistungsrecht se ha unido a los aspectos de Derecho individual y objetivo, así, como, en fin, en componente democrático se ha acercado al de la tutela privada, del mismo modo se ha unido us aspecto procesal a esta concepción plurilateral de los derechos fundamentales. A la luz de este descubrimiento, es necesario considerar seriamente la controversia sobre el contenido esencial en

¹⁴⁶JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 263-264.

¹⁴⁷*Op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁸JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 268.

el Estado constitucional: el contenido esencial de un derecho fundamental contiene su status activus processualis.¹⁴⁹

É certo que a participação ampla na formação da vida estatal, conforme adverte ALEXY¹⁵⁰, não queda com clareza no arquétipo quádruplo como sendo atinente ao status ativo, ou a uma pretensão estatal positiva, obscuridade talvez justificada pela noção restrita de direitos políticos e cidadania no Estado Liberal.

O mérito da tipologia jusfundamental de Jellinek sobreleva originalidade e parâmetros irrenunciáveis para alguma intelecção que lide com direitos fundamentais. Não se trata, pois, de uma teoria pronta e acabada, o que não retira seu brilhantismo, pois, conforme eleva ALEXY, “a despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências [...] é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica dos direitos fundamentais”.¹⁵¹

Acena-se, pois, que o paradigma de Estado em que a teoria foi elaborada muita vez, pela própria correlação dos princípios que norteavam a sociedade política coeva, justificou uma ou outra obscuridade, em virtude de uma acepção limitada do alcance dos direitos fundamentais.

2.1.3 Direitos de defesa e a prestações

Ao criticar as contradições do quarteto *destatus*, ALEXY intenta que elas deveriam ser superadas através de uma teoria adequada sobre as posições jurídicas fundamentais, com base nas modalidades deônticas básicas, “um sistema totalmente claro, que possibilita, em seu âmbito, um grau

¹⁴⁹. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003. p. 251.

¹⁵⁰*Op. cit.*, p. 268-269.

¹⁵¹*Op. cit.*, p. 269.

máximo de uma imprescindível percepção analítica dos direitos fundamentais”¹⁵². Nisso defende a tipologia ora anunciada, recortando-as em dois grandes grupos, direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos de defesa, conforme expõe o professor de Kiel¹⁵³ correspondem aos “direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas”, trifurcando num grupo “composto por direitos a que o estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito”, denominados “direitos ao não-embaraço de ações”; um segundo grupo “de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito”, chamados “direitos à não-afetação de características e situações”; e, por fim, um terceiro grupo de direitos “a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”, ou seja, “direitos à não-eliminação de posições jurídicas.”

Esses direitos, logo se percebe, têm nascedouro na célula mãe da liberdade, e a noção de defesa corresponde à proteção de um âmbito jurídico inato ao homem em que o Estado não pode intervir, e esse quadrante jusfundamental de arbítrio, autodeterminação, ao ser regulado pelo Estado em sua atividade legiferante, e também administrativamente, não o pode ser de tão sorte que restrinja ou comprometa a eficácia de seu conteúdo essencial¹⁵⁴.

E mais: mesmo que não haja regulação, e ainda, conforme prenota BRANCO, que em determinados direitos de defesa

se vejam incluídas expressões vagas e aberta, isso não haverá de constituir embaraço para a sua aplicação, uma vez que o conteúdo, na maioria dos casos, pode ser determinado via hermenêutica – e a tarefa de interpretação incumbe precipuamente ao Judiciário.¹⁵⁵

¹⁵²*Op. cit.*, p. 270.

¹⁵³*Op. cit.*, p. 196-201.

¹⁵⁴A ideia de conteúdo essencial vai ser analisada no Capítulo 3.

¹⁵⁵*Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291.

O medeio entre os vieses objetivo e subjetivo dos quadrantes de defesa, tendo em vista o sistema constitucional albergue de liberdades, confere ao titular direito subjetivo público, em um primeiro momento, de abstenção estatal potencialmente violadora do seu direito, e, posteriormente ver remediada a frustração do exercício jusfundamental, mormente em apego às garantias constitucionais.

HESSE lastreia que

ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado corresponde seu significado jurídico objetivo como preceitos negativos de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção.¹⁵⁶

Noutra ponta da bifurcação, os direitos fundamentais são içados a direitos a prestações, fincando ALEXY, num conceito amplo, que “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”¹⁵⁷, contraponto à abstenção estatal própria dos direitos de defesa.

As prestações conclamam um Estado afirmativo, rementem-se ao conjunto de ações estatais necessárias para concretizar o bloco jusfundamental, sobretudo numa perspectiva de igualdade material, guardando marco jusfilosófico no Estado Social, paradigma, conforme algures ventilado, em que se oportunizou a intervenção estatal nas relações econômicas e sociais para planificar o exercício dos direitos fundamentais a toda sociedade.

SARLET confirma que

¹⁵⁶Significado dos Direitos Fundamentais. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

¹⁵⁷*Op. cit*, p. 442.

os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra.¹⁵⁸

Direitos de defesa e prestações, entretanto, devem ser compatibilizados, e não opostos, pois relacionam-se na medida em que, muita vez, para garantir-se a fruição de um quadrante jusfundamental de defesa é necessária a prestação estatal.

Nesse diapasão, as prestações assumem polivalência funcional, informando ALEXY a possibilidade de encará-las em sentido amplo, que por sua vez dissociam-se em direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, e em sentido estrito.¹⁵⁹

Continua o autor de Kiel balizando que “por direitos a proteção devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o projeta contra intervenções de terceiro”.¹⁶⁰

O exercício regular das liberdades apenas se efetiva com a proteção do Estado contra a intervenção de terceiros que possam obstruir o desenvolvimento regular dos atos civis entre os homens, emergindo a segurança pública como direito clássico à proteção.

A proteção requer igualmente prestações normativas, como um ordenamento jurídico penal, bem como regras civis, por exemplo acessórias na proteção da propriedade, tipo exigências de registros próprios para determinados bens, imóveis, veículos etc.

¹⁵⁸ *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 185.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 444.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, p. 450.

Quanto à organização e procedimento, embora sua amplitude terminológica possa querer dizer muitas coisas, não traduzindo uma precisão técnica¹⁶¹, eis que se apontam como regramento geral viabilizador da participação do homem na formação da vontade estatal, desde o voto, demais direitos políticos, até os muitos expedientes democráticos como conselhos comunitários, audiências públicas etc.

Inevitável, pois, o flerte com o *status activus* de Jellinek, e especialmente o *status activus processualis* de HÄBERLE aprimorado, pugnando por uma interpretação constitucional aberta, plural, razão pela qual a necessidade de adoção ampla de procedimentos de participação cidadã para uma “conjugação de diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação”.¹⁶²

Por fim, volvam-se os olhos às prestações materiais, diretas ou indiretas, identificadas nos direitos sociais, pois, segundo ALEXY, quando se fala em “direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.¹⁶³

A Carta Brasileira abrigou inúmeros exemplos de prestações em sentido estrito, conforme se observará adiante, assertiva essencial para a configuração do Estado Democrático de Direito.

2.2 Crítica à tipologia classificatória constituinte: a necessidade de sistematizar seus critérios

¹⁶¹ALEXY, *Op. cit.*, p. 472.

¹⁶²*Hermenêutica Constitucional*: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 32.

¹⁶³*Op. cit.*, p. 499.

Classificar, antes de tudo, é dispor em classes, um ato de distinção, e uma tipologia classificatória prima pela ordenação de elementos, pois, diferentes.

Objetos de uma classificação, entretanto, para se assentarem no conjunto de uma tipologia devem, precedentemente, guardar uma afinidade, identificar-se por uma familiaridade justificante de sua concepção em um mesmo sistema.

Estabelecida essa identidade que aglutina comumente as partes de uma globalidade, desde então se poderá enquadrar esses objetos em categorias, em unidades dotadas de características próprias que as fazem discrepar uma das outras.

Essas são as premissas básicas de uma tipologia classificatória: sua composição por objetos afins que se diferenciam no corpo de uma totalidade.

Lidando com objetos, embora em sua essência comuns, potencialmente afetados por características sortidas, o liame de distinção deve operar-se segundo uma referência, um padrão divisor dos objetos de acordo com o norte eleito: um critério.

A adoção de critérios permite declinar que um mesmo objeto pode ser classificado, harmonicamente na globalidade afim em que ele se conforta, diferentemente, por uma, duas, ou mais vezes, ao par da quantidade de critérios estabelecidos.

Eleito um critério, cinge-se logo, no geral, em apego à premissa supra defendida, que os objetos classificados não de ser necessariamente distintos, consoante referencial adotado.

Pode-se colher nas Ciências Biológicas uma das clássicas tipologias científicas, a mundialmente notória taxonomia de Linneu, desenvolvida no século XVIII.

Na referida classificação biológica dos seres vivos estabeleceram-se diversos níveis hierárquicos de identificação, tendo na base dois patamares: “gênero”, composto por “espécies”.

E.g., o gênero *Canis* é composto por espécies popularmente conhecidas como o cão, o lobo, o coiote e o chagal. Nesse gênero essas espécies animais guardam características comuns que os fazem todos *Canis*, e, seguidamente, aportam-se com características próprias que os identificam distintamente, cada qual como uma espécie, necessariamente discriminada.

Recordando a aurora da vida, as aulas primárias em que se ensinava a taxonomia exposta, tinha-se a ilustração por meio de uma tipologia lúdico-didática de botões.

Um conjunto de botões pode ser ordenado, estabelecida a identidade comum desses objetos, em classificações segundo diversos critérios. Um botão, quanto à cor, pode ser azul, preto, amarelo; quanto ao material, de plástico, madeira, osso; quanto ao tamanho, pequeno, médio, grande; quanto ao formato, quadrado, redondo, hexagonal etc.

A inteligência é clara: proposta uma classificação, elegendo objetos e critérios, os botões hão de ser distintos no âmbito do critério eleito.

Objetos e critérios, pois, são os vetores que se correlacionam em uma tipologia classificatória, sob as premissas fundamentadas.

A tipologia jusfundamental positivada na Constituição de 1988 é uma classificação? Temos que sim, passamos a analisar.

O processo legislativo é um instituto previsto no enunciado do artigo 59, e tem regulamentação parcial, conforme já invocado, pela LC 95/98.

Sob a lição da CANOTILHO, ele é visto como a “sucessão de série de actos [...] necessários para produzir um acto legislativo”¹⁶⁴. Embora a tradição portuguesa seja pela terminologia procedimento¹⁶⁵, deveras se trata de processo legislativo esse “conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito”¹⁶⁶, e por sua vez procedimento é cada modalidade ritual desses atos.

Ao redor do processo reverenciado ainda gravita a técnica legislativa, ou seja, a técnica apropriada para organizar e produzir os textos normativos¹⁶⁷.

E a técnica legislativa é personagem cuja compreensão torna-se imprescindível para a investigação do problema estudado.

Foi anotado anteriormente que a distribuição textual formalizada na secção do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo os artigos do 5º ao 17, demarca uma tipologia de direitos fundamentais, canal textual-formal, de senso que, reproduzindo palavras já narradas, essa tipologia, ao seccionar a distribuição textual constitucional, demarcando um conjunto de enunciados normativos, confere a tal secção a integração à própria estrutura textual do tecido magno, constituindo recorte dogmático que é ponto de partida para a atividade do jurista para extração do conteúdo normativo.

Referendando a assertiva, CANOTILHO e MOREIRA calcam que

¹⁶⁴*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 871.

¹⁶⁵Assim como procedimento administrativo, ao invés de processo.

¹⁶⁶SILVA, *Op. cit.*, p. 522.

¹⁶⁷BORGES, *Op. cit.*, p. 28.

a arquitectura sistemática de cada divisão da Constituição pode revelar-se um bom instrumento auxiliar de interpretação das normas constitucionais, designadamente pela luz que lança sobre os tipos normativos em que estas se estruturam¹⁶⁸.

O parágrafo único do art. 59 constitucional, ordenando a disposição sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, oferece comando límpido de que a lei complementar mencionada aloque também expedientes de técnica legislativa, pois esta associa-se logicamente à ideia de processo legislativo.

E ao longo da LC 95/98 pode-se localizar esses expedientes de técnica legislativa que são necessários parâmetros para interpretar a tipologia jusfundamental protagonista.

No art. 11 prescreveu-se que as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica. Para obter-se a precisão, inciso II, alínea “a”, deve-se 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. Para a ordem lógica, inciso III, alínea “a”, reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei.

Interpretando a tipologia sobrelevada no Título II da Constituição, parece-nos bastante explícito tratar-se de uma classificação.

Primeiramente porque dispõe acerca de direitos fundamentais designando-os por predicados associados visceralmente às tipologias nitidamente classificatórias que apontamos como substrato teórico.

¹⁶⁸CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 107.

Em precípua, eis que no bojo do Título II estão agrupados cinco capítulos, expressamente qualificando direitos pela epígrafe que lhes foi atribuída em decorrência da distribuição textual constitucional. Seccionaram-se partes de um marco geográfico constitucional intitulado dos direitos e garantias fundamentais, e para cada parte formalmente demarcada destinou-se uma distinção conceitual.

Evidente estar-seperante uma classificação, diante da estruturação lógica do Título II constitucional capitulado, demarcada e separadamente, em nítidas espécies jusfundamentais.

A assertiva é arrimada pela doutrina nacional. MORAES ministra que “a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais”.¹⁶⁹ SILVA esboça uma classificação de direitos fundamentais com base na tipologia fincada no texto constitucional.¹⁷⁰

Demonstrada a tipologia classificatória jusfundamental, ela é uma classificação adequada? Temos que não.

Propor classificações de direitos fundamentais, de fato, revela-se empreitada espinhosa. Recorrendo novamente a SILVA, ele instiga que “esse é outro tema no qual não queremos embrenhar-se à profundidade. Encontram-se nos autores classificações e classificações dos direitos fundamentais sob variados critérios que mais confundem que esclarecem”.¹⁷¹

Não se está aqui a propor uma classificação. Quer-se, sim, interpretar a tipologia classificatória constituinte, em perspectiva dogmático-analítica, para revelar que ela é, naquilo que se vai cotejar, cientificamente inconsistente, carecendo de um rearranjo adequado.

¹⁶⁹*Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 59.

¹⁷⁰*Op. cit.*, p. 183.

¹⁷¹*Op. cit.*, p. 182.

Desenhe-se novamente a tipologia:

TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E
COLETIVOS

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS SOCIAIS

CAPÍTULO III – DA NACIONALIDADE

CAPÍTULO IV – DOS DIREITOS POLÍTICOS

CAPÍTULO V – DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Concatenando as premissas e conclusões vinculadas à ideia de classificação, manejando a tipologia transcrita, eis que os objetos classificados tratam-se de direitos fundamentais, incluídos na globalidade do Título II, consoante canal textual-formal de positivação, em virtude da qualificação jusfundamental comum atribuída ao conjunto.

Seguindo a intelecção, cada categoria jusfundamental capitulada, distinguida, enfim, classificada, deve ser necessariamente diferente das demais para justificar sua classificação.

O raciocínio é óbvio, decorre das noções lógicas e básicas de uma classificação científica ilustrada na relação entre gênero e espécie.

Todavia, relativamente à tipologia protagonista não chegamos a essa esperada conclusão.

As espécies discriminadamente classificadas não representam quadrantes jusfundamentais incompatíveis entre si, não esboçam a distinção necessária dentro da totalidade do Título II que justificasse sua demarcada, isolada qualificação cada qual em um Capítulo apartado, contingente da espécie de direito fundamental classificada.

Em verdade, a tipologia classificatória constituinte tem seu pecado de técnica legislativa pouco aprimorada, de fundamentação teórica ou, quiçá, de mero descuido ou incidente, na alocação aleatória, em um mesmo conjunto ou subsistema, o Título II, de direitos fundamentais que sim são classificáveis por parâmetros, referências, critérios diferentes.

No Capítulo I os direitos individuais e coletivos estão assim classificados segundo o critério da titularidade.

Os demais capítulos e respectivas espécies jusfundamentais, por sua vez, classificam-se consoante o critério da materialidade.

O que isso quer dizer? Um mesmo direito fundamental pode ser adequadamente classificado ora pelo critério da titularidade, ora pela materialidade, espelhando que os direitos arrolados no Capítulo I não são discrepantes daqueles classificados geograficamente noutros capítulos (o que se esperaria de uma classificação idônea) numa relação de globalidade, pois deveras a distinção classificatória que lhes foi designada refere-se a outro critério.

Da constatação decorre a visível inconsistência da tipologia classificatória positivada, urgindo a sistematização interpretativa dos critérios da titularidade e materialidade, nos moldes doravante a fundamentar-se, e, no Capítulo 3, refletir naquilo que é a principal decorrência da inadequação metodológica admoestada, a projeção dos direitos tidos como individuais e as exegeses quanto à intangibilidade ao poder constituinte derivado.

2.3 - Da titularidade

Os direitos arrolados no Capítulo I do Título II categorizam-se sob o critério da titularidade. Reconheça-se, contudo, que normalmente os direitos individuais são associados à materialidade dos direitos civis e políticos,

bem como à funcionalidade dos direitos de defesa, e tal perspectiva será abordada na exegese do artigo 60, § 4º, inciso IV, posteriormente.

As classificações jusfundamentais, sejam doutrinárias, sejam traduzidas positivamente, advertiu-se, trazem confusões conceituais que as distanciam de uma classificação prontamente adequada presidida por algum consenso, se é que existe alguma, pela própria subjetividade das abordagens teóricas.

Nesse cenário, a identificação dos critérios na tipologia jusfundamental dá-se sob um vetor de preponderância, sem excluir outras possíveis aproximações segundo parâmetros diversos, porém investigando e reconhecendo no subsistema classificatório jusfundamental os critérios que lhe guardem uma compatibilização minimamente harmônica.

O critério em questão, referentemente aos direitos fundamentais, baseia na ideia de como sua titularidade se exterioriza, de acordo com o círculo de atributividade desses titulares, e, ainda, como estes podem ser determinados.

O caráter de individual deve dar-se àquele direito cuja fruição se esgota no círculo de atuação do seu destinatário¹⁷², destinatário-titular que é determinado.

A titularidade, conforme proposta, enlaça-se a uma noção de processualidade no que tange à forma de exercício, pelo titular, de determinado direito.

A Lei 8.078/90, disponente sobre a proteção e defesa do consumidor, insculpe princípios e definições aplicáveis à concepção dos

¹⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 41.

direitos difusos e coletivos no ordenamento pátrio, urgindo a transcrição destes dispositivos:

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.

Sublinhe-se, pois, que o caráter individual ou coletivo decorre da forma de exercício do direito, ou seja, de como essa titularidade se exterioriza, mormente numa ótica de processualidade, balizando nossas convicções expostas, e em especial serve o diploma transcrito para notar a transindividualidade dos direitos coletivos e difusos.

Trespassada a individualidade, então, os direitos coletivos têm titulares organizados em grupo, categoria, ou classe de pessoas com um vínculo de relação jurídica base, seja entre si, seja com a parte contrária. Os difusos, noutra margem, têm por titulares pessoas indeterminadas, vinculadas por circunstâncias de fato, e indeterminadas.

Os titulares de direitos coletivos, considerando o viés que os liga, podem ser determinados, como, *e.g.*, os trabalhadores de uma fábrica, ou da base de algum sindicato, ainda que essa determinação para difícil face à extensão dos titulares, por exemplo, em se falando de uma associação que representa moradores de um bairro com milhares de pessoas.

Os direitos difusos, embora não componham formalmente a tipologia jusfundamental protagonista, podem ser notados em titularidade derivada da coletiva, conforme se colhe do diploma transcrito, distinta por sua indeterminabilidade, sendo que implicitamente no sistema constitucional podemos identificar essa forma de exercício, e adiante se ilustrará.

Corroborando a consistência teórica do critério investigado, CATTONI nos empresta que a distinção entre os direitos agrupados sob a titularidade, no paradigma Estado Democrático de Direito, é uma tarefa lógico-argumentativa,volvendo-se ao caso concreto, pois “é possível a utilização dos mais variados meios processuais para a tutela jurisdicional, quer individual, quer coletivo, desses direitos”¹⁷³.

REBELO DE SOUSA, no sistema português, dentre outras acepções referidas, entoa classificação de direitos

individuais e direitos institucionais e coletivos, cabendo a titularidade dos primeiros a pessoas físicas e a dos segundos e instituições sociais, personalizadas ou não, ou a categorias sociais¹⁷⁴.

Perfiladas as duas colunas de critérios na sistematização proposta, ensaiou-se, os direitos podem ser classificados nos dois quadrantes, titularidade e materialidade, e quanto a esta, a desdobrar-se na seção seguinte, desde já podemos cotejar-lhe as classificações que o próprio constituinte lhes deu, para denotar a correlação da dualidade enfatizada.

A Constituição, art. 7º, inciso XVII¹⁷⁵, canal de positivação textual-formal, classifica como social o direito fundamental a férias, alocado

¹⁷³Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente? *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 78.

¹⁷⁴*Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 298-299.

no Capítulo II, materialidade. Como sua titularidade se exterioriza? Individualmente, pois o trabalhador contratado e identificado no corpo de funcionários da empregadora tem direito a férias, de acordo com seus subjetivos requisitos temporais de contratação. Vale o STF:

O direito individual às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço constitucional independente do exercício desse direito [...] (RE 570.908, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-9-09, Plenário, DJE de 12-3-10). No mesmo sentido: RE 588.937-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-11-08, Segunda Turma, DJE de 28-11-08; RE 324.656-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-2-07, Segunda Turma, DJ de 2-3-07; RE 324.880-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 24-5-05, Primeira Turma, DJ de 10-3-06.

E esses mesmos direitos, *ex vi* materialidade sociais, mirando sua titularidade podem ser classificados enquanto coletivos, em virtude da maneira como são exercidos. São exemplos a liberdade sindical, art. 8º, e a greve, art. 9º, neste caso, facultando a um grupo de trabalhadores, pressupondo sua transindividualidade, “mediante paralisação do trabalho, defender interesses por eles próprios definidos como relevantes”.¹⁷⁶

A preponderância deve ser angulada, outrossim, na análise de muitos casos em que um mesmo direito pode ser exercido de formas diferentes, individual, coletiva ou difusamente. A classificação, nesse caso, enquadrará aquele exercício modal preponderante para tal direito, sem prejuízo de consideração distinta de acordo com o caso fático específico.

A greve citada é um direito coletivo por excelência, sendo inviável hipoteticamente que um trabalhador faça greve sozinho.

¹⁷⁵XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

¹⁷⁶ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 185.

Noutra ponta, certos direitos espelham variabilidade de exercício pelos titulares.

O direito de associação, art. 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, é coletivo, pois ninguém se associa sozinho, de linha que se pressupõe uma coletividade. Decorre implicitamente, entretanto, do direito de associação, inclusive com regulamentação pelo Código Civil, art. 57, que a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, dando nítida noção individual, pois será “o trabalhador” a ser excluído.

A segurança, artigo 6º magno, classificado materialmente como social, ao perquirimos sua lavra do art. 144, segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, esboça –se difusamente, pois todos os brasileiros têm direito à segurança pública, de serem protegidos, e igualmente responsabilidade, todos, indeterminadamente, pois não se consegue, em um primeiro momento determinar o titular do direito à segurança, de alguma maneira individual qual parcela de segurança cada cidadão tem, ou, invocar a segurança a um cidadão com especificidade.

Determinado grupo de moradores, ou de pais e mestres, pode titularizar a segurança em pleito junto ao Estado quanto à ordem pública em frente a certa escola, na entrada e saída dos alunos, clamando por policiamento nesses horários, melhor iluminação, numa expectativa tipicamente coletiva, face à transindividualidade e o vínculo de base dos interessados em torno do problema de segurança pública naquela localidade.

Em outro prisma, uma vítima, ou testemunha, numa investigação policial ou processo penal, pode rogar proteção especial, sob os

termos da Lei 9.807/99¹⁷⁷, sendo possível uma determinação e segurança individualizada.

Outro exemplo clássico dessa proteção com particularidade é a custódia de detentos e reclusos nas unidades prisionais, mormente por estarem ceifados da liberdade e sem condição ampla de defender-se contra a investida de terceiros contra sua integridade física. No caso de morte de detento em cela prisional, o STF por várias ocasiões decidiu pela responsabilidade objetiva do Estado.¹⁷⁸

FERNANDES, apoiado em CATTONI, sobre o ao meio-ambiente, art. 225, capitulado na Ordem Social, materialidade, notoriamente direito fundamental difuso, titularidade, deslinda que, conforme o caso, “ele pode ser tratado argumentativamente como questão interindividual de direito de vizinhança, como condições adequadas de trabalho de uma categoria profissional ou, até mesmo, como direito das gerações futuras”.¹⁷⁹

Busca-se, pois, encartar demonstrações da viabilidade teórica desse critério de classificação dos direitos fundamentais, no qual estão enquadrados os direitos individuais e coletivos capitulados no inciso I do Título II, bem como dispersos ao longo do leito constitucional, assim como

¹⁷⁷ Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 - Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

¹⁷⁸ Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos." (RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-2-2005, Segunda Turma, DJ de 8-4-2005.) No mesmo sentido: AI 299.125, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 20-10-2009; AI 718.202-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-4-2009, Primeira Turma, DJE de 22-5-2009; RE 372.472, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 28-11-2003; RE 215.981, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 8-4-2002, Segunda Turma, DJ de 31-5-2002.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 235.

os difusos, variando a forma de exercício conforme o caso concreto, sempre numa correspondência dual titularidade/materialidade.

2.4 Da materialidade

Ao explanar sobre as teorias da constituição e dos direitos fundamentais viu-se que o conteúdo é o maior referencial identificador da materialidade, gravitando ao seu redor parâmetros de essencialidade, substancialidade do objeto.

O critério da materialidade, na sistematização da tipologia protagonista, deve ser presidido, pois, pela identificação do conteúdo do direito fundamental, desvendando seu objeto, o bem tutelado e correlata função protetora.

Tal materialidade, conforme ilustra PEREZ LUÑO, podemos aferi-la “a tenor del objeto, contenido o modalidades de ejercicio”¹⁸⁰, devendo-se entender modalidades de exercício funcionalmente, e não nos termos próprios da titularidade exteriorizada.

Os direitos predados e capitulados nos Capítulos II a V do Título II, sociais, nacionalidade, políticos e partidos políticos, classificam-se em razão de materialidade.

Desde logo se vê que as tipologias arroladas como substrato teórico igualmente, sob as vestes caracterizadas, reportam ao critério aventado, oportunizando-se sua conformação para com as espécies jusfundamentais classificadas na Constituição.

¹⁸⁰*Op. cit.*, p. 161.

CANOTILHO e MOREIRA, deparando com a Constituição Portuguesa e respectiva tipologia de direitos fundamentais, também percebem a ausência de homogeneidade sistemática, subsidiando nossa convicção de materialidade ao relatar que classificações em cívico-políticos, e econômicos, sociais e culturais fazem-se “tendo em conta o objeto e conteúdo”.¹⁸¹

Diga-se, em especial, a possibilidade de operar essa mesma materialidade em duas perspectivas, quanto ao bem tutelado, e relativamente à função.

A primeira inclui as gerações/dimensões, e as designações epigrafadas nos capítulos mencionados. A segunda abrange a classificação em direitos de defesa e a prestações, esteirada nos *status*. Quanto à segunda, amparando a observação, SARLET a vê como “uma proposta classificatória sob ângulo funcional”.¹⁸²

Os direitos sociais são expressões deônticas da igualdade material, veiculando-se por meio de prestações do Estado, sob colaboração e responsabilidade de toda a sociedade, instrumentais do acesso a condições dignas de vida.

O Estado Democrático de Direito no Brasil, não obstante a ausência nessa designação paradigmática¹⁸³, é Social por excelência, compondo-lhe o relevo, sob os cânones fundamentais da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais, e da promoção do bem de todos, um extenso rol de direitos sociais, Capítulo II¹⁸⁴, agregando, ademais, nessa jusfundamentalidade, canal material em decorrência de princípios e regime, a Ordem Social fincada

¹⁸¹*Op. cit.*, p. 118.

¹⁸²*A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 162.

¹⁸³Ao contrário das vigentes constituições portuguesa e espanhola, nos termos já algures comentados.

¹⁸⁴Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

no Título VIII, e nesse sentido apontada o Supremo Tribunal Federal: “(...) deve-se mencionar que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos sociais.” (ADI 639, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-6-2005, Plenário, DJ de 21-10-2005.)

As prestações estatais podem dar-se direta ou indiretamente. No primeiro caso, exemplifica-se a educação, prevendo-se, inclusive, como princípio, art. 6º c/c art. 206, inciso IV, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. A saúde, na forma do artigo 196, constitui direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, princípio materializado na manutenção da rede pública de saúde.

O manejo judicial dos direitos sociais, notadamente no marco teórico do neoconstitucionalismo, no cotejo entre a reserva do possível e o mínimo existencial, vem otimizando a eficácia dessa espécie jusfundamental, conforme ilustra Supremo Tribunal Federal no acórdão transcrito que medeia a discussão:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) [...]. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade

governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.

Indiretamente as prestações sociais ocasionam ações governamentais em que, não sendo possível ao Estado prover direta e gratuitamente a fruição do direito, há a criação de mecanismos propiciando um acesso facilitado e compatível, como no caso do direito à moradia, art. 6º, em que o implemento da política habitacional de interesse social, visando a oferta de unidades de preço módico às famílias de baixa renda, faz-se por expedientes como a desoneração tributária dos empreendimentos, redução de custos cartorários, doação de áreas, concessão de subsídios etc.

A segurança pública, que tem por fundo a “necessidade de amparo estatal a prejuízos ou ameaças à liberdade das pessoas por poderes alheios ao Estado”¹⁸⁵, materializa-se em direito de proteção.

Vale citar que os direitos sociais funcionalmente podem também apresentar-se como direito de defesa, é o caso da greve¹⁸⁶, que inclusive, em inovadora decisão da Corte Mor, foi assegurada aos servidores públicos pelo STF face à mora legislativa na sua regulamentação:

¹⁸⁵HESSE, *Significado...*, *Op. cit.*, p. 55-56.

¹⁸⁶SARLET, *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 164.

Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)[...] Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis." (MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.) No mesmo sentido: RE 399.338-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, DJE de 24-2-2011; MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008. Vide: RE 456.530-ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2011; ADI 3.235, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-2-2010, Plenário, DJE de 12-3-2010; Rcl 6.568, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-5-2009, Plenário, DJE de 25-9-2009.

Queda-se, então, visível que objetos identificados pelo bem tutelado como relações de trabalho, relativos à assistência social, afora os casos ilustrados, com funções basicamente prestacionais, espelham a noção de materialidade do critério defendido, bastante claro em distinção ao modo de exercício desses direitos no que toca à exteriorização da titularidade individual, coletiva ou difusa.

Os direitos afetos à nacionalidade, para sua identificação, há de transparecer-se sua natureza enquanto vinculação jurídica entre o homem e o Estado para a formação da ideia de povo. Este tem nessa natureza legal o diferenciador dos conceitos de nação, identidade cultural, e de população, elemento demográfico.

Do artigo 12 magno anotamos asregras da formação desse vínculo como nato, em síntese os *jus soli*, inciso I, “a”, decorrente do nascimento em território nacional, e *jus sanguinis*, inciso I, “a” e “b”, face à ascendência, situações que compõem a nacionalidade originária; a derivada

tem expediente na naturalização, detalhada no inciso II, correlacionando-se as hipóteses, §4º, de perda dessa nacionalidade¹⁸⁷. No § 3º há o princípio da indistinção entre brasileiros natos e naturalizados, e exemplo de exceção residual na fixação de cargos privativos de brasileiros originários.

A previsão da língua e símbolos oficiais, art. 13, justificada sua constitucionalização, é importante expressão da nacionalidade.

Os direitos do Capítulo III, Título II, então, tutelam e têm por objeto a condição de nacional, matizada na ideia de povo, edificando-se estruturalmente como vinculação jurídica ao Estado e formação deste, evidenciando-se a materialidade na sua caracterização conceitual.

O Capítulo IV abarca os direitos qualificados como políticos, compreendendo, resumidamente, “os institutos constitucionais relativos ao direito de sufrágio, aos sistemas eleitorais, às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos e às regras de inelegibilidade”.¹⁸⁸

Os direitos políticos, funcionalmente havidos como prestacionais quanto à participação na organização e procedimento, sob a dicção do artigo 14, materializam concreções do princípios fundamentais da soberania popular¹⁸⁹ e democrático, espelhando instrumentos viabilizadores da participação do cidadão na formação da vontade estatal, como se pode pegar da dicção constitucional, o voto direto e secreto, ícone da democracia representativa, e também, incisos I, II, e III, respectivamente, o plebiscito, referendo, e iniciativa popular¹⁹⁰, estes que, embora o “diretamente” do artigo 1º, Parágrafo Único, são institutos de democracia semidireta.

¹⁸⁷CARVALHO, *Op. cit.*, p. 376-381.

¹⁸⁸ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 199.

¹⁸⁹Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁹⁰A Lei 9.709/1998, regulamenta os incisos e institutos indicados.

O voto, direto, secreto, universal e periódico, indumentária pétrea que se lhe veste, artigo 60, §4º, inciso II, vem coadjuvando discussões acerca da organização e funcionamento dos partidos políticos, Capítulo V, desde já invocados à discussão.

Partindo-se da filiação partidária enquanto condição de elegibilidade, artigo 14, §3º, inciso V, e notadamente o preceito da fidelidade partidária, 17, § 1º¹⁹¹, imantado pelo jargão popular de que “o mandato é do partido”, o Supremo Tribunal Federal conferiu constitucionalidade às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral quanto à perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, julgando:

Fidelidade partidária. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. [...] O STF, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo Ministro-Relator. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE.” (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-2008, Plenário, DJE de 17-4-2009.)

Não se nega a capital importância dos partidos políticos para a conformação da democracia representativa, contudo a decisão, ao menos no

¹⁹¹ 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:

...

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

campo das hipóteses, demonstra confronto com a ideia de voto direto para a escolha e manutenção do representante detentor do mandato eletivo¹⁹², debate pontual que, no limiar da suplicada reforma política, certamente permeará o palco da Corte Mor caso aprovada a PEC 023/11¹⁹³ que pretende institucionalizar o alcunhado “voto em lista”, mitigando a direção do eleitor apenas para a legenda partidária, que indicaria, segundo deliberação interna, quais os candidatos, em listagem ordinária, seriam dados por eleitos.

A interpretação dos direitos políticos traz dois marcos para a investigação do problema dissertativo. O segundo toca à anualidade eleitoral, artigo 16, e seu pouso na intangibilidade ao poder constituinte derivado.

O primeiro, também remetente à exegese do artigo 60, § 4º, embate a ser minudenciado no Capítulo seguinte, representa ilustração da crítica proferida à tipologia classificatória constituinte e a necessidade de sistematização dos critérios.

O voto, materialidade, é classificado como político. Sua titularidade se exterioriza de forma personalíssima pelo eleitor titular, devidamente cadastrado e determinado nas circunscrições, é saber: direito individual.

PONTES DE MIRANDA, ainda na vigência da Constituição de 1967, com outro enfoque mas notando a classificação indicada, perfilou que

¹⁹² O alcance da fidelidade partidária, enquanto regra de organização e funcionamento dos partidos, não tem o condão de sobrepor-se à decisão popular quanto ao representante diretamente eleito para fins de decretação da medida extrema de cassação de mandato, ainda que o partido político seja peça indispensável na formatação do processo eleitoral, não cabendo às agremiações o sentido de “dono” do mandato eletivo, quão mais oriundo de pleito majoritário.

¹⁹³ A proposta, encabeçada pelo Senador Eduardo Suplicy, “acrescenta incisos ao art. 17 da Constituição Federal para prever a realização de eleições internas diretas nos partidos políticos para a escolha de candidatos aos cargos eletivos”. Texto integral disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99848> Acessado em: 30/06/2011.

O direito de sufrágio posto que não seja mero reflexo das regras jurídicas constitucionais, como já se pretendeu, não é só direito individual no sentido em que é o habeas corpus e o mandado de segurança, pela colocação que se lhes deu na Constituição. É função pública, função de instrumentação do povo: donde ser direito e dever.¹⁹⁴

O constituinte de 1988, ao par da crítica fundamentada quanto aos critérios não sistematizados, não elegeu o voto como direito individual. Por quê?

Para elegê-lo como cláusula pétrea, expressou cláusula específica no artigo 60, §4º, II, prescrição que seria despicienda a essa caracterização, por força do inciso IV, caso tal direito político fosse concebido como individual.

E, afinal, quais direitos se guarnecem na intangibilidade do inciso IV? Adiante se tratará, tendo já restado configurada a íntima conexão com os critérios de delineamento da tipologia jusfundamental positivada.

Sendo os direitos individuais e coletivos determinados pelo exercício da titularidade, a lógica sistematizada dos critérios nos guia à concepção, no corpo do Capítulo I, de classificação tendo em vista a materialidade desses direitos.

O artigo 5º magno, *caput*, c/c incisos I e II, concentra célula jusfundamental que se desdobra jorrando conteúdo deôntico para todo o sistema constitucional, abarcando diversas espécies jusfundamentais categorizadas sob a materialidade.

Pode-se vislumbrar nesse campo geográfico jusfundamental um grupo de direitos que tem a personalidade por bem tutelado, inclusive com regulamentação classificatória expressa pelo Código Civil, Parte Geral,

¹⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 560.

Livro I, Título I, Capítulo I, artigo 11 e ss., compreendendo “os direitos à integridade física e os direitos à integridade moral”.¹⁹⁵

Os primeiros têm mola propulsora no direito à vida, decorrendo uma noção de existência, de estar vivo, direito ao corpo e sua integridade, importando inclusive uma vida digna, com saúde, como a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante.

Nos segundos cabem direitos que têm a privacidade por objeto, donde se retira a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, a honra e da imagem das pessoas, como se delineia no domicílio, nos sigilos telefônicos, bancários, de correspondência etc.

A otimização da igualdade perante da lei, correlacionada com a legalidade fincada no inciso II, enraíza-se ao longo do capítulo enfatizando a proibição de uma série de distinções, especialmente a entre homens e mulheres, inciso I.

O inciso II, além do princípio da legalidade, proclama a liberdade, clássico direito de defesa quadrantes de autodeterminação, valendo as palavras de LOEWENSTEIN:

Entre todos los límites impuestos ao poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual em los que el Leviatán no pudo penetrar. El acceso a estas zonas prohibidas está cerrado a todos los detentores del poder, al gobierno, , al parlamento, y dado que los derechos fundamentales son inalienables, también al electorado.¹⁹⁶

¹⁹⁵FIÚZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 173.

¹⁹⁶*Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 390.

A liberdade enquanto bem tutelado chega a ser, poeticamente, axiomática e ininteligível, e assim a pintou CECÍLIA MEIRELES, transportada ao espírito da Inconfidência Mineira:

Liberdade - essa palavra
que o sonho humano alimenta:
que não há ninguém que explique
e ninguém que não entenda!¹⁹⁷

Ela espraia-se em vários objetos, a liberdade de ir e vir, de expressão, de reunião e associação, de consciência e religião, cada qual gerando uma série de institutos.

A propriedade, assim como qualquer direito fundamental¹⁹⁸, não tem caráter absoluto¹⁹⁹, mormente revelada sua função social, artigo 5º, inciso XXII e XVIII, que não se trata de restrição, mas cláusula genuína desse direito.

A proteção constitucional ao bem jurídico da propriedade perpassa institutos como a desapropriação, direitos autorais, marcas e patentes, todos com quilate jusfundamental.

¹⁹⁷*Romanceiro da Inconfidência*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 108.

¹⁹⁸ Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) Vide: HC 103.236, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010.

¹⁹⁹ O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República – arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184." (MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.)

Para finalizar a ilustração anote-se o devido processo legal, artigo 5º, incisos LIV e LV, “relação jurídica de caráter público”²⁰⁰ em que assentam diversas garantias aos litigantes em quaisquer ramos do Direito.

Desnudada a materialidade enquanto critério identificado nos direitos anunciados, e sua colocação sistemática na relação com o critério da titularidade, partamos para repercussão que julgamos importante derivada da investigação tipológica, o alcance jusfundamental da intangibilidade ao poder constituinte derivado.

²⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 21.

CAPÍTULO 3 A TIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL E A INTANGIBILIDADE AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

3.1 O poder constituinte derivado e as limitações à reforma da Constituição

As mudanças do Estado podem ser superficiais, reformas, ou estruturais, revoluções. Estas, do ponto de vista jurídico, leciona BONAVIDES, são

essencialmente a quebra do princípio da legalidade, a queda de um ordenamento jurídico de direito público, sua substituição pela normatividade nova que advém da tomada do poder e da implantação e exercício de um poder constituinte originário.²⁰¹

Trata-se, pois, de um poder fundante, sem limitações, incondicional, instaurador de nova ordem jurídica.

SYEYÉS, ao analisar a sociedade francesa como uma máquina ordinária, separou-a historicamente em partes. A primeira seria a nação como associação de indivíduos isolados, essas vontades fragmentadas como origem do poder. Na segunda época predominavam fatores como ação da vontade comum, discussões e acordos sobre objetivos e bem de todos, poder pertencente ao público etc, e dada a numerosidade dos cidadãos, há a confiança do exercício desse poder vontade nacional a alguns deles, um corpo de delegados, e há um governo exercido por procuração. Pela terceira temos que não há transferência da titularidade do poder, pois inalienável, e sim

²⁰¹*Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

apenas exercício dele, e parcial, limitado, de linha que a vontade geral comum expressa-se no corpo de delegados de forma comissionada, representativa. A Constituição nasce na segunda época, donde se tira a ideia historicamente inicial de poder constituinte.²⁰²

Já se versou de Schmidt que a decisão política fundamental pode ter origem seja no monarca seja no povo. Hodiernamente, embora a concepção ideal seja democrática, tendo a soberania popular como titular do poder constituinte, eis que tal fenômeno não é imune ao funcionalismo de mero aparato ideológico legitimador de alterações estruturais no Estado mas sem substancial vocação popular, ou mesmo de mera troca epidérmica de poder. É um campo especulativo melindroso, envolvendo facetas filosóficas, sociológicas e políticas quanto à natureza do poder constituinte.

MÜLLER, dando direção, dedilha que

a expressão “poder constituinte” interessa-nos aqui como texto jurídico (não como texto ideológico); e isso quer dizer, como parte integrante normal dos documentos constitucionais nos quais ela aparece.²⁰³

No caso da Constituição de 1988, discussões periféricas como o fato de ser fruto de uma assembleia constituinte convocada através da Emenda Constitucional 26 à Constituição de 1967, conforme critica FERREIRA FILHO²⁰⁴, por não haver uma efetiva quebra da ordem jurídica, e ainda por tal assembleia contar com 1/3 de senadores biônicos, não desnaturam o caráter, materialmente falando, fundante da nova ordem instaurada, remexendo a estruturação política do país, apesar dos pesares, com nítida participação e vocação popular, independente do grau de efetivação dos

²⁰² *Op. cit.*, p. 46-49.

²⁰³ *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 20.

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 31.

interesse no texto constitucional, mas, sem dúvida, em conformação de uma realidade que já não era fotografia, ou fotógrafo, da formatação constitucional anterior.

Enfim, juridicamente, esse poder originário expressou na Constituição de 1988 novo ordenamento, que possibilitou doravante alterações constitucionais, contudo, com caráter reformador, permitindo mudanças parciais no texto originário condicionadas a vários expedientes.

Esse poder constituinte reformador, sob o fundamento da soberania popular, conferido ao Congresso Nacional, exterioriza-se de maneira derivada ao constituinte originário, e, sobretudo, de modo limitado.

Ponderou-se que no conceito formal de Constituição, afora a solenidade do documento escrito, está embutida a necessidade de que sua potencial alteração seja condicionada a dificuldades e rigores justificantes de sua estabilidade político-jurídica, advindo a noção de rigidez, e ainda, frisou-se a atuação limitada do poder constituinte derivado.

Essa alteração, artigo 59, I, dá-se através de emendas constitucionais, expressão do poder constituinte derivado, cuja apresentação e aprovação guardam, afinadas à rigidez, requisitos especiais em relação às demais espécies normativas, compondo um processo legislativo *sui generis* regido pelo artigo 60.

O primeiro requisito diz quanto à iniciativa, conferindo legitimidade apenas a seletorol de autores para propor emendas à Constituição, prestigiando a separação dos poderes popularmente eleitos, inciso, I, um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, e, inciso II, o Presidente da República, e também o federalismo, inciso III, mais da metade das Assembleias Legislativas das

Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Concernente à discussão e votação da proposta, § 2º, devem ocorrer na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos.

A aprovação condiciona-se à obtenção do quórum especialíssimo de três quintos dos congressistas, nos dois turnos de ambas as Casas do Congresso.

Uma vez aprovada a PEC, nos termos do § 3º, a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como respectivo número de ordem, restando outra particularidade do processo legislativo em tela, qual seja, a proposta aprovada não está sujeita ao veto presidencial, na inteligência de que o Poder Legislativo representa a soberania popular, e portanto apenas no seu âmbito as alterações constitucionais devem ocorrer.

Pelo § 5º a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Além da propriedade do processo legislativo qualificado, eis que as emendas à Constituição submetem-se a determinadas limitações a serem verificadas desde sua proposta e que são passíveis, inclusive, de controle de constitucionalidade, seja preventivo, notadamente perante as comissões congressuais responsáveis pela análise da legalidade, seja judicial, no caso concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal²⁰⁵, mesmo que, em

²⁰⁵ O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)." (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, DJ de 14-9-2001.)

excepcionalidade, ainda não haja ocorrido a aprovação, promulgação, publicação e sequente entrada em vigor.²⁰⁶

Tais limitações eclodem expressas no texto constitucional, “formalmente postas na Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolhem a quebra de princípios básicos, cuja ou permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado”²⁰⁷, e podem ser trifurcadas em temporais, circunstanciais e materiais, e também tácitas, colhidas implicitamente no seio do sistema constitucional.

As limitações temporais ensejam o condicionamento de alterações constitucionais ao transcurso de certo interregno, assim como se fez na Constituição Imperial, artigo 174, que fixava o aguardo de um marco temporal de quatro anos para que houvesse alguma emenda constitucional.

Na presente Constituição o artigo 3º do ADCT previu uma revisão constitucional a ser realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Apesar da clareza do enunciado normativo, SILVA anota que ele não é exemplo de limitação temporal²⁰⁸, criticando, noutra margem, a revisão empreitada com apenas seis emendas, e, agora em nosso ver acertadamente, que “não cabe mais falar em revisão constitucional. A revisão terminou e não

²⁰⁶Emenda constitucional: limitações materiais (cláusulas pétreas); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I), a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, 36): alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar." (MS 23.047-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-2-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.)

²⁰⁷BONAVIDES, *Curso de...*, *Op. cit.*, p. 198.

²⁰⁸FERNANDES, *Op. cit.*, p. 114, aludindo à doutrina, comenta que “para a corrente majoritária não há limitações temporais no poder constituinte derivado de reforma visa emendas”, acenando, entretanto, como exemplo de limitação temporal o artigo 3º do ADCT.

há como revivê-la legitimamente. Agora só existe o processo de emendas do art. 60”.²⁰⁹

Independente da natureza do enunciado, de fato a revisão, e nem alguma limitação temporal, não se aplicam mais à ordem constitucional, sendo meras ilustrações histórico-didáticas.

O constituinte previu circunstâncias fático-jurídicas limitando o poder constituinte derivado, sob o comando do § 1º, arrolando que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal(art. 34), de estado de defesa (art. 136) ou de estado de sítio (art. 137).

O sentido da proibição é evitar que alguma mudança da Constituição se dê em momentos de instabilidade jurídico-política no país, eventualmente mitigando a regularidade da manifestação da soberania popular pelos congressistas, rejeitando alteração motivada por algum ou outro casuísmo ilegítimo, por “força de circunstâncias excepcionais – estas de anomalia extremada”.²¹⁰

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até mesmo pela raridade dos expedientes constitucionais tidos como exceção, ainda não enfrentou ocasião discutindo se a extensão do enunciado “a constituição não poderá ser emendada” se restringe ao ato legislativo de aprovação, ou também a outros atos, como por exemplo a apresentação da PEC, posto que a colheita de assinaturas para formar o 1/3 constitucional poderia, hipoteticamente, sofrer influências de ditas circunstâncias anômalas e concorrer de forma ilegítima para alguma aprovação posterior já em momento de cessação da formalidade da medida excepcional, mesmo porque, sabidamente, são lentos os processos de aprovação de emenda constitucional. Uma resposta

²⁰⁹ *Op. cit.*, p. 66.

²¹⁰ MELLO, *Op. cit.*, p. 116.

dependerá bastante do caso concreto, mas soluções nos dois sentidos não podem, de antemão, ser descartadas.

Novamente manejando a ideia de materialidade, o artigo 60, §4º, positiva determinadas normas constitucionais cujo conteúdo é blindado pela intangibilidade ao poder constituinte derivado. Vale a transcrição:

§ 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.

Essas normas constitucionais, tratadas doutrinariamente como cláusulas pétreas, têm identidade na teoria material da Constituição, são expressões da substância fundamental que o constituinte quis proteger posto que umbilicalmente jungidas à própria estabilidade da ordem constitucional.

A intangibilidade à atuação do constituinte derivado, contudo, não é absoluta. Esses limites circunscritos nas cláusulas pétreas devem ser interpretados, BRANCO, arrimado em FLÁVIO NOVELLI, na linha de que cuja transgressão não se dá

tão só por se dar às matérias postas sob a proteção de cláusula pétrea uma nova disciplina, mas o seriam quando a modificação tocasse – suprimindo ou aniquilando um princípio estrutural da Constituição.²¹¹

Decorre, logo, que o tratamento legiferante constituinte derivado das cláusulas pétreas pode, primeiramente, ser operado visando à otimização

²¹¹*Op. cit.*, p. 253-254.

da sua eficácia, aditando-se novas normas, encorpando o texto constitucional na contramarcha da abolição.

Principalmente é de sublinhar que as normas constitucionais agasalhadas pela intangibilidade têm elevado grau de abstração e generalidade, e pelo próprio jaez constitucionalmente material, esboçam fundamentalidade, são princípios, e assim seu conteúdo deôntico encontra-se assentado em toda a arquitetura constitucional, guiando-se a duas conclusões.

A abolição proibida não se vincula apenas necessariamente à norma constitucional explícita que positiva o princípio fundamental pétreo, como, *e.g.*, a revogação do predicado “federativa” na epígrafe da República do Brasil, artigo 1º, mas igualmente a todos os princípios gerais e especiais e regras enlaçados e concretizados ao princípio federativo.

A segunda conclusão é que a admoestada abolição permite também uma disciplina normativa, até certo ponto, condicionando, regulando, restringindo a ampla eficácia da norma pétrea, pois a intangibilidade, interpretando-se a ideia de “tendentes a abolir”, deve blindar cerradamente o núcleo essencial dessas qualificadas cláusulas.

Sobre o núcleo essencial a Constituição Alemã de 1949, em seu artigo 19, II, prescreve que um direito fundamental não pode ser ofendido em sua essência, impedindo, conforme sinaliza HESSE, a “abolição, debilidade e esvaziamento do conteúdo”.²¹²

A Constituição Portuguesa, artigo 18, item 3, aponta que “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias [...] diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

A doutrina brasileira, embora sem expressa previsão textual, reconhece no sistema constitucional brasileiro o princípio da proteção ao

²¹²*Significado...*, *Op. cit.*, p. 67.

núcleo essencial, comentando GILMAR MENDES que ele “deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”.²¹³

Por sua vez VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA bate que a “declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama de “conteúdo essencial”.²¹⁴

A ideia de núcleo essencial, crê-se, embora originariamente volvida ao legislador originário, consoante supra ventilado, tem inquestionável valia enquanto parâmetro hermenêutico na resolução de colisões de direitos fundamentais, sendo que potencial relativizaçãodesses direitos deve perseguir a preservação do núcleo umbilical de dignidade que determinada espécie jusfundamental visa tutelar.

E também, a aferição do núcleo verdadeiramente intangível de uma cláusula pétrea decorre de sua essencialidade, nos parâmetros acima alinhavados, destinando-se igualmente ao poder constituinte derivado. Eis o Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. [...] A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na

²¹³*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 39.

²¹⁴*Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24.

Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege [...] (ADI 2024, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007, DJe-042 DIVULG 21-06-2007 PUBLIC 22-06-2007 DJ 22-06-2007 PP-00016 EMENT VOL-02281-01 PP-00128 RDDT n. 143, 2007, p. 230-231)

Contornada a materialidade explícita das cláusulas intangíveis, a compreensão do sistema constitucional nos dá referência igualmente de limitação tácitas, “basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo originário”.²¹⁵

Nesse sentido, estariam implicitamente postadas como limitações o óbice à amplitude de reformas que desnaturassem a Constituição original, e alteração das regras caracterizadoras do processo legislativo das emendas, titularidade e procedimentos.

Calcou-se que as cláusulas pétreas são pontualidades intangíveis da constituição material, mas não abarcam toda a sua expressão.

SCHIMIDT, balizando essa clássica teoria material, alinha que “la Constitución pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y substituídas por otras cualesquiera mediante el Parlamento”.²¹⁶

Deveras, algumas decisões fundamentais, mesmo não asseveradas no rol qualificado como pétreo, aportam-se com tal estatura deôntica e axiológica para a edificação constitucional que, hipoteticamente, seria um desarrazoado dantesco sua violação legiferante pelo constituinte derivado.

²¹⁵BONAVIDES, *Curso de..., Op. cit.*, p. 202.

²¹⁶*Op. cit.*, p. 30.

Cláusulas constitucionalmente materiais como o pluralismo político, a forma republicana de governo, seria admissível a violação de seu núcleo essencial através de uma emenda à Constituição? Tem-se que não.

A relação entre constituição material e a reforma constitucional, está ainda aberta ao debate franco, registrando-se a posição acima defendida, pelos motivos expostos, urgindo continuar na investigação do problema dissertativo.

3.2 Direitos fundamentais e cláusulas pétreas: o alcance da intangibilidade

O alcance da intangibilidade dos direitos fundamentais ao poder constituinte derivado, essencialmente, é um problema afeto à tipologia classificatória, clamando uma compreensão do que se entende por direitos e garantias individuais, conforme cláusula pétrea fincada no artigo 60, §4º, da Constituição de 1988.

Antes desse alvo, cumpre enfatizar que sejam os direitos fundamentais acrescidos ao texto magno via emenda à Constituição, sejam aqueles reconhecidos através dos canais materiais de positivação, podem conformar-se como cláusulas pétreas. Destoa BRANCO alimentando que, “enfim, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo”.²¹⁷

Na seção seguinte será asseverado, mas desde já se diga que o tratamento interpretativo geral dos direitos fundamentais deve ser tocado

²¹⁷*Op. cit.*, p. 259.

visando uniformidade, e nesse particular nos aquiesce FERNANDES, que inadmite a diferenciação, subsidiando

que o que deve importar é a afirmação do direito e o seu viés protetivo e emancipatório, pois o mais importante seria saber o que significa e qual é o seu impacto nas relações sociais e não a sua forma derivada ou originária que o tornaria um direito mais fragmentário e ténue que um outro direito fundamental.²¹⁸

Defendeu-se, na sistematização de critérios de classificação proposta, que individuais e coletivos categorizam-se pela titularidade, em razão da forma com que se exteriorizam, ou seja, referente ao modo de exercício pelos seus titulares.

Os direitos individuais têm seus titulares determinados, numa exteriorização com exercício isolado pelo titular, responsável único pela fruição desses direitos, e tal distinção se afere com uma noção de preponderância em relação às outras formas, coletiva e difusa, ou, ainda, de acordo com o caso concreto.

Essa individualidade, não obstante, acenou-se algures, comumente é aproximada a uma noção de materialidade, reminiscências do paradigma liberal em que se almejava distinguir o homem da coletividade personificada no Estado.

Sob esse teor SILVA relata como individuais os

direitos fundamentais do homem indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e

²¹⁸*Op. cit.*, p. 125.

competência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.²¹⁹

O que há nesse conceito? Direitos fundamentais de primeira geração/dimensão, objeto, de defesa, função.

No mesmo sentido FERREIRA FILHO, ao classificar os direitos fundamentais em três categorias, liberdade, segurança e propriedade, todas sediadas através do canal textual-formal no Capítulo I, Título II, fá-lo “conforme seu objeto imediato”²²⁰, ou seja, materialidade.

Falar em homem-indivíduo é algo expletivo que bem cabia no século retrasado. Hoje, aninhado no Estado Democrático de Direito, o titular de direitos fundamentais, direitos todos quais sejam, de todas as gerações/dimensões, de todos os conteúdos e funções, é o homem, o ser humano, exteriorizando essa titularidade individual, coletiva e difusamente.

À identificação dos direitos fundamentais dotados de intangibilidade apresenta-se uma primeira interpelação: são aqueles direitos consignados expressamente como individuais e confinados geograficamente no Capítulo I do Título II? Temos que não.

A maioria dos direitos fundamentais positivados na Constituição, independentemente do canal, podem exteriorizar-se individualmente, determinando-se seu titular-destinatário, contornando-lhe o círculo de atribuições.

O embate, pois, é povoado por leituras restritivas e ampliativas quanto ao alcance da intangibilidade.

Em via de restrição, DIMOULIS e MARTINS pugnam que

²¹⁹ *Curso de...*, *Op. cit.*, p. 182.

²²⁰. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 295.

a referência a direitos individuais exclui necessariamente os direitos sociais, os direitos políticos e os direitos difusos da proteção do art. 60 [...] é protegida pela cláusula do art. 60, § 4º, IV, da CF, tão somente uma parcela dos direitos fundamentais que, *grosso modo*, correspondem aos direitos de resistência que poder ser exercidos individualmente.²²¹

A posição dos autores revela inconsistência. Ao mesmo tempo reportam ao modo de exercício individual de direitos fundamentais, o que, sustou-se, aplica-se à grande massa jusfundamental, e, contraditoriamente, excluem da hipótese pétrea os direitos sociais, políticos e difusos.

A dificuldade de acolher-se uma tese restritiva, partindo da distribuição capitulada dos enunciados normativos, é ratificada pela necessidade de adotar-se o modo de exercício do direito, exteriorização de sua titularidade, até mesmo para fundamentar uma ideia reduzida da intangibilidade ao Capítulo II, pois nesse mesmo recorte dogmático hão de diferenciar-se os direitos individuais dos coletivos, antes mesmo de adentrar a peleja quanto à intangibilidade outros direitos expressamente qualificados pela Constituição.

Uma luva é o comentário de SARLET, interpretando os incisos LXIX e LXX do artigo 5º, aludindo à exegese restritiva:

Paradoxalmente, em se levando ao extremo esse raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as “cláusulas pétreas”, ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido!²²²

²²¹ Definição e Características dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 120-121.

²²² *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 422.

É evitar-se, sim, enquanto básico parâmetro hermenêutico, “a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo”.²²³

Portanto, sendo a classificação de individualidade, na sistematização proposta, extensível à maioria dos direitos fundamentais, justificado fartamente, é patente a possibilidade de predicação pétrea além das fronteiras normativas cercadas no Capítulo II.

O Supremo Tribunal Federal versou nessa linha. Em 1993, ao julgar ADI 939/DF, Relator Ministro Sidney Sanches, demanda de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, deparou-se diante da discussão ao ser-lhe provocado que a Emenda Constitucional nº 3, autorizando a instituição do IPMF, pretendeu assentar exceção à regra do princípio tributário da anterioridade, fincado no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição.

A Corte firmou que a anterioridade tributária, reconhecida inclusive através do canal material em decorrência de princípios e regime, tem natureza jurídica de garantia individual, e logo cláusula pétrea:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, par. 2º, 60, par. 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 derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 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

²²³FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 29.

seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a 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[...].

As garantias tributárias correspondem a limitações ao poder de tributar, e seu caráter “individual” está muito mais ligado à materialidade dos direitos de defesa, aproximação anotada anteriormente.

Embora o pioneirismo e importância histórica na jurisdição constitucional brasileira que o julgado representara, eis que suas conclusões judicantes não esboçaram sequer uma teoria que pudesse ser paradigma geral para aferir a intangibilidade dos direitos fundamentais ao poder constituinte derivado, e esse é um dos objetivos parciais desta dissertação. Bateu que tal garantia é individual, é cláusula pétrea, e pronto.

O tema de fundo voltou a ser discutido no STF em 2006, por ocasião do julgamento da ADI 3685/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, debatendo-se acerca da Emenda Constitucional 52/06 e as regras sobre coligações partidárias em cotejo com o princípio da anterioridade eleitoral, artigo 16 da Constituição:

A inovação trazida pela EC 52/2006 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de

qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 12-2-1993). Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18-3-1994), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/1993 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência." (ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006, Plenário, DJ de 10-8-2006.)

Com alusão expressa ao julgado anterior denotado histórico e pioneiro, ora lidando com direitos políticos a Corte pautou que o princípio da anterioridade, 16 magno, é garantia individual do cidadão-eleitor.

Igualmente louvável o julgado pelo acerto na decisão, entretanto, assim como o anterior, sem perfazer substrato nalguma teoria mais elaborada dos direitos fundamentais.

Ainda que o eleitor possa ser determinado individualmente para votar, a observância da anterioridade compõe a subjetividade de qualquer brasileiro, seja ou não eleitor, como os infantes e os senis, nos moldes da obrigatoriedade talhada do voto, e mesmo entre os eleitores, a titularidade

dessa garantia trespassava a individualidade, afinal, qual parcela dessa anterioridade cabe a cada eleitor determinado?

O mesmo raciocínio cabe quanto ao julgado anterior. Qual parcela da anterioridade tributária cabe ao contribuinte, abstratamente falando? Alguma individualidade, em especial nesse caso, só poderia transparecer numa concretude fática.

Uma face individual da anterioridade eleitoral pode ser analisada no julgamento do RE 633703/MG, ocorrido em 24/03 deste ano, caso da Lei do Ficha Limpa, no qual, em matéria de fundo, a corrente majoritária, vencedora por 6 votos a 5, no desempate do então recém empossado Ministro Luiz Fux, ao fundamentar que as introduções normativas da LC 135/10 não eram aplicáveis ao pleito eleitoral do ano passado, qualificou como pétrea a norma extraída do enunciado normativo do artigo 16.

A individualidade aflora porque no caso o direito assegurado gravitou na órbita da pessoa determinada do deputado recorrente, que teve sua inelegibilidade declarada pelas instâncias inferiores em virtude aplicação da lei complementar inquinada para o ano em questão.

Outra tese seria a de que os direitos fundamentais acobertados com a manta pétrea seriam aqueles cujo exercício pode ser aferido individualmente, na exteriorização de sua titularidade, nos moldes já ensaiados.

Essa tese não é inteiramente defensável para a “realidade” constituinte da jurisdição constitucional brasileira, pois, de uma maneira ou de outra, a maioria dos direitos podem ter sua titularidade individualizada, e acreditamos que o constituinte, até mesmo pela crítica procedida à sua tipologia classificatória, não pretendeu que assim o fosse, o que dependeria da

compreensão sistematizada dos critérios, compreensão que igualmente não vemos ilustrada, ou mesmo alguma teoria sedimentada, nos julgados do STF.

O direito político ao voto, já se ilustrou, é prova de que o constituinte não concebeu a individualidade como faceta do critério da titularidade, pois, teve de conferir ao voto, direito notadamente individual, fundamentou-se, inciso específico na arquitetura do artigo 60, §4º, inciso II, não se lhe dando, na sua opção, a caracterização do inciso IV.

Na próxima seção tentar-se-á arrematar um modelo minimamente adequado para balizar o alcance da intangibilidade jusfundamental ao poder constituinte derivado.

3.3 Por uma interpretação ampliativa

Intenta-se ora lançar mão de parâmetros argumentativos sustentando uma interpretação ampliativa para a intangibilidade dos direitos fundamentais ao poder constituinte derivado no sistema constitucional brasileiro, problemática frutificada essencialmente em decorrência do debate tipológico jusfundamental.

Depreende-se que todos os direitos fundamentais concebidos no nosso sistema constitucional, através dos três canais de positivação explicitados, constituem cláusula pétrea.

Os parâmetros a se traçar, defende-se, buscam desnudar a posição içada de algum unilateralismo desafeto à adequada interpretação sistemática²²⁴, reducionismo exegetico que deveras baseia muito mais a

²²⁴FREITAS, *Op cit*, p. 151.

literalidade da ideia combalida quanto ao ninho pétreo isolado no Capítulo I do Título II.

A amplitude da proteção qualificada pela intangibilidade, pois, rechaçando a crítica desavisada, não é uma opção política sem convencimento jurídico.²²⁵ Ela decorre, justamente, da sistematização dos critérios classificatórios da tipologia jusfundamental e da conexão dos princípios constitucionais, e a conjugação de sua força normativa, aliada à filtragem e legitimação axiológica, informa a interpretação ampliativa, quedando a posição fundada em parte amálgama afinada ao todo da Constituição.

A exclusão de alguma tese restritiva, conforme anotado, é o primeiro passo para aferir a projeção da intangibilidade. Bateu-se, pois, que a classificação em direitos individuais é tangida pelo critério da titularidade, e não se prende ao *locus* normativo capitulado na epígrafe constituinte.

Destacadamente, o Supremo Tribunal Federal descartou essa tese, e ainda que sem apoio nalguma teoria satisfatoriamente fundamentada acerca do alcance da intangibilidade, deu pistas de sua extensão além da literalidade capitulada.

A tese intermediária da titularidade individualmente exteriorizada, ainda que não acolhida pelo constituinte, exemplificamos, com o caso do direito ao voto, colabora para uma exegese ampliativa, face à possibilidade de individualizar-se, sistematização proposta, a maioria dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Deteve-se sobre várias ferramentas teóricas que subsidiam uma interpretação expansiva do artigo 60, §4º, da Constituição.

²²⁵ DIMOULIS e MARTINS, *Op. cit.*, p. 120.

A positivação dos direitos fundamentais nas constituições consagrou essas espécies normativas como órgão vital do Estado Constitucional.

Na evolução paradigmática “o conceito de Estado democrático de direito pressupõe a pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo Estado constitucional ocidental”.²²⁶

O sistema de direitos fundamentais concorre para a caracterização do paradigma eleito pela Constituição de 1988 prestigiando a conciliação das cláusulas liberal e social sob uma veia democrática, uniformizando o acolhimento visceral dos direitos fundamentais em todas as suas modalidades, seja pela titularidade, individuais, coletivos e difusos, seja pela materialidade, pelo bem tutelado, civis, sociais, políticos, nacionalidade e partidos políticos, ou funcionalmente, de defesa e prestações.

É da simbiose nuclear desse paradigma o tratamento predisposto em perspectiva de complementariedade da variada gama jusfundamental, não se justificando alguma restrição quanto à indumentária intangível apenas para um ou outro grupo.

Ainda que, ponderou-se, algum direito fundamental positivado no canal textual o seja apenas formalmente, deveras a maioria dos direitos fundamentais concebidos nos canais de positivação tem sua substancialidade identificadora da constituição material.

Relembra, SARLET, que

a função precípua das assim denominadas “cláusulas pétreas” é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da

²²⁶ SOARES, *Op. cit.*, p. 305.

identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte.²²⁷

É saber: no Estado Democrático de Direito a constituição material abarca as sortidas capitulações de direitos fundamentais, uma amplitude nata que conduz certamente à intelecção de que, constituição material que é, defendeu-se supra, invoca-se como limite à atuação do constituinte derivado sob o manto da intangibilidade.

Uma projeção lata no sistema constitucional lastreia-se na densidade de dois princípios constitucionais intimamente ligados aos direitos fundamentais: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ambos titulados como princípios fundamentais, artigo 1º, incisos II e III, respectivamente.

Essa fundamentalidade estruturante, mais que amarrilho de todas as partes do todo constitucional, junte-se ao âmago visceral do próprio Estado, conferindo, no entrelace com os direitos fundamentais, uma proteção nitidamente ampliativa a esses direitos.

A cidadania há muito se desprende da mera emancipação política ou de nacionalidade, de porte que no Estado Democrático de Direito ela emerge vinculando o uso, gozo e fruição de todos os direitos fundamentais.

O artigo 205 da Constituição, inclusive, prevê como uns dos objetivos do direito à educação o preparo para o exercício da cidadania.

A totalidade da ordem jurídica, pois, subjetiva-se ao cidadão. Interessante o exemplo do julgado seguinte, trazendo inclusive a ideia de desobediência civil:

²²⁷ *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 426.

Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito. (HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-1996, Segunda Turma, DJ de 7-6-1996.)

Entoa outrossim amplo o entrelace da dignidade da pessoa humana para com os direitos fundamentais, consoante já demonstrado algures.

NUNES, nesse sentido, clareia:

Portanto, percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social. Com efeito, como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que se poderia afirmar sua dignidade? Ou se permite violar sua intimidade, sua liberdade etc?²²⁸

E o Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, compõe a cidadania e a dignidade da pessoa humana em diferentes matizes, laborando direitos fundamentais em órbitas variadas:

A Lei de Execução Penal – LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais."

²²⁸NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

(HC 99.652, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009.)

A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.” (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

Tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, SARLET qualifica os direitos fundamentais como sua “exigência e concretizações”.²²⁹

A interpretação dilatada, face à expressa estruturação constitucional, desses dois princípios corrobora um tratamento de tendência paritária entre as modalidades de direitos fundamentais, também quanto à intangibilidade.

Os direitos fundamentais, espelhando cidadania e dignidade da pessoa humana, materializam-se por todo o leito constitucional, e sua mitigação via alteração constituinte descompassa desses cânones normativos estruturantes, donde colhemos sistematicamente um reforço dessa intangibilidade jusfundamental.

Comunicou-se outrora que Estadobrasileiro é social por excelência, em razão do extenso catálogo de direitos sociais do Título II, Capítulo II, a positivação minudenciada de uma Ordem Social, Título VIII, os princípios fundamentais que firmam um compromisso de justiça e inclusão social, artigo 1º, inciso IV, e artigo 3º, incisos I e III.

Essa ampla cláusula social, fincada na Constituição seja como tronco ou ramificada, acomoda-se estruturalmente como patrimônio jurídico

²²⁹*Dignidade...*, *Op. cit.*, p. 89.

do cidadão brasileiro, um arcabouço de prestações reveladoras para assegurar-se o mínimo existencial.

Essa faceta de materialidade constitucional, por si só intangível, ganha contorno específico no princípio implícito da proibição do retrocesso social. Nas palavras de CANOTILHO,

com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo.²³⁰

O amadurecimento do princípio é sobretudo importante para os momentos de crises e recessões económicas, tal qual viveu o Brasil na vigência do que se convencionou chamar de “política neoliberal”, em que os direitos sociais sofreram constantes ataques, especialmente quanto a flexibilizações e desregulamentações trabalhistas, e redução do *déficit* previdenciário.

A sobrevivência do Estado Social, logo, respira na intangibilidade dos direitos sociais e económicos, ceifando possibilidades de comprometer esse cerne material da Constituição quando de momentos de instabilidades económicas.

Outros parâmetros argumentativos podem ser lançados discutindo-se a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

Revolvendo conceitos, note-se que a vigência reporta à validade formal da norma, que adentrou regularmente no sistema jurídico, postando-se em virgor. A eficácia diz da possibilidade de operação dos efeitos, guardando

²³⁰*Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Op., cit., p. 338-339.*

noções de exequibilidade, aplicabilidade. A eficácia social, ou efetividade, anota a realização concreta dessas normas.

O artigo 5º, § 1º, batizando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, fá-lo, então, no campo da eficácia.

SILVA, em clássica monografia, inspirado em Vezio Crisafulli²³¹, dispondo sobre a eficácia das normas constitucionais, incluindo, logo, os direitos fundamentais, classifica-as numa tríade.

As normas de eficácia plena têm a operação dos seus efeitos independente da atualização do legislador, sendo diretamente aplicáveis. As normas de eficácia contida, embora também tenham a produção imediata de efeitos, reservam-se potencialmente, contudo, a determinados limites e circunstâncias. As normas de eficácia limitada têm sua aplicabilidade mediada pela necessidade de atuação do legislador, ou seja, não operam efeitos diretamente. Esta terceira, a seu turno, dividem-se em normas institutivas ou organizativas, e normas programáticas.²³²

Essa classificação tem ampla aceitação doutrinária e sobretudo jurisprudencial, conforme adota o Supremo Tribunal Federal em exemplo:

Sindicato: contribuição confederativa instituída pela assembleia geral: eficácia plena e aplicabilidade imediata da regra constitucional que a previu (CF, art. 8º, IV). Coerente com a sua jurisprudência no sentido do caráter não tributário da contribuição confederativa, o STF tem afirmado a eficácia plena e imediata da norma constitucional que a previu (CF, art. 8º, IV): se se limita o recurso extraordinário – porque parte da natureza tributária da mesma contribuição – a afirmar a necessidade de lei que a regulamente, impossível o seu provimento." (RE 161.547, Rel. Min. Sepúlveda

²³¹ TAVARES, *Op. cit.*, p. 85. Lembra Tavares o pioneirismo de Crisafulli no tratamento das normas constitucionais, dividindo-as em auto-aplicáveis ou de eficácia plena, e noutra margem em dependentes de complementação, ou de eficácia limitada.

²³² *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 82-86.

Pertence, julgamento em 24-3-1998, Primeira Turma, DJ de 8-5-1998.)

Não obstante, outros professores, MARIA HELENA DINIZ²³³, e CELSO RIBEIRO BASTOS em parceria com CARLOS AYRES BRITO²³⁴, propuseram tomadas diferentes, mas, em regra, sem substancial ou inovadora perspectiva.

VIRGÍLIO SILVA, comentando a obra do pai, tece críticas pontuais quanto à classificação, sem, contudo, desnaturar sua fundamentação.²³⁵

A dicção do enunciado do artigo 5º, § 1º, concatenada à classificação de majoritária adoção doutrinário-jurisprudencial, levaria à assertiva de que os direitos fundamentais, em sendo de aplicabilidade imediata, ou seriam de eficácia plena, ou de eficácia contida.

Entretanto, amiúde se depara com direitos qualificadamente fundamentais que se apresentam como de eficácia limitada, como o direito à greve dos servidores públicos, objeto de injunção judicial face à mora legislativa, conforme algures comentado, e outros direitos sociais, como o salário mínimo, o direito à saúde, sendo que, neste caso, não obstante seu caráter programático, cada vez mais protagoniza um controle judicial de políticas públicas no intuito de conferir efetividade a essa espécie jusfundamental, valendo o STF:

²³³ *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 407. A professora, quanto à aplicação, classifica as normas jurídicas em de eficácia absoluta, de eficácia plena, de eficácia relativa restringível e de eficácia relativa complementável.

²³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 48. A dupla encarou a aplicabilidade das normas constitucionais em normas de aplicação, dividindo-se em normas irregulamentáveis e regulamentáveis, e em normas de integração, bifurcando-as em normas complementáveis e restringíveis.

²³⁵ *Op. cit.*, p. 219-224.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...] (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.) No mesmo sentido: STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.

Um trabalho à mercê da aplicabilidade das normas constitucionais extrapolaria os limites desta dissertação, tendo em vista a variedade de abordagens e fundamentos que uma atenção especial reclamaria.

Da eficácia deve-se pinçar, importante, que o constituinte conferiu destaque aos direitos fundamentais, colhe-se do § 1º referido, prestigiando sua essencialidade constitucional de maneira ampliativa, sem fazer distinção quanto a espécies jusfundamentais, destinando a aplicabilidade imediata, ao menos potencialmente, a todas elas.

A intangibilidade investigada, diga-se, é o primeiro plano de eficácia dos direitos fundamentais.

Estando em vigor um direito fundamental, em reconhecida vigência, antes mesmo de aferir-se a produção de seus efeitos a incidir nas relações sociais, sua eficácia, e a concretude desses comandos, efetividade, há que a impossibilidade de abolição desse direito representa o primeiro plano de sua eficácia, realçada por sua estabilidade constitucional.

Mais que garantir a aplicabilidade das normas jusfundamentais, torna-se otimização dessa eficácia a asseguarção de um nível precedente

visando guarnecer a todos os direitos fundamentais, e todos porque a eficácia foi abordada ampliativamente pelo constituinte, com o impedimento de abolição pelo poder reformador.

E se as normas constitucionais devem ser interpretadas com máxima eficácia possível, tal premissa deve informar, num balanço axio-teleológico, quão mais as intelecções manejadoras dos direitos fundamentais, pois além de normas fundamentais do Estado, são normas protetoras do homem com dignidade nas relações sociais e perante o próprio Estado.

CANOTILHO, lidando com princípios de interpretação da constituição, alinha o da máxima efetividade:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê [...] é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).²³⁶

A intangibilidade, pois, é medida de justa eficácia dos direitos fundamentais semeada na interpretação dessa categoria diferenciada de normas, sentido protetivo colhido no sistema constitucional como mais afinado à otimização dessa eficácia jusfundamental estendo as limitações ao poder constituinte para tutelar todos os direitos fundamentais.

Uma teoria que balize uma exegese ampliativa atina-se também como mais proximidade ao princípio da segurança jurídica, que é implícito no sistema constitucional, sendo decorrência lógica de todo paradigma de Estado em que haja uma estabilidade constitucional do Estado de Direito.

²³⁶*Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Op. cit. p. 1224.*

É absorto na garantia institucional geral de que as relações fático-jurídicas travadas na sociedade devem dar-se em com base em ordenamento pré-concebido, emergindo confiança no aperfeiçoamento dos atos e na otimização dos seus efeitos.

MELLO lapida:

Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de regência da vida social.²³⁷

O que é de um Estado Constitucional se não se sabe, minimamente, o que pode ou não pode ser abolido em sua Constituição? A confiança na intangibilidade dos direitos fundamentais é medida de segurança jurídica, calcando estavelmente os limites à reforma constituinte derivada, de maneira predisposta, esclarecendo de antemão as regras do jogo.

Alguma segurança e estabilidade, logo, só se aferem com um tratamento uniforme a todos os direitos fundamentais, interpretação que clareia a inteligência do alcance da intangibilidade que, atualmente, pousa na obscuridade doutrinário-jurisprudencial, sem parâmetros firmes para sua definição.

E é de crer-se, após as articulações argumentativas trazidas para contribuição ao debate, que a exegese ampliativa não representa um engessamento que comprometa a vitalidade pujante própria da interpretação constitucional ao decorrer dos anos, isso porque, caracterizamos, a intangibilidade pétrea protege o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e

²³⁷*Op. cit.*, p. 105-106.

não qualquer disciplina legiferante reformadora quanto aos enunciados normativos definidores de direitos fundamentais, e esse âmago celular, ademais, também é susceptível a mutações semeadas nas múltiplas informações quotidianas que adentram o sistema constitucional axiológica ou deonticamente.

Do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição, face à deficiência tipológica da classificação jusfundamental, e notadamente pela confluência sistemática dos parâmetros erigidos, deve-se ter por adequada a extensão uniforme da intangibilidade a todos os direitos fundamentais, independente do canal de positivação.

CONCLUSÃO

Findo o trabalho, ainda que as conclusões parciais tenham sido manifestadas durante os capítulos, cabe sintetizar.

O constitucionalismo brasileiro, em se analisando os marcos teóricos ventilados no Capítulo 1, teve influência sobretudo do modelo ocidental, americano e francês, ensejando o assento da Constituição em teoria formal, e *habitat* próprio dos direitos fundamentais, positivados.

Não obstante, a teoria material da Constituição emerge para caracterizar a substancialidade e fundamentalidade dessa norma-mãe, decorrendo a análise formal e material também dos direitos fundamentais, pelo que se vislumbram no texto constitucional brasileiro três canais de reconhecimento de direitos fundamentais, o primeiro textual-formal, e os demais materiais, em decorrência de princípios e regime, e de tratados internacionais.

A tipologia jusfundamental positivada no Título II tem natureza eminentemente classificatória, face à distribuição textual dos enunciados normativos e respectiva arquitetura seccionada, afora as identidades possíveis com outras tipologias de classificação apontadas como substrato teórico.

Essa classificação positivada, contudo, é inadequada quanto à ideia científica, pois as espécies demarcadamente capituladas não correspondem a tipos jusfundamentais distintos, sendo que deveras foram aleatoriamente distribuídas.

Destarte, propôs-se a sistematização dos critérios dessa tipologia, em que os direitos individuais, coletivos, e também os difusos, são enquadrados pela titularidade, sua forma de exteriorização e exercício, e os direitos sociais, de nacionalidade, políticos, e partidos políticos classificam-se

pela materialidade, tendo em vista seu objeto, conteúdo, natureza do bem tutelado e função.

Repercute, pois, que a exegese do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição é a principal intelecção constitucional que tem fonte problematizada na tipologia.

Assim, após analisadas as limitações ao poder constituinte derivado, e as teses possíveis quanto à intangibilidade jusfundamental às reformas do poder constituinte derivado, lançaram-se parâmetros argumentativos ponderando que todos os direitos fundamentais têm seu núcleo essencial aportado como intangível, asseverando a necessidade de uma teoria minimamente elaborada para guiar o intérprete quanto à temática que é umbilicalmente jungida à própria estabilidade da ordem jurídico-política do Estado.

Embora, em se mirando a história secular dos povos, essa recente “lira dos vinte anos” do texto constitucional brasileiro, cremos que a deficiência constituinte na lavra positivada dos contornos tipológicos jusfundamentais já passa da hora de adentrar numa fase de maturidade clamante de soluções adequadas para as problemáticas içadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALIMONDA, Héctor. *A Revolução Mexicana*. São Paulo: Moderna, 1986.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BARROSO, Pêrsio Henrique. *Constituinte e Constituição*. Curitiba. Juruá, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BILAC, Olavo Brás Martins dos Guimarães. *Profissão de fé*. Disponível em: http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/cont_eudo/OlavoBilac/profissaodefe.htm Acesso em: 03/06/2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BORGES, AlexandreWalmott. *Preâmbulo da Constituição & a Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.

CAMÕES, Luís Vaz de. *Os Lusíadas*. Disponível em: <
<http://www.oslusiadas.com/content/view/18/41/>>. Acesso em:
24/07/2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkan, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente? Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, G. M.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e Características dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1994.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1984.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Decisão, Técnica, Dominação. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIÚZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. Significado dos Direitos Fundamentais. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KRIEGLER, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1973.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Porto Alegre: L&PM, 1998.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I. Madri: Dykinson, 2003.

MATOS, Gregório de. *Poesias Selecionadas*. São Paulo: FTD, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

Disponível

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>

Acesso em 15/05/2011.

MENEZES, Anderson de. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8^a ed. Madri: Tecnos, 2003.
- _____. *Los Derechos Fundamentales*. 8^a ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *Temas de Direitos Humanos*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTANA, Fabrício de Oliveira. O Princípio da Impessoalidade. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Vol. 31. N^o 1/2. Uberlândia, 2002.

_____. *Sistema Constitucional e Interesse Público*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE. Junho de 2010.

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. *Manual de Teoria da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHIMIDT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. s.d.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu' est-ce que le Tiers État?* 4ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. *História do Direito no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.