



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
PAULO HENRIQUE LORENZETTI DA SILVA

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO
NEOCONSTITUCIONALISMO

Tubarão

2012

PAULO HENRIQUE LORENZETTI DA SILVA

**ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO
NEOCONSTITUCIONALISMO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Wânio Wiggers, Msc.

Tubarão

2012

PAULO HENRIQUE LORENZETTI DA SILVA

**ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO
NEOCONSTITUCIONALISMO**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 20 junho de 2012.

Professor e Orientador Wânio Wiggers, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Alírio Schmitt, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fábio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pelo afago e suporte na hora necessária.

Agradeço aos meus pais, Domingos e Teresinha, por toda dedicação e abdição em meu benefício, e pelo exemplo de luta e honestidade.

Aos meus irmãos, Jerusa e Fabiano, e, ainda, a Cynthia e Pedro, pelo companheirismo e momentos de irmandade.

Aos amigos de todas as horas.

Aos colegas que se tornaram fundamentais na caminhada universitária, os meus sinceros votos de sucesso.

Aos verdadeiros mestres que encontrei ao longo desses cinco anos, agradeço e renovo o meu respeito.

Ao meu orientador Professor Mestre Wânio Wiggers, pelo auxílio na elaboração do presente trabalho.

Ao Professor Vilson Leonel, pela ajuda metodológica.

A Taís, por tudo.

“O Juiz é o Estado administrando a Justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica.” (Francisco Campos, Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939)

RESUMO

A efetividade dos direitos fundamentais é um direito que cabe a todo cidadão. Não se admite mais que a Constituição seja apenas uma realidade teórica. O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar a efetividade dos direitos fundamentais frente às características do neoconstitucionalismo. Para alcançar tal objetivo utiliza-se o método de abordagem dedutivo. Quanto ao nível de pesquisa, adota-se o exploratório. Já no que refere ao procedimento, adota-se o bibliográfico, com pesquisas em várias doutrinas pátrias e estrangeiras, além de jurisprudências dos Tribunais Superiores. Tratou-se, em especial, dos fatores que auxiliam e prejudicam a concretização dos direitos fundamentais. Foi possível, a partir deste trabalho, verificar que o neoconstitucionalismo surge como uma nova tendência do direito constitucional. Seu estudo é importante devido a suas implicações na efetividade dos direitos fundamentais, pois muitas vezes permanecem no plano abstrato. Portanto, afirma-se que o neoconstitucionalismo auxilia a efetividade dos direitos fundamentais. Por fim, conclui-se que há um novo paradigma na esfera constitucional que necessita de profundos estudos para que possa favorecer a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Constitucionalismo. Direito Constitucional. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The effectiveness of fundamental rights is a right for every citizen. Does not admit more than the Constitution is just a theoretical reality. This monographic work is to analyse the effectiveness of fundamental rights against the features of neoconstitucionalism. To achieve such goal has been used deductive approach. As to the level of research, adopts the exploratory. Already with regard to procedure, adopts the multiple searches, bibliographic doctrines homelands and foreign, as well as court decisions of the superior courts. It was, in particular, of the factors that help achieve and damage of fundamental rights. Was possible from this work, verify that neoconstitucionalism appears to be a new trend of constitutional law. Their study is important, because of its implications for the effectiveness of fundamental rights, because often remain in the abstract plan. Therefore, stated that the neoconstitucionalism assists the effectiveness of fundamental rights. Finally, it is concluded that there is a new paradigm in the constitutional sphere that needs deep studies in order to promote the implementation of fundamental rights.

Keywords: Neoconstitucionalism. Constitutionalism. Constitutional Law. Fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI – Ato Institucional

art. – artigo

CRFB/88 – Constituição de República Federativa do Brasil de 1988

Des. – Desembargador

EC – Emenda Constitucional

Min. – Ministro

p. – página

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.2 JUSTIFICATIVA	12
1.3 OBJETIVOS	13
1.3.1 Objetivo Geral	13
1.3.2 Objetivos Específicos	13
1.4 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO	14
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	14
2 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO E DEMAIS CARACTERIZAÇÕES	16
2.1 CONCEITO	17
2.2 CARACTERÍSTICAS	18
2.3 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	19
2.3.1 Constitucionalismo primitivo	19
2.3.2 Constitucionalismo na antiguidade	20
2.3.3 Constitucionalismo na Idade Média	21
2.3.4 Constitucionalismo na Idade Moderna	21
2.3.5 Constitucionalismo contemporâneo	22
2.4 CONSTITUCIONALISMO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	23
2.4.1 Constituição de 1824	23
2.4.2 Constituição de 1891	24
2.4.3 Constituição de 1934	24
2.4.4 Constituição de 1937	25
2.4.5 Constituição de 1946	25
2.4.6 Constituição de 1967	26
2.4.7 Constituição de 1969	26
2.4.8 Constituição de 1988	27
2.5 NEOCONSTITUCIONALISMO	27
2.5.1 Conceito	27
2.5.2 Características do neoconstitucionalismo	27
2.5.3 Formas do neoconstitucionalismo	30
2.5.4 Crítica ao neoconstitucionalismo	30

2.5.5 Constitucionalismo moderno <i>versus</i> neoconstitucionalismo	31
2.5.6 Marcos fundamentais do neoconstitucionalismo	31
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO, DISTINÇÃO E FUNÇÃO	33
3.1 CONCEITO	33
3.2 NATUREZA JURÍDICA	35
3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
3.4 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	37
3.5 NOVA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
3.6 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
3.6.1 Direitos fundamentais da primeira geração	39
3.6.2 Direitos fundamentais da segunda geração	39
3.6.3 Direitos fundamentais da terceira geração	40
3.6.4 Direitos fundamentais da quarta geração	41
3.6.5 Direitos fundamentais da quinta geração	41
3.7 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
3.8 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
3.8.1 A teoria dos quatro <i>status</i> de Jellinek	43
3.8.2 Direitos de defesa, à prestação e de participação	44
3.8.2.1 Direitos de defesa	45
3.8.2.2 Direitos à prestação	46
3.8.2.3 Direitos à participação	47
3.8.2.4 Direito de não discriminação.....	48
3.9 APLICABILIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	50
4.1 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	51
4.2 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	54
4.3 VALORES E OPÇÕES POLÍTICAS NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS	56
4.4 CONSTITUIÇÃO IMPERATIVA E SUPERIOR	57
4.4.1 Constitucionalização simbólica	59
4.5 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PODER JUDICIÁRIO	60
4.5.1 O posicionamento da jurisprudência	62

4.6 NEOCONSTITUCIONALISMO E A REALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
.....	65
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico que se inicia tem por finalidade discutir os novos rumos do constitucionalismo e verificar a efetividade dos direitos fundamentais nesse novo paradigma.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil ampliou e criou, em relação às demais, vários direitos e garantias fundamentais.

Na legislação constitucional, os direitos e garantias fundamentais estão presentes no Título II, da referida Constituição, subdivididos em capítulos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade” e “Dos Direitos Políticos”.

A construção desde rol trazido pela Constituição Cidadã não foi resultado de uma experiência constitucional única, e sim resultado de inúmeras experiências jurídicas ao longo da humanidade.

Os direitos fundamentais surgiram como forma de garantir condições mínimas para a sobrevivência digna. O Estado, antes autoritário e dono do poder supremo, viu-se cerceado, uma vez que lhe foi impostos limites.

Dá-se o nome de constitucionalismo a teoria, ou ideologia, como prefere alguns doutrinadores, que defende o princípio do governo limitado, sendo-o imprescindível à garantia dos direitos numa organização político-social (CANOTILHO, 2003, p. 51).

O constitucionalismo esteve presente em praticamente todos os momentos históricos, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, Idade Moderna, Idade Contemporânea, sendo que em cada época diferentes instrumentos normativos regulavam a relação Estado-Cidadão.

A partir da virada do milênio para os dias atuais, desenvolveu-se, diante da necessidade de alterar o modo de visualizar e aplicar Constituição, uma nova fase do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo.

Este novo instituto apresenta uma nova forma de interpretar a Constituição, colocando-a no ápice do ordenamento jurídico e dando-a maior carga valorativa.

Ou seja, positivado os regramentos que garantem os direitos fundamentais, deu-se origem à Constituição. A fim de interpretá-la, desenvolveu-se o constitucionalismo que ao se desenvolver, chegou ao neoconstitucionalismo, objeto principal da pesquisa.

Diante do exposto se apresenta a seguinte questão: As características do neoconstitucionalismo são fatores que podem auxiliar a efetividade dos direitos fundamentais?

1.2 JUSTIFICATIVA

Os porquês da escolha do tema e da necessidade de aprofundá-lo por meio desta pesquisa se dão por vários fatores.

Inicialmente, é um tema extremamente moderno que configura como um dos principais nas discussões do âmbito constitucional. Não obstante, não há muitos trabalhos acadêmicos sobre o tema.

Ressalta-se que este assunto nunca foi tratado pelos discentes da Universidade do Sul de Santa Catarina, ou seja, figura como inovação no campo da matéria constitucional da referida instituição.

Outro ponto relevante, é que o neoconstitucionalismo é uma nova tendência de caracterizar a Constituição como ápice dos comandos jurídicos, dando maior importância e fazendo com que o seu texto não seja meras letras, porém realidades vivenciadas.

O tema deve ganhar grandes destaques nos próximos anos, assim o Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina estará na vanguarda na área constitucional, em ter um trabalho nos seus anais.

É necessário investigar o problema proposto a fundo para discutir, analisar e apresentar uma nova visão do direito constitucional e da organização do Estado.

A relevância da pesquisa não se restringe tão somente ao campo teórico.

No campo prático e social, é de suma importância, uma vez que visa pesquisar se o neoconstitucionalismo pode ser uma alternativa para que os direitos fundamentais que hoje, muitas vezes, não são cumpridos, possam passar a ser realidade.

Já no campo científico, o trabalho serve como material de estudo e fonte para outras pesquisas acerca do tema, em vista de haver ainda pouca produção científica sobre o assunto, se comparado a temas tão exaustivamente percorridos na área das Ciências Jurídicas.

Por fim, por tudo demonstrado, a pesquisa se justifica face sua importância para uma nova realidade.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar a efetividade dos direitos fundamentais em razão das características do neoconstitucionalismo, relacionando-os com o constitucionalismo, desde a antiguidade até a nova fase proposta, a fim de verificar se este instituto favorece a efetividade dos direitos fundamentais.

1.3.2 Objetivos específicos

Descrever o conceito, características e evolução do constitucionalismo através de uma breve análise histórica e destaque dos principais comandos jurídicos.

Verificar a presença do constitucionalismo dentro das Constituições brasileiras e dos direitos fundamentais em cada uma delas.

Conceituar neoconstitucionalismo, comparando-o com o constitucionalismo moderno e ressaltando suas características, suas formas, seus marcos fundamentais para se chegar ao “novo direito constitucional”.

Definir direitos fundamentais com base nas doutrinas pátrias, caracterizando-o pelo seu conceito, sua natureza, universalidade e evolução.

Identificar as gerações dos direitos fundamentais, sua evolução e seus principais pontos, destacando os principais textos legais de cada fase e sua efetividade.

Distinguir as funções dos direitos fundamentais, tendo por base a teoria dos quatro *status* de Jellinek e a classificação proposta por Robert Alexy.

Diferenciar os institutos jurídicos da eficácia e da efetividade, relacionando-os com os direitos fundamentais.

Discutir o neoconstitucionalismo e a sua relação com a teoria da reserva do possível, os valores e opções políticas dos textos constitucionais, o Poder Judiciário e a sociedade.

Debater o neoconstitucionalismo e a realidade dos direitos fundamentais, como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, com base na doutrina e na jurisprudência.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Entende-se por método o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que permite, com maior segurança e economia, alcançar o objetivo (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 83).

A pesquisa será elaborada tendo por base o método dedutivo, uma vez que parte de argumentos gerais para argumentos particulares (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2009, p. 65).

No presente trabalho, os argumentos gerais estão contidos no segundo e no terceiro capítulo, respectivamente, “Constitucionalismo” e “Direitos Fundamentais”, enquanto o argumento particular está no capítulo “Efetividade dos direitos fundamentais frente às características do Neoconstitucionalismo”.

Quanto ao nível de pesquisa, adotar-se a pesquisa exploratória, por ser a que melhor se encaixa ao objetivo do presente trabalho. Tal tipo tem por objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições (GIL, 2002, p. 41), o que se aplica ao presente trabalho, pois este visa conhecer a nova tendência do constitucionalismo e sua efetividade.

Já no que tange ao procedimento, será utilizado a pesquisa bibliográfica, visto que permite ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente (GIL, 2002, p. 45).

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho monográfico está estruturado em cinco capítulos.

Este capítulo, o primeiro, foi destinado à introdução, enquanto que o último, quinto capítulo, a conclusão.

O segundo capítulo “Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo: conceito e demais caracterizações” apresenta a linha do tempo da história constitucionalista. A evolução do constitucionalismo é tratada em cada fase histórica, com suas características e diferenciações. Por fim, aborda-se, de forma exaustiva, o neoconstitucionalismo, objeto do presente trabalho.

O terceiro capítulo traz enfoque especial nos direitos fundamentais. Destaca-se, especialmente, o estudo acerca das funções desses direitos. Outro ponto importante deste capítulo é a ligação entre os direitos fundamentais e o neoconstitucionalismo.

O quarto capítulo, último capítulo de desenvolvimentos do trabalho, tem por finalidade apresentar uma resposta à formulação do problema. Discute-se a efetividade dos direitos fundamentais frente às características do neoconstitucionalismo e sua relação com o poder público e Poder Judiciário.

2 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO E DEMAIS CARACTERIZAÇÕES

A história dos Estados e de seus povos é marcada pela opressão, barbáries e supressão de direitos considerados, hoje, como fundamentais.

Ao longo da humanidade, em vários momentos, os Estados se apresentaram como o maior e pior repressor e detentor das liberdades individuais.

Com o escopo de manutenção do poder pela classe dominante, prendeu-se, torturou-se, matou-se. O Estado, que deveria proteger e defender os cidadãos, mitigou os direitos de uma vida digna.

Clássicos literários como “O Príncipe”¹, de Maquiavel, demonstram que os dominantes faziam tudo o que estava ao seu alcance para se manterem no ápice da hierarquia.

Exemplos de dominação ao longo dos séculos não faltam, desde as cruzadas, passando pela Santa Inquisição, até o término da Segunda Guerra Mundial.

A Revolução Francesa pode ser considerada ponto fundamental para a mudança dessa circunstância, pois, após tal fato, iniciaram-se discussões sobre os direitos fundamentais.

O constitucionalista Barroso (2010, p. 03), exemplifica de forma concisa o surgimento do ideal constitucional:

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim.

A fim de positivizar os direitos e garantias fundamentais diante do poder estatal, foi necessário construir um sistema jurídico, onde se criou a ideia de uma Constituição que restringisse os poderes do Estado frente ao indivíduo.

Nesse norte, é mister o estudo do direito constitucional: ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado (SILVA, 2004, p. 34).

¹ Extrai-se do capítulo V, da obra de Maquiavel: “Quando são conquistados Estados que se habituaram a governar-se por leis próprias e em liberdade, por três modos se pode conservar a posse: primeiro - arruiná-los; segundo – ir morar neles; terceiro - deixar que vivam com suas leis, arrecadando um tributo e criando um governo de poucos, que se mantenham amigos nesse governo, tendo sido formado por aquele príncipe, sabe que não sobreviverá sem a sua amizade e poder, e, evidentemente, tudo fará para conservá-lo.”

O direito constitucional deve ter por fim delimitar os poderes dos ocupantes de cargos superiores e garantir condições mínimas para os demais usufruírem dos direitos fundamentais.

Segundo Lenza (2011, p. 54) parte-se “da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais”.

Para materializar a Constituição, desenvolveram-se teorias, sendo essencial destacar a importância da criação da ideia do constitucionalismo, objeto secundário do presente trabalho.

2.1 CONCEITO

Segundo Canotilho (2003, p. 51) o constitucionalismo pode ser descrito como “[...] uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”.

Completa o conceito Barroso (2010, p. 05) para quem o “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*).”

Ainda na esfera conceitual, Bulos (2010, p. 65) discorre que o termo constitucionalismo possui dois sentidos: no sentido amplo, trata-se do fato de todo Estado possuir uma Constituição, independentemente do regime político adotado; já no sentido estrito, a tutela das liberdades por meio de técnica jurídica, que permite aos cidadãos exercerem os seus direitos e garantias fundamentais.

Excetua-se, quanto ao fato de ter uma Constituição, o Reino Unido, por ser um caso clássico onde o ideal constitucionalista independe de uma Constituição escrita (BARROSO, 2010, p. 05).

Loewenstein (1970, p. 150-1 apud TAVARES, 2009, p. 02) conceitua:

A história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão à facilidade da autoridade existente.

De forma simples, constitucionalismo pode ser entendido como a limitação do poder e a supremacia da lei.

2.2 CARACTERÍSTICAS

Antes de adentrar nas características do movimento constitucionalista proposto por Uadi Lammêgo Bulos, importante destacar a divisão feita por Barroso (2010, p. 5-6), no que tange a limitação do poder de um Estado constitucional.

Para este doutrinador, há três ordens de limitação do poder.

Em primeiro lugar, estão as limitações materiais, as quais possuem valores básicos e direitos fundamentais que devem ser preservados. Exemplificando: a dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça, à liberdade religiosa, entre outros.

No segundo posto, encontram-se as limitações orgânicas, que podem ser caracterizadas pelo princípio da separação dos poderes – presente no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 –, pois as funções legislativa, administrativa e de julgamento devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes. Nesse caso, adota-se a ideia do *checks and balances*, no qual há um controle recíproco.

Por último, existem as limitações processuais, que tem por primado o devido processo legal. Portanto, deve o Estado respeitar e promover as regras processuais: contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos (*fruit of the poisonous tree*).

Já na visão do primeiro doutrinador citado, o movimento constitucionalista deve ter características jurídicas, sociais, políticas e ideológicas (BULOS, 2010, p. 65),

Características jurídicas, uma vez que propõe regulamentar o exercício do poder estatal, por meio da adoção de uma Constituição, sendo que todos os atos governamentais devem estar inferiormente instalados em relação a ela.

Denota-se a força de uma Constituição como forma de garantir os direitos fundamentais, conforme narra o texto do artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos Poderes, não tem constituição” (DECLARAÇÃO..., 1789).

Características sociais, visto que o constitucionalismo estimulou os cidadãos a lutarem contra o poder absoluto, tendo como resultado a sua organização, divisão e regulamentação.

Características políticas, já que em face da defesa dos direitos e garantias fundamentais, lutou-se contra a opressão e o arbítrio.

E, características ideológicas, porque, com base na implantação de um governo das leis e não dos homens, exprimiu a ideologia liberalista. De acordo com o autor, nesse

ponto o constitucionalismo não é apenas a restrição do poder e das garantias individuais, mas deve abranger também os aspectos da vida econômica, política, cultural, etc.

Em cada etapa da humanidade, o constitucionalismo apresentou características distintas, de acordo com a realidade vivenciada naquele momento. Por isso, é essencial o estudo da sua evolução, para, enfim, entender seu atual estágio, o neoconstitucionalismo.

2.3 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

A ciência jurídica está diretamente vinculada à história. Em cada época, em cada idade, em cada fase, o Direito viu-se na necessidade de adequar-se à nova realidade que lhe era imposta.

Os anseios sociais e a necessidade de ordem jurídica fizeram e fazem com que o Direito seja modificado, ampliado e atualizado, conforme os novos desafios se descortinam.

Tendo sempre que estar atrás das mudanças sociais, políticas e ideológicas, o Direito evoluiu ao longo da história.

Sobre o tema, leciona Venosa (2007, p. 261):

[...] o Direito situa-se no mundo da cultura, é um dado, um elemento, um princípio cultural. Seus fundamentos, dos mais simples aos mais complexos, situam-se na experiência, no acumular de conhecimentos desde o início das civilizações. Essa experiência é vista dentro da História. Por isso sempre enfatizamos que o Direito é um dado histórico. O passado é a escola mais eficaz do Direito para projetar-se para o futuro. Não tem o jurista outro laboratório a apoiá-lo, ao contrário das ciências exatas, que não a sociedade que o rodeia, o meio social presente e as sociedades que viveram e conviveram no passado. Como todas as atividades humanas, o Direito não pode ignorar o tempo, dimensão essencial da vida. Sob esse aspecto, há que se entender que o Direito é fruto da história.

Com o constitucionalismo não foi diferente. Ao longo de cada etapa histórica – Primitiva, Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna, Idade Contemporânea – novos formatos foram tomados.

2.3.1 Constitucionalismo primitivo

O constitucionalismo primitivo sofreu fortes influências das religiões, uma vez que havia grandes temores dos poderes sobrenaturais e acreditava-se que os líderes eram a representação dos deuses na terra.

Outro ponto forte do constitucionalismo primitivo é que, como não havia contato com outros grupos e tribos, cada comunidade era regida por seus próprios costumes.

Acrescenta-se que o uso de meios constrangedores era a forma de assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade, essencial para a coesão do grupo (BULOS, 2010, p. 68).

Tal comportamento difere muito do constitucionalismo que se conhece hoje, sendo que este se iniciou, na Antiguidade, com o povo hebraico².

2.3.2 Constitucionalismo na antiguidade

Na Antiguidade, entre o povo hebraico, visualiza-se, de maneira discreta, o constitucionalismo. Sua origem estava relacionada com o estabelecimento de limitações ao poder político do Estado teocrático ao garantir aos profetas a possibilidade de fiscalização dos atos governamentais que ultrapassassem os limites impostos pela Bíblia. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 154 apud LENZA, 2011, p. 55).

Outro ponto destacado por Loewenstein é a idealização das Cidades-Estados gregas, pois havia um sistema político de plena identidade entre governantes e governados, uma vez que o poder era dividido, de maneira igualitária, entre os cidadãos ativos.

Completa Loewenstein (1970, p. 155 apud BULOS, 2010, p. 69) ao relatar os períodos das breves centúrias gregas:

Regime político absolutamente constitucional. Através de um desses milagres, frequentes na história das formas de governo, esta nação, excepcionalmente dotada, alcançou, quase que de um só passo, o tipo mais avançado de governo: a democracia constitucional. A democracia direta das Cidades-Estado gregas, no Século V, é o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos.

Destaca Bulos (2010, p. 69) alguns pontos relevantes do constitucionalismo na Antiguidade:

- a) A inexistência de uma Constituição escrita, logo prevalecia os acordos de vontade;
- b) A supremacia do parlamento, que não era subordinado a nenhum poder, e era a fonte criadora dos direitos e garantias fundamentais;
- c) A não exigência de formalidades complexas para alterar direitos e garantias fundamentais;

² Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed., p. 67, inclui o constitucionalismo exercido pelo povo hebreu na classificação de constitucionalismo primitivo, enquanto Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado*, 15. ed., p. 55, o inclui na Antiguidade. Adota-se o segundo posicionamento por parecer mais de acordo com os fatos históricos.

d) Prevalecia a irresponsabilidade governamental.

2.3.3 Constitucionalismo na Idade Média

Esclarece Lenza (2011, p. 55): “Durante a Idade Média, a Magna Carta de 1215³ representa o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção a importantes direitos individuais.”.

Bulos (2010, p. 70-1) aponta as principais características do constitucionalismo na Idade Média:

- a) A afirmação de nível de igualdade entre os cidadãos perante o Estado;
- b) O nascimento da ideia de que o poder governamental estava baseado em um contrato com os súditos, assim, estes obedeciam à proporção do comprometimento daqueles;
- c) A preeminência da função judiciária.

Em síntese, o constitucionalismo na Idade Média tinha por intuito a restrição do poder arbitrário.

2.3.4 Constitucionalismo na Idade Moderna

Nessa época, surgem os pactos e forais ou, simplesmente, cartas de franquia, cujo objetivo era resguardar direitos individuais.

Dentre estes documentos, destacam-se: *Petition of Rights*⁴ (1628), *Habeas Corpus Act*⁵ (1679), *Bill of Rights*⁶ (1689) e *Act of Settlement*⁷ (1701).

3 “Para que não fosse deposto, o rei João Sem-Terra aceitou acatar as determinações impostas pela Magna Carta, documento de 1215 que viria a remodelar o papel do rei na Inglaterra. Entre outras disposições, a nova lei dizia que o rei não poderia mais criar impostos ou alterar as leis sem antes consultar o Grande Conselho, órgão que seria integrado por representantes do clero e da nobreza. Além disso, nenhum súdito poderia ser condenado a prisão sem antes passar por um processo judicial.”. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiag/magna-carta.htm>>. Acessado em: 02 mar. 2012.

4 “An important document setting out the rights and liberties of the subject as opposed to the prerogatives of the crown (ie. Charles I). This action favouring the common man was championed by Sir Edward Coke (1552-1634), a prominent parliamentary adversary of the crown.” Tradução livre: “Importante documento que estabeleceu os direitos e liberdades do indivíduo em oposição às prerrogativas da coroa (ou seja, Carlos I). Isso favoreceu a ação do homem comum e foi defendida por Sir Edward Coke (1552-1634), um importante parlamentar adversário da coroa.”. Disponível em: <<http://www.britannia.com/history/docs/petition.html>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

5 “The “Habeas Corpus Act” of 1679 had obliged judges to issue upon request a writ of habeas corpus directing a gaoler (jailer) to produce the body of any prisoner and to show cause for his imprisonment. The Act went on to state that a prisoner should be indicted in the first term of his commitment, be tried no later than the second term and once set free by order of the court, should not be imprisoned again for the same offense. Thus at a single stroke, hundreds of years of abuse of the prisoner by the authorities, often capricious and vengeful,

Ressalta-se que no período relativo à Idade Moderna estão presentes a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição Francesa de 1791, instrumentos de grande importância e que influenciaram todas as demais democracias ocidentais na constituição de suas leis máximas.

Através das duas constituições se concretizou uma contraposição ao poder absoluto, por meio do qual se elegeu o povo o legítimo titular do poder (LENZA, 2011, p. 56).

2.3.5 Constitucionalismo contemporâneo

O constitucionalismo contemporâneo é caracterizado pelo totalitarismo constitucional “na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo)” (LENZA, 2011, p.57).

O constitucionalismo contemporâneo avançou positivamente em determinados aspectos, consagrando uma espécie de totalitarismo constitucional, muito próximo à ideia de constituição programática (BULOS, 2010, p. 77).

Outro ponto marcante do constitucionalismo contemporâneo é a forte presença dos direitos fundamentais da segunda geração – caracterizada pela evidência dos direitos

came to an end. Tradução livre: “O "Habeas Corpus Act" de 1679 obrigou os juízes a se manifestarem sobre o pedido de habeas corpus, dirigindo-se ao responsável (carcereiro) para apresentar o corpo de qualquer prisioneiro e para mostrar a causa de sua prisão. A Lei passou a afirmar que um prisioneiro deve ser indiciado no primeiro mandato de seu compromisso, ser julgado o mais tardar no segundo mandato e, uma vez posto em liberdade por ordem do tribunal, não deve ser preso novamente pelo mesmo crime. Assim, em um único golpe, centenas de anos de abusos contra prisioneiros, feito pelas autoridades, muitas vezes caprichosos e vingativos, chegou ao fim.”. Disponível em: <<http://www.britannia.com/history/naremphist.html>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

6 “Já a Bill of Rights consistia em um conjunto de leis que previa uma série de mudanças de característica liberal. A partir de então, todos os cidadãos acusados de alguma infração teriam direito a um julgamento com a presença de um júri. Além disso, este documento previa o repúdio a punições violentas ou multas com valores abusivos. A principal mudança imposta pela Bill of Rights tratava da relação entre o rei e o Parlamento. As eleições parlamentares deveriam acontecer regularmente. Além disso, nenhuma lei parlamentar poderia ser vetada pela autoridade real e, após a morte do rei, o Parlamento poderia indicar o sucessor do trono inglês. Os gastos da família real deveriam ser controlados pelo Parlamento e nenhum exército poderia ser mantido em tempos de paz.”. Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/historiag/revolucao-gloriosa.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

7 “Também na Inglaterra, mais um documento pode ser citado como um dos antecedentes históricos dos direitos humanos: o Act of Settlement (Ato de Estabelecimento), de 12 de junho de 1701, que foi criado para garantir a sucessão protestante (no sentido religioso) do trono inglês e o poder do parlamento. Basicamente, reafirmou o princípio da legalidade ao exigir que os governantes também se submetessem às leis, garantiu a independência e a autonomia dos órgãos jurisdicionais, colocando-os acima da vontade livre da Coroa, e levantou a possibilidade de responsabilização política dos agentes públicos, prevendo inclusive a possibilidade de impeachment.”. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=1224&pagina=15&id_titulo=14930>. Acesso em: 02 mar. 2012.

sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos, correspondendo aos direitos de igualdade – e dos direitos fundamentais da terceira geração, retratados pelos direitos de solidariedade.

O neoconstitucionalismo, através de suas características, que serão trabalhadas em momento posterior, tem como cerne a concretização dos direitos fundamentais, a fim de alterar essa realidade de constitucionalismo não verdadeiro.

2.4 CONSTITUCIONALISMO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Antes de abordar as características do neoconstitucionalismo e suas especificações, vale discutir, de maneira superficial, as constituições brasileiras e como o constitucionalismo esteve presente.

O Brasil, com sua breve e riquíssima história, ao longo das suas oito constituições e cartas, transformou-se em um país forte, com pilares no Estado Democrático de Direito, muito diferentemente do que se esperava após a sua independência, como relata o historiador Gomes (2010, p. 17-8):

No ano de sua independência, o Brasil tinha, de fato, tudo para dar errado. De cada três brasileiros, dois eram escravos, negros forros, mulatos, índios ou mestiços. Era uma população pobre e carente de tudo, que vivia à margem de qualquer oportunidade em uma economia agrária e rudimentar, dominada pelo latifúndio e pelo tráfico negreiro. O medo de uma rebelião dos cativos assombrava a minoria branca. O analfabetismo era geral. De cada dez pessoas, só uma sabia ler e escrever. Os ricos eram poucos e, com raras exceções, ignorantes. O isolamento e as rivalidades entre as províncias prenunciavam uma guerra civil, que poderia resultar na divisão do território, a exemplo do que já ocorria nas vizinhas colônias espanholas. Para piorar a situação, ao voltar a Portugal, em 1821 – depois de 13 anos de permanência, no Rio de Janeiro –, o rei D. João VI havia raspado os cofres nacionais. O novo país nascia falido. Faltavam dinheiro, soldados, navios, armas e munição para sustentar a guerra contra os portugueses, que se renunciava longa e sangrenta. As perspectivas de fracasso, portanto, pareciam bem maiores do que as de sucesso.

Passa-se a análise das constituições brasileiras.

2.4.1 Constituição de 1824

A Carta⁸ de 1824 foi elaborada por um Conselho de Estado, após a dissolução da assembleia constituinte, sendo o texto outorgado, em 25 de março de 1824, pelo imperador Dom Pedro I.

⁸ Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado*, ed. 15, p. 82, diferencia Constituição e Carta: “De modo geral, Constituição é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental promulgada, democrática ou popular, que

A principal característica dessa Carta foi a introdução de um quarto poder, o moderador. Discorrem Alexandrino e Paulo (2008, p. 25): “Essa característica de nossa Constituição imperial consubstancia um conflito com a noção de soberania popular, com a ideia de titularidade do poder pelo povo, tão cara ao Liberalismo inspirador dos primeiros Estados constitucionais.”.

A Carta outorgada por Dom Pedro I é o texto constitucional mais longínquo da história brasileira. Entretanto, não houve uma efetiva divisão dos poderes e, principalmente, a limitação do poder estatal.

2.4.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 foi a primeira promulgada, após a conclusão dos trabalhos da Assembleia-Geral Constituinte, em 24 de fevereiro de 1891.

Dentre a ideia de limitação do poder, sua principal virtude foi a abolição do Poder Moderador. Voltou-se à separação dos poderes proposta por Montesquieu – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

No âmbito dos direitos e garantias individuais, destaca-se o acréscimo do instituto do *Habeas Corpus*, principal remédio jurídico até os dias atuais, que continua sendo utilizado frequentemente, em face dos abusos estatais.

2.4.3 Constituição de 1934

Alexandrino e Paulo (2008, p. 26-7) sintetizam esse período:

A Constituição de 1934, decorrente do rompimento da ordem jurídica ocasionado pela Revolução de 1930, a qual pôs fim à era dos coronéis, à denominada Primeira República, costuma ser apontada pela doutrina como a primeira a preocupar-se em enumerar direitos fundamentais sociais, ditos direitos de segunda geração ou dimensão. Esses direitos, quase todos traduzidos em normas constitucionais programáticas, tiveram como inspiração a Constituição de Weimar, da Alemanha de 1919. Com isso, a Constituição de 1934 é apontada como marco na transição de um regime de democracia liberal, de cunho individualista, para a chamada democracia social, preocupada em assegurar, não apenas uma igualdade formal, mas também a igualdade material entre os indivíduos (condições de existência compatíveis com a dignidade da pessoa humana).

teve a sua origem em uma Assembleia Nacional Constituinte. Por outro lado, Carta é o nome reservado para aquela Constituição outorgada, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário mediante ato arbitrário e ilegítimo.”.

Infelizmente e com posteriores prejuízos à história constitucional brasileira, essa Constituição durou apenas três anos, sendo substituída pela de 1937, ou seja, suas normas programáticas nunca se tornaram reais.

Criticam os doutrinadores supramencionados, ao dizerem que “não houve tempo para que a implementação de suas normas influenciasse a realidade social, se é que isso viria a acontecer, caso tempo houvesse” (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 27).

2.4.4 Constituição de 1937

Conhecida como “Constituição Polaca”, a carta de 1937 foi fruto de um golpe de Estado do presidente Getúlio Vargas.

Reforça Silva (2005, p. 83):

A carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

A Carta apresentava um contrassenso, pois ao mesmo tempo em que continha um rol de direitos fundamentais, previa a pena de morte para os crimes políticos e previa a censura prévia da imprensa, dentre outras disposições incompatíveis com um verdadeiro Estado Democrático de Direito (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 27).

2.4.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 trouxe, novamente, ao ordenamento constitucional brasileiro o rol de direitos fundamentais que existia na Constituição de 1934 e, ainda, acrescentou alguns, como por exemplo, o princípio da inafastabilidade de jurisdição, e suprimiu outros, como a exclusão da pena de morte, do banimento e do confisco (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 28).

No que tange à limitação do poder, a Constituição de 1946 assegurou a divisão dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário -, adotou como forma de Estado o federalismo e como de sistema de governo, o presidencialismo.

2.4.6 Constituição de 1967

O principal aspecto da Carta de 1967 foi a preocupação com a segurança nacional. Houve a centralização político-administrativa, além da ampliação dos poderes do Presidente da República.

A teoria clássica da tripartição de Montesquieu permaneceu nesta Carta, porém no fundo havia apenas o Poder Executivo, pois a competência dos demais poderes foi reduzida. “Em razão do centralismo, o Judiciário também teve sua competência diminuída” (LENZA, 2011, p. 117).

Impossível tratar sobre a Carta de 1967 sem falar do Ato Institucional número Cinco. O AI-5 suspendeu direitos e garantias individuais, por exemplo: a vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, o *habeas corpus* nos crimes políticos, entre outros.

2.4.7 Constituição de 1969⁹

A Carta de 1969 é outro retrato do contrassenso da história constitucional brasileira. Embora, formalmente, o Brasil fosse um Estado Democrático de Direito, o excesso de poder atribuído ao Presidente da República e as suspensões de direitos individuais faziam, naquela conjuntura, com que referido Estado não existisse.

O governo militar “baixou” diversas leis ampliando seu leque de poder, por exemplo, a Lei Falcão (Lei nº 6.339/76), que reduziu a propaganda política.

No início da década de 80, o país caminhou para a sua redemocratização, com o advento a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), a Reforma Política (Lei nº 6.767/79) e o movimento das “Direitas Já”, que contribuíram para a elaboração da nova Constituição de 1988.

2.4.8 Constituição de 1988

A emenda constitucional 26, de 27 de novembro de 1985, na então Carta de 1969, convocou a Assembleia Nacional Constituinte, que deu origem à Constituição de 1988.

Apelidada de “Constituição Cidadã”, foi peça central para o novo ciclo que se instaurava no país, denominado “Nova República”.

⁹ Trata-se na realidade da EC n. 1/1969. Entretanto, devido ao seu caráter, é visto por muitos como uma verdadeira nova Constituição, sendo que a emenda constitucional serviu, apenas, como forma de outorgá-la.

A Constituição de 1988 ampliou os direitos fundamentais, especialmente os da terceira geração, os remédios constitucionais (*habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo), e as garantias constitucionais, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Houve ainda, o fortalecimento de instituições como o Ministério Público e os Tribunais Superiores.

Conforme Silva (2005, p. 89):

É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

A Constituição de 1988 traz traços importantes do neoconstitucionalismo, como o fato do texto estar no centro do sistema jurídico e a imperatividade e superioridade da norma jurídica.

Entretanto, é fundamental que o texto constitucional, introduzido no final do século XX, torne-se uma realidade vivenciada. Seus direitos e garantias fundamentais devem possuir, além dos requisitos de existência, validade e eficácia, a efetividade, sem a qual a Constituição de 1988 não passará de letra morta.

Esse é o centro do neoconstitucionalismo: concretizar valores constitucionais e garantir condições mínimas.

2.5 NEOCONSTITUCIONALISMO

Após verificar o conceito de constitucionalismo, suas características, evolução e presença na história constitucional nacional, é necessário destacar e dimensionar o atual ponto em que se encontra o constitucionalismo: o neoconstitucionalismo, também denominado de pós-moderno ou pós-positivismo.

2.5.1 Conceito

Extraí-se do vocábulo “neoconstitucionalismo” o prefixo “neo”, que exprime a ideia de novo, recente, moderno. Ou seja, pode ser resumidamente explicado como o novo constitucionalismo ou a nova tendência do constitucionalismo.

Conceitua Lenza (2011, p. 59):

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da

Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais¹⁰.

Nos ensinamentos de Agra (2007, p. 31 apud LENZA, 2011, p. 60):

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado um movimento caudatário do pós-modernismo.

Na opinião de Moreira (2008, p. 28): “O neoconstitucionalismo é uma teoria que se enquadra em um Estado em busca de efetividade e transformação, por meios racionais de correção, e em torno de uma identidade própria da Constituição.”.

Mesa (2004, p. 20 apud MOREIRA, 2008, p. 229) continua:

O neoconstitucionalismo também se manifesta como uma ideologia, isto é, uma filosofia política que concebe o Estado Constitucional como um marco justo para o exercício do poder e, a partir dela, alguns autores sustentam que, ao menos nos sistemas políticos se ajustam ao dito modelo, é plenamente justificável uma obrigação de obediência ao direito. A vertente ideológica do neoconstitucionalismo se vê fortalecida por uma forte carga axiológica e a dimensão dirigente presente nos textos constitucionais, concebidos como elementos geradores de consenso e dinamizadores de um “patriotismo constitucional” que nas atuais sociedades pluralistas e multiculturais do ocidente vêm a suprir o recurso à ideia de nação.

Pode ser entendido o neoconstitucionalismo como a nova forma do constitucionalismo, diferente das anteriores, devido a suas características, formas e marcos fundamentais.

2.5.2 Características do neoconstitucionalismo

Conforme classificação de Barcellos (2007, p. 2-4), o neoconstitucionalismo possui dois principais grupos de características específicas: sobre o ponto de vista metodológico-formal e outro sobre aspectos materiais.

Do ponto de vista metodológico-formal há três premissas fundamentais do neoconstitucionalismo.

A primeira é a normatividade da Constituição, sendo reconhecidas as disposições constitucionais como normas jurídicas dotadas de imperatividade. “A supremacia da Constituição também é um pressuposto do constitucionalismo, a verdadeira razão de existir,

¹⁰ A diferenciação entre eficácia e efetividade será demonstrada em momento posterior, por entender que dentro do neoconstitucionalismo o que se pretende, realmente, é dar efetividade à norma jurídica.

um documento superior, diferenciado dos demais por forma e matéria.” (MOREIRA, 2008, p. 76).

Na segunda premissa, trata-se da superioridade da norma constitucional, portanto, deve ser a constituição rígida, pois “junto à supremacia da Constituição, a rigidez constitucional tem a finalidade de proteger o Estado constitucional contra o legislador ordinário e das políticas de momento.” (MOREIRA, 2008, p. 76).

Por fim, a Constituição deve estar no centro do ordenamento jurídico e todos os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a sua luz.

Encerra Barcellos o raciocínio acerca das características metodológico-formal:

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideias da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

No âmbito dos aspectos materiais, destaca-se: a incorporação de valores e opções políticas nos textos constitucionais, principalmente no que tange aos direitos fundamentais; os conflitos entre opções normativas e filosóficas existentes dentro de um mesmo sistema constitucional, o que faz com que valores constitucionalizados entrem em choque.

Destaca-se como uma das principais características do neoconstitucionalismo sua carga valorativa, axiológica, devendo a lei e os Poderes Públicos estar, além de observar a forma prescrita na Constituição, em consonância com o seu espírito, seu caráter axiológico e seus valores (LENZA, 2011, p.61).

Outra característica, sem a qual não há neoconstitucionalismo, é a garantia jurisdicional da Constituição, sendo o controle de constitucionalidade das leis a forma de assegurar a supremacia e a rigidez constitucional (MOREIRA, 2008, p. 77).

O neoconstitucionalismo também se caracteriza pela vedação ao retrocesso, conforme discorre Moreira (2008, p. 75):

Se o neoconstitucionalismo busca a transformação, ele também se assenta na vedação ao retrocesso, e, com isso, a rigidez constitucional ganha novas considerações resultantes desse processo. Note-se que as mudanças na Constituição, necessárias com o tempo, são cabíveis e permitidas, desde que não afetem as cláusulas pétreas. Essa é a concretização da força transformadora do neoconstitucionalismo, manifestada no momento de fundamentação do direito.

Diante dessas qualidades, cabe ao neoconstitucionalismo encontrar meios de tornar o que está escrito em algo efetivo.

2.5.3 Formas do neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo pode ser visto sob três formas ou sentidos, conforme classificação de Duarte e Pozzolo (2006, p. 89): o teórico, o metodológico e o ideológico.

O neoconstitucionalismo teórico tem por supedâneo a noção de uma Constituição normativa e que está baseada no reconhecimento dos direitos fundamentais. Esta Constituição ultrapassa o campo do direito constitucional e abrange todas as esferas do ambiente jurídico, formando o fenômeno da constitucionalização do Direito.

Já o neoconstitucionalismo metodológico defende a ideia de que é necessária a ligação entre Direito e moral.

A última forma, o neoconstitucionalismo ideológico adota o modelo axiológico da Constituição e defende os princípios da hermenêutica constitucional.

2.5.4 Crítica ao neoconstitucionalismo

Há uma corrente minoritária de doutrinadores que não reconhecem o neoconstitucionalismo como uma nova teoria ou uma nova ideia de se ver o direito constitucional, por exemplo, Bulos (2010, p. 80):

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-positivista, ou constitucionalismo neopositivo, é um viés teórico no campo do Direito Constitucional, que aglutina tendências e teses dos mais variados matizes. Designa a evolução de certos aspectos provenientes da cultura constitucional contemporânea. É, portanto, o constitucionalismo contemporâneo com outro nome. E nada mais.

Por ser essa uma corrente minoritária, logicamente não adotada neste trabalho, destacam-se, como forma de resposta, os ensinamentos de Barroso (2010, p. 266-7):

O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideais, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.

Corroborando Moreira (2008, p. 18):

Sem medo do desgaste da palavra, podemos enfrentar o estudo do neoconstitucionalismo como um novo paradigma do direito (paradigma entendido

como um novo padrão). Daí afirmarmos que a concepção do neoconstitucionalismo, conforme defendemos, enxerga o direito como ele pode ser: transformador [...] A diferença entre o pensamento formalista e o pensamento neoconstitucionalista é que o segundo consegue alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico.

O atual constitucionalismo, por suas características e por ter como principal objetivo a efetividade dos direitos fundamentais, não pode ser visto igual as suas formas passadas, e sim como o resultado de seu processo evolutivo.

2.5.5 Constitucionalismo moderno *versus* neoconstitucionalismo

O constitucionalismo moderno preocupou-se apenas com a hierarquia entre as normas, estando a Constituição no ápice da cadeia.

Já na esfera do neoconstitucionalismo a hierarquia entre normas não é apenas formal, mas axiológica. “Supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa” (LENZA, 2011, p. 61).

A Constituição, além de estar no ápice das normas jurídicas, deve ter a característica da centralidade, ou seja, todos os demais ramos do direito devem emanar dela.

Outra divergência entre os dois modelos de constitucionalismo, está no fato de que o objetivo do constitucionalismo moderno é a limitação do poder, enquanto que o neoconstitucionalismo se preocupa com a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse norte, manifesta-se Moreira (2008, p. 35): “Se a limitação dos poderes é pressuposto do constitucionalismo clássico, para o neoconstitucionalismo, a disposição e a defesa de um catálogo de direitos fundamentais, conduzido por princípios, são seus pressupostos.”.

2.5.6 Marcos fundamentais do neoconstitucionalismo

Como tudo que surge de novo, o neoconstitucionalismo tem seus marcos fundamentais que contribuíram para sua propagação, no Brasil ou na Europa.

Barroso (2010, p. 243-267) enumera três marcos do neoconstitucionalismo: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.

O marco histórico tem como fato principal, na Europa, a reconstitucionalização imediatamente após a Segunda Grande Guerra, que redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

Com o fato mencionado, desenvolveu-se, também a partir do término da Segunda Guerra, o Estado Constitucional de Direito, que tem por base a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.

No Brasil, o fato do marco histórico foi também a reconstitucionalização, porém esta se deu com o renascimento do direito constitucional, após o período ditatorial (1964-1985) e culminou na promulgação da Constituição de 1988.

O marco filosófico nas palavras de Barroso (2010, p. 249-250):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito.

O marco teórico se subdivide em três partes.

Primeiramente, na força normativa da Constituição, dotada de imperatividade, que permite o seu cumprimento forçado.

Por segundo, na constitucionalização dos direitos fundamentais que ficaram imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político e sua proteção passou a caber ao Poder Judiciário.

A última parte se refere à reelaboração doutrinária da interpretação constitucional que deve utilizar os seguintes princípios: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e efetividade.

Lenza (2011, p. 64) conclui o raciocínio acerca dos marcos fundamentais: “Enfim, essas são as marcas do “novo direito constitucional” ou neoconstitucionalismo, que se evidencia ao propor a identificação de novas perspectivas, marcando, talvez, o início de um novo período do Direito Constitucional.”.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO, DISTINÇÃO E FUNÇÃO

3.1 CONCEITO

O conceito de direito fundamental abarca a compreensão de outros conceitos como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do cidadão, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, entre outros.

Nas palavras de Silva (2004, p. 175): “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”.

Importante ressaltar a diferenciação, feita pela doutrina, entre direitos humanos e direitos fundamentais. Enquanto aqueles seriam os direitos decorrentes de documentos internacionais, estes seriam os direitos positivados na Constituição de um determinado Estado (SILVA, 2004, p. 176).

Conforme Alexy (2002, p. 28): “Uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Maior é uma teoria de determinados direitos fundamentais positivamente válidos.”¹ (tradução nossa).

Nos ensinamentos de Bonavides (2007, p. 561) retira-se que podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Continua Bonavides (2007, p. 561):

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia [...]

E, ainda, Alexy (2002, p. 245):

O direito fundamental como um todo é um assunto muito complexo [...] É constituído por elementos com uma estrutura bem definida, ou seja, as posições do cidadão e do Estado, e entre estas posições são claramente determináveis, as relações de precisão, de meio/fim e ponderação.² (tradução nossa)

Como já demonstrado no segundo capítulo, o principal objetivo do neoconstitucionalismo é a efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, torná-los concretos.

Nesse norte, manifesta-se Moraes (2005a, p. 3):

¹ “Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos.”

² “El derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo [...] Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de medio/fim y de ponderación.”

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

Os direitos fundamentais não são exclusivos de um indivíduo, pois aos grupos também são reconhecidos esses direitos. O constitucionalismo elencou como uma de suas metas o reconhecimento dos direitos fundamentais, conforme entendimento de Ferreira Filho (2008, p. 288):

Por outro lado, com o desprestígio do individualismo, foram também aos grupos reconhecidos direitos fundamentais, com o mesmo caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade que aos indivíduos. Sempre, porém, o reconhecimento desses direitos permaneceu inabalado como uma das metas do Constitucionalismo.

Como se vê, “os direitos fundamentais não só asseguram situações de indivíduos particulares, mas também servem para definir os valores e fins da estrutura política constitucional.” (CRUZ, 2001, p. 136).

Devido à importância da definição e a garantia dos direitos fundamentais, esses passaram a ser inclusos na chamada parte dogmática das Constituições, antes mesmo de outros aspectos, como os da organização do Estado (CRUZ, 2001, p. 135). Um exemplo disso é a Constituição Federal de 1988 que incluiu “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” no Título II, enquanto “Da Organização do Estado” está no Título III.

Em suma, discorre Cruz (2001, p. 136):

Os direitos fundamentais não só asseguram situações de indivíduos particulares, mas também servem para definir os valores e fins da estrutura política constitucional. Têm, assim, os direitos fundamentais uma finalidade individual e uma finalidade coletiva.

Outro aspecto dos direitos fundamentais é que não há necessidade de discussão acerca da titularidade e capacidade, conforme narra Canotilho (2003, p. 425):

No âmbito dos direitos fundamentais, já é problemática a disjunção entre titularidade de direitos e capacidade de direitos, não só porque não tem grande sentido reconhecer direitos fundamentais insusceptíveis de ser exercidos (ex.: como conceber o direito de reunião e manifestação a quem ainda não sabe mover-se, comunicar e agir?), mas também porque essa disjunção pode ser um expediente para se restringirem inconstitucionalmente direitos fundamentais a pretexto de a restrição incidir apenas sobre a capacidade de exercício e não sobre a titularidade de direitos.

Ao trabalhar com a ideia de direitos fundamentais, deve-se analisar suas características, múltiplas funções e natureza.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Os direitos fundamentais têm natureza de normas constitucionais positivas, pois derivaram da linguagem prescritiva do constituinte. Na medida do possível, têm aplicação direta e integral (BULOS, 2010, p. 513).

Completa o entendimento Silva (2004, p. 180) ao caracterizar os direitos fundamentais como direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte.

Nos ensinamentos de Moraes (2005a, p. 27):

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

Retira-se do ensinamento que as normas referentes aos direitos fundamentais muitas vezes precisam de regulamentação. Tal ato, não raramente, não acontece, tornando a norma sem aplicação.

A mudança no paradigma da teoria do direito, por meio do neoconstitucionalismo, apresenta uma alternativa à efetivação, sendo as palavras de Moreira (2008, p. 192):

A Constituição revolucionou mesmo o pensamento jurídico, e o neoconstitucionalismo maximizou a dimensão de tal feito. A ponderação de direitos fundamentais em conflito é um exercício racional de uso importantíssimo nas práticas jurídicas contemporâneas. Entendemos a ponderação não como um princípio constitucional, mas como um critério argumentativo-procedimental [...] O neoconstitucionalismo é, antes de outra denominação, a realização de um estado ponderador, não polarizado.

A falta de vontade política e de regulamentação das normas relativas aos direitos fundamentais gera a “crise da não efetividade”, e tolera que as normas fiquem estagnadas no plano abstrato, não permitindo que se tornem realidades sociais.

3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são dotados das seguintes características: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e efetividade.

A historicidade está ligada ao fato de que os direitos nascem, modificam-se e desaparecem. Essa característica está presente em qualquer direito e refuta a fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas (SILVA, 2004, p. 181).

O alcance desses direitos engloba todos os indivíduos, não importando nacionalidade, sexo, raça, credo, o que constitui a qualidade de universalidade.

Destaca-se que nem sempre foi assim. A obra de Lenza (2011, p. 864) traz um quadro comparativo entre os Forais/Cartas de Franquia e as Declarações de Direitos. Aquela era voltada para determinadas categorias ou grupos particularizados de homens e reconheciam direitos apenas de alguns, enquanto esta se destina ao homem em abstrato, reconhece o direito de todos.

A limitabilidade é decorrente do fato dos direitos fundamentais não serem absolutos, e sim relativizados. A jurisprudência é repleta de casos onde houve choque de direitos, por exemplo: o direito de propriedade *versus* desapropriação, a livre manifestação *versus* o direito à honra.

Pelo fato dos direitos fundamentais poderem ser exercidos cumulativamente, há a característica da concorrência, como no caso do jornalista que transmite uma notícia (direito de informação) e emite uma opinião (direito de opinião) (LENZA, 2011, p. 864).

Não é possível renunciar aos direitos fundamentais, o que pode acontecer é deixar de exercê-los (SILVA, 2005, p. 181).

Também não é possível a transferência dos direitos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso (Moraes, 2005b, p. 23).

Outra característica é a imprescritibilidade, pois não se verifica requisitos que importem a prescrição dos direitos fundamentais e não há intercorrência temporal do não exercício (SILVA, 2005, p. 181).

Por derradeiro, a qualidade que deve ser primordial é a efetividade, objeto de discussão neste trabalho. Nos dizeres de Moraes (2005b, p. 23): “a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato.”.

Como demonstrado no Capítulo II, o neoconstitucionalismo visa à efetividade dos direitos fundamentais, tornando-os realidades vivenciadas. Assim, o operador do direito deve ter o compromisso com a efetividade e refutar as normas não-aplicáveis.

3.4 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É importante, antes de se aprofundar no estudo dos direitos fundamentais, fazer a distinção entre direitos e garantias fundamentais.

A lição de Rui Barbosa (apud SILVA, 2005, p. 413) ajuda a esclarecer a diferenciação:

As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aqueles instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

De forma simplificada Lenza (2011, p. 863) esclarece: “Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”.

Já nas palavras de Ferreira Filho (2008, p. 293): “As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direitos reconhecidos. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados.”.

A fim de exemplificar: a livre locomoção no território nacional em tempo de paz (art. 5º, XV, CRFB/88), constitui um direito; já a concessão de *habeas corpus* para cessar a ilegalidade da ameaça à locomoção (art. 5º, LXVIII, CRFB/88), constitui uma garantia.

Ressalta-se que as garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem, porém são direitos-instrumentais, pois destinam a proteger um direito principal.

3.5 NOVA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A universalidade dos direitos fundamentais pode ser traduzida como sua característica de abrangência. Tal característica é necessária, pois estes direitos não podem ser exclusivos de determinados grupos, sob pena de se criar uma superioridade em relação aos demais.

Bonavides (2008, p. 573) traz em sua obra a nova universalidade dos direitos fundamentais, que objetiva a efetivação dos direitos fundamentais na segunda e terceira geração, sem excluir os da primeira:

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É

universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade [...] A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (grifo nosso)

A norma tem por objetivo alterar a realidade, produzir modificações no mundo fático. Entretanto, muitas vezes ela pode produzir seus efeitos no mundo jurídico, sem que haja modificações no plano fático.

3.6 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme descrito na evolução do constitucionalismo – Capítulo II – as Ciências Jurídicas distingue-se das ciências exatas, pelo fato de estarem em constante mudança, conforme os desafios sociais se descortinam.

Os direitos fundamentais não são diferentes. Ao longo da história, “os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetividade” (SARLET, 1998, p. 47).

Pode ser considerada como ponto de partida para o estudo dos direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, conforme relata Ferreira Filho (1998, p. 19):

Decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merecer o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do Homem. Sua primazia entre as declarações vem exatamente do fato de haver sido considerada como o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí a sua incontestável influência sobre as declarações que, seguido essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a primeira Guerra Mundial.

Importante ressaltar que parte da doutrina critica o uso da expressão “gerações” de direitos fundamentais, por considerar que o uso correto seria “dimensões” de direitos fundamentais.

O reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais é um processo cumulativo, e não de exclusão, de tal sorte que a expressão “geração” pode dar a falsa impressão de substituição (SARLET, 1998, p. 47).

Mesmo havendo divergência doutrinária entre o uso das expressões “geração” e “dimensões”, adota-se a expressão “geração” no presente trabalho, por ser a mais utilizada.

3.6.1 Direitos fundamentais da primeira geração

Os direitos fundamentais foram esculpidos tendo por base o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (*liberté, égalité, fraternité*).

Manifestam-se, inicialmente, em três gerações, sendo os direitos da primeira, da segunda e da terceira, ligados, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Segundo Bonavides (2008, p. 563):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente [...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característicos; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos da primeira geração são exemplificados por Tavares (2009, p. 470): a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência, a liberdade de iniciativa, liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição da propriedade.

Os direitos de liberdade são apresentados como direitos de cunho negativo, já que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo considerados “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (SARLET, 1998, p. 48).

3.6.2 Direitos fundamentais da segunda geração

Os direitos fundamentais da segunda geração dominaram o século XX.

Podem ser descritos como os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social e que nasceram abraçados ao princípio da igualdade, pois caso contrário não teria amparo (BONAVIDES, 2008, p. 564).

De acordo com Bonavides (2008, p. 564), esta fase já apresenta problemas quanto a sua efetivação, por falta de meios estatais para sua concretização:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim

parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, continua Tavares (2009, p. 471):

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais [...] Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos.

São exemplos de direitos da segunda geração: o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, o direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, ao repouso remunerado e ao acesso a todos os níveis de ensino (TAVARES, 2009, p. 471).

3.6.3 Direitos fundamentais da terceira geração

As transformações sociais forçaram a evolução dos direitos fundamentais ao ponto de se chegar à terceira geração, conforme se manifesta Bonavides (2008, p. 569): “A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida.”.

Podem ser classificados como direitos da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente, direito de propriedade, direito de comunicação.

Os direitos fundamentais da terceira geração surgiram no final do século XX. Diferente das anteriores gerações que protegiam o homem-indivíduo, esta se destina à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracteriza-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 1998, p. 50).

Acerca da titularidade coletiva dos direitos da terceira geração, leciona Sarlet (1998, p. 50):

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. [...] Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal, ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetividade. (grifo nosso)

Conforme destacado, os direitos da terceira geração transcendem a individualidade, por isso exigem um esforço maior para sua efetividade.

3.6.4 Direitos fundamentais da quarta geração

Os direitos fundamentais da quarta geração são: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, sendo que deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro (BONAVIDES, 2008, p. 571).

Há constitucionalistas que incluem o direito relativo à engenharia genética na quarta geração de direitos fundamentais: “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos da quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, 1992, p. 6 apud LENZA, 2011, p. 862).

Acerca da posição de Bonavides, comenta Sarlet (1998, p. 53):

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

Nesse sentido, manifesta-se Cruz (2002, p. 138):

[...] o constitucionalismo recente passou a levar em conta os avanços alcançados pela ciência nas áreas da informática – espaços virtuais, comunicações via internet etc. – e da manipulação genética – clonagem, reprodução assistida, transgênicos etc. – que devem estar regulados nas constituições como forma de proteção à essência do ser humano e como proteção à criação dos ditos 'seres genéticos', que podem ser utilizados para fins ignóbeis.

Mesmo que discutido por partes da doutrina quanto a sua existência, é importante o estudo dos direitos relacionados à quarta geração, seja no que tange o direito à democracia ou à genética, pois são assuntos rotineiros e que geram debates no que se referem a sua efetividade.

3.6.5 Direitos fundamentais da quinta geração

A quinta geração dos direitos fundamentais corresponde à paz, enfatizando que o enquadramento do direito à paz não é mero capricho intelectual, mas sim uma necessidade urgente nos dias atuais (BULOS, 2010, p. 517).

O artigo 4º, da Constituição Federal de 1988, rege os princípios das relações internacionais do Estado brasileiro que tem por fim maior a preservação da paz, por exemplo: a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a não intervenção (art. 4º, IV), a defesa da paz (art. 4º, VI), a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII).

Por fim, comenta Bulos (2010, p. 517): “[...] a quinta geração dos direitos fundamentais, equivalente à paz, é muito mais fecunda e importante do que supomos, porque representa um convite para pensarmos além das balizas ortodoxas, que comumente norteiam o estudo convencional dos direitos humanos”.

Após análise das gerações dos direitos fundamentais, importante se faz verificar as suas funções, a fim de identificar quais direitos fundamentais encontram-se em determinadas situações.

3.7 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra distinção doutrinária acerca dos direitos fundamentais está ligada as suas dimensões.

Quando se refere a dimensões subjetivas e dimensões objetivas das normas de direitos fundamentais, se pretende sobressaltar a existência de princípios e regras de direitos subjetivos fundamentais e a existência de princípios e regras objetivas (CANOTILHO, 2003, p. 1256).

Sobre a dimensão subjetiva, esclarece Branco (2000, p. 152):

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem.

Já no que se refere à dimensão objetiva, continua Branco (2000, p. 153):

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Em resumo, enquanto a dimensão subjetiva liga-se à pretensão ou ao poder de vontade de gerar resultados, a dimensão objetiva confere aos direitos fundamentais o patamar de princípios básicos da ordem constitucional, o que faz com que os direitos fundamentais tenham influência em todo o ordenamento jurídico.

3.8 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais devido a sua diversidade desempenham funções variadas na sociedade e no ordenamento jurídico.

Podem esses direitos ter por objetivo garantir a liberdade de um indivíduo (*habeas corpus*), o salário e condições dignas de trabalho (direitos sociais), direito a um meio ambiente saudável (direito de fraternidade), direito à participação política (direito à democracia), direito de viver em paz, entre outros.

“Essa diversidade de funções leva a que a própria estrutura dos direitos fundamentais não seja unívoca e propicia algumas classificações, úteis para a melhor compreensão do conteúdo e da eficácia dos vários direitos” (BRANCO, 2000, p. 139).

Em virtude de se constatar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, a doutrina dos quatro *status* do alemão Georg Jellinek tem sido utilizada como principal forma de estudo das funções dos direitos fundamentais.

3.8.1 A teoria dos quatro *status* de Jellinek

A teoria formulada por Jellinek demonstra os quatro *status* que o indivíduo pode estar perante o Estado.

Comenta Alexy (2002, p. 247) acerca da teoria de Georg Jellinek:

Sua consideração é justificada não só por sua importância histórica como exemplo de uma conceituação e teorização jurídica. Atualmente, continua a ser válida como base para a classificação dos direitos fundamentais [...] Jellinek descreve de maneira variada o que é um status. Importância central tem sua caracterização como ‘uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo’. Um status é, portanto, uma relação do indivíduo com o Estado, quaisquer que sejam as suas características. Enquanto relação que qualifica ao indivíduo, o status deve ser uma situação e, como tal, que se distingue de um direito.³ (tradução nossa)

Refuta Alexy (2002, p. 261) as críticas que vão de encontro à teoria de Jellinek:

Não obstante suas numerosas obscuridades e algumas deficiências, a teoria dos *status* de Jellinek é o maior exemplo de uma teoria analítica no âmbito dos direitos

³ “Su consideración está justificada no sólo por su importancia histórica como ejemplo de una gran concepción y teorización jurídicas. En la actualidad, sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales [...] Jellinek describe de variada manera qué es un status. Importancia central tiene su caracterización como ‘una relación con el Estado que califica al individuo’. Un status es pues una relación del individuo con el Estado, cualesquiera que sean sus características. En tanto relación que califica al individuo, el status debe ser una situación y, en tanto tal, distinguirse de un derecho”

fundamentais. Os conceitos centrais dessa teoria, os dos quatro status, são abstrações sobre posições de caráter elementar.⁴ (tradução nossa)

Inicialmente, pode o indivíduo estar em posição de subordinação em relação aos poderes públicos, logo será detentor de deveres para o Estado. Este, por sua vez, tem a competência para vincular o indivíduo, através de mandamentos e proibições. Trata-se do *status subjectionis* ou *status passivo* (BRANCO, 2000, p. 139).

Um exemplo desse *status* no ordenamento jurídico brasileiro é o dever de todo homem, ao completar 18 anos, se alistar nas forças armadas, sob pena de ser privado de seus direitos políticos (art. 5º, VIII, da CRFB/88).

O segundo é o *status negativus*. Por ele, o indivíduo, por ser dotado de personalidade, possui uma esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado, ou seja, o Estado exerce a sua autoridade sobre pessoas livres (SARLET, 1998, p. 155).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante uma série de direitos referentes à liberdade do indivíduo: livre locomoção (art. 5º, XV), não ser privado de sua liberdade sem o devido processo (art. 5º, LIV), não ser preso, salvo em flagrante ou por ordem judicial (art. 5º, LXI), *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII).

O terceiro se refere ao *status* positivo, retira-se dos ensinamentos de Branco (2000, p. 141): “Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo (*status civitatis*).”.

O artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal de 1988, retrata essa possibilidade de exigir uma conduta positiva do Estado, ao assegurar o direito fundamental de petição aos poderes públicos e de obtenção de certidões de seu interesse.

Por fim, a teoria reconhece o *status activus* ao cidadão, permitindo que o indivíduo possa participar ativamente da formação da vontade estatal, como por exemplo, através do direito de voto (SARLET, 1998, p. 155).

3.8.2 Direitos de defesa, à prestação e de participação

Outra classificação dos direitos fundamentais diz respeito aos direitos de defesa, direitos à prestação e direitos de participação, proposta do Robert Alexy.

Nas palavras de Sarlet (1998, p. 166):

⁴ “No obstante sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias, la teoría del status de Jellinek es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales. Los conceptos centrales de esta teoría, los de los cuatro status, son abstracciones sobre posiciones de carácter elemental”

[...] entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira da proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática ou jurídica).

O mesmo entendimento pertence a Canotilho (1993, p. 541) ao dividir as funções dos direitos fundamentais em direitos de defesa, prestação e participação.

Passa-se a análise pormenorizada.

3.8.2.1 Direitos de defesa

Os direitos de defesa são os que impossibilitam a intromissão do Estado na vida do cidadão. Constituem uma obrigação estatal de não fazer e tem por escopo oferecer proteção ao indivíduo contra a opressão do Estado.

De acordo com Branco (2000, p. 140):

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

Esclarece Fileti (2009, p. 58):

Os direitos de defesa possuem matriz liberal-burguesa e são impeditivos da ingerência estatal ilegítima na esfera privada, facultando-se a exigência de uma abstenção do Estado, seja mediante a vedação de emissão de normas lesivas aos direitos fundamentais, seja por meio da omissão dos poderes públicos em relação a isso. Os direitos de defesa são oponíveis também aos particulares.

Nas palavras de Canotilho (1993, p. 541) os direitos de defesa possuem dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Na Constituição da República Federativa do Brasil, são exemplos de direitos de defesa: não haver obrigação de fazer, senão em virtude de lei (art. 5º, II); não ser submetido à tortura ou tratamento desumano (art. 5º, III); liberdade de manifestação (art. 5º, IV); liberdade de crença e exercício de culto (art. 5º, VI); a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X).

3.8.2.2 Direitos à prestação

Os direitos à prestação partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. O direito prestacional, na relação jurídica, corresponde a uma obrigação de fazer ou de dar (BRANCO, 2000, p. 143).

Sintetiza Sarlet (1998, p. 185):

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além de não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Continua Fileti (2009, p. 59):

Estes direitos estão presentes sempre que a fruição dos direitos de defesa demandar, mesmo que indiretamente, prestações positivas do Estado, com o poder de atuar, dependendo do caso, por meio da edição de normas punitivas, de normas procedimentais ou de atos concretos.

Os direitos à prestação se dividem em direitos à prestação jurídica e direito à prestação material.

Os direitos à prestação jurídica têm por objeto a normatização pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental e consiste na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimentos (BRANCO, 2000, p. 143).

São exemplos de situações em que a Constituição obriga o Estado a normatizar, a fim de evitar atentados aos direitos e liberdades fundamentais: as normas contra o crime de racismo (art. 5º, XLII); de tortura ou terrorismo (art. 5º, XLIII).

Os direitos de prestação material são os que dependem de ação positiva do Estado para a sua concretização. Há necessidade política para que as prestações públicas por excelência sejam cumpridas em níveis satisfatórios.

Sobre a relevância jurídica dos direitos à prestação, manifesta-se Canotilho (1993, p. 544):

O entendimento dos direitos sociais, económicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma 'reserva do possível', para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos 'recursos económicos', a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a uma simples 'apelo' ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos.

Continua Canotilho (1993, p. 545) acerca da inércia do Estado:

[...] a inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida.

Segue Rossi (2007, p. 3818):

A visão mais avançada do neoconstitucionalismo entende que não há mais que se falar na categoria de normas meramente programáticas em relação aos direitos prestacionais. Ao contrário, estes também instituídos por meio de norma princípio, exigem um desenvolvimento e atuação do legislador e do administrador, é o modelo prescritivo de Constituição. Todo e qualquer direito fundamental estabelece uma posição jurídica fundamental, se constituindo ao mesmo tempo de dimensões positivas e de defesa. Ainda em tempo, é bom esclarecer-se que a tradicional argumentação de que os direitos fundamentais sociais, por implicarem geralmente um custo (uma dotação orçamentária) para a sua concreção, estariam sempre na dependência de uma análise da conjuntura económico-financeira do Estado e que, conseqüentemente, não haveria legitimidade do Judiciário no sentido de determinar a sua execução compulsória pelos Poderes Públicos.

Como será demonstrada no Capítulo IV, a efetividade dessas prestações esbarra na ineficiência do poder estatal, salvo nos casos excepcionais em que se adota a Teoria de Reserva do Possível.

3.8.2.3 Direitos à participação

Trata-se do direito fundamental de possibilitar a participação dos cidadãos na formação da vontade do país. Na Constituição Federal de 1988, essa possibilidade encontra-se no art.1º, parágrafo único, e no capítulo referente aos direitos políticos.

Alguns doutrinadores como Canotilho e Alexy incluem esse terceiro grupo entre os direitos à prestação ou entre os de defesa, porém “mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e direitos a prestação” (BRANCO, 2000, p. 143).

Nas palavras de Fileti (2009, p. 60):

Os direitos à prestação na organização e no procedimento podem ser remetidos à dimensão procedimental dos direitos fundamentais, na perspectiva de que se destinam a assegurar a realização de procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes, com o escopo de manutenção de um devido processo (*due process*) dos direitos fundamentais. Como exemplo, citam-se a atividade jurisdicional (aqui excluídas as garantidas fundamentais de natureza processual, que são direitos de defesa) e o direito dos partidos políticos ao fundo partidário e ao acesso gratuito à propaganda política nos meios de comunicação.

Por meio do direito à participação, “o cidadão, sujeito à vontade do poder do Estado é, sem dúvida, autor – ou coautor – desta vontade e, por isto, membro deste mesmo poder” (CRUZ, 2002, p. 140).

Assim, uma vez disponível e exercido o direito à participação, o cidadão passa a ser também responsável pelas vontades públicas, pois, foi a partir da sua participação, seja ela através do voto ou de outra maneira, que o poder estatal irá dirigir as suas políticas públicas.

O cidadão torna-se, juntamente com o poder público, responsável pela concretização dos direitos fundamentais inseridos na Constituição, porque dele origina as opções políticas a serem tomadas.

3.8.2.4 Direito de não discriminação

Canotilho traz ainda o que seria uma quarta função dos direitos fundamentais, a função de não discriminação.

Segundo Canotilho (2003, p. 409):

Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar função de não discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.

No ordenamento constitucional pátrio, tal função está explícita no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao garantir que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Ainda de acordo com Canotilho (2003, p. 410), a função de não discriminação deve abranger todos os direitos.

3.9 APLICABILIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 é expressa no seu artigo 5º, parágrafo primeiro: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 2012).

Pela leitura fria do texto legal, presume-se que basta a norma entrar em vigor para haver aplicação. Entretanto, tal premissa não é verdadeira, pois muitas vezes a Constituição

faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas (SILVA, 2004, p. 180).

Uma das razões para a “síndrome” da não efetividade dos direitos fundamentais é a inércia do legislador, já que o reconhecimento constitucional de um direito “na forma da lei”, ou “nos termos fixados em lei”, ou ainda “conforme a lei”, pode significar a sua não materialização (CRUZ, 2005, p.148).

Leciona Rossi (2007, p. 3819):

A perspectiva neoconstitucionalista ainda nos leva à compreensão de que a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição exige uma interpretação diferenciada dos mesmos. Assim, noções como a de eficácia privada ou horizontal destes direitos, a proibição do retrocesso social, a maximização ou efetividade, a restringibilidade excepcional, e a projeção positiva, são características que devem ser tomadas em conta na compreensão e aplicação daqueles direitos.

Devido a isso, é necessário que haja vontade política para que sua concretização seja total. Para que os direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos, sociais, políticos, não sejam somente privilégio de parte dos indivíduos. Entende-se que “quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos /fundamentais” (SILVA, 2004, p. 180).

O Estado tem o dever de efetivação dos direitos fundamentais, nos dizeres de Lenza (2011, p. 871):

[...] sobretudo os direitos sociais e garantias das instituições públicas e privadas. Estamos diante da necessidade de atuação positiva do Estado, passando-se a falar em um Estado que tem o dever de realizar os direitos, aquela ideia de Estado prestacionista.

Entretanto a realidade se mostra às avessas. O Estado, em grande parte, não cumpre sua função de prestação dos direitos fundamentais diante dos anseios do cidadão. A efetividade dos direitos fundamentais esbarra na falta de valores e opções políticas nos textos constitucionais e na impossibilidade devido à teoria da reserva do possível.

Em suma, os direitos considerados fundamentais se situam, muitas vezes, distantes do indivíduo.

4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Após o estudo da evolução histórica do constitucionalismo, até chegar ao atual estágio, o neoconstitucionalismo, e o estudo das suas características, chega-se ao ponto de discutir a efetividade dos direitos fundamentais frente ao neoconstitucionalismo.

Como demonstrado, a ausência de valores e opções políticas voltadas à efetividade dos direitos e o não reconhecimento da Constituição como Lei Maior, auxiliam a não concretização dos direitos fundamentais.

Foi necessária uma mudança de pensamento constitucional para que o constitucionalismo, que antes se preocupava somente com a limitação dos poderes, passasse a se preocupar com a efetividade dos direitos fundamentais.

Nos dizeres de Moreira (2008, p. 60):

A preocupação em limitar os poderes integra o constitucionalismo desde o fim do século XVIII, e o neoconstitucionalismo, já parte desse pressuposto. A preocupação com a efetividade da Constituição também é preocupação do neoconstitucionalismo, que encontra maior possibilidade de concretização da Constituição como o novo paradigma.

A possibilidade de concretização da Constituição não diz respeito somente às necessidades coletivas, pois o Estado deve também se preocupar com os direitos individuais. Em virtude das transformações históricas, o Estado deve destacar o seu poder para atender direitos individuais.

Corrobora Dallari (2009, p. 204):

Uma das consequências disso foi a ampliação do papel político e social do Estado, que deixou de ser apenas o protetor da liberdade e dos direitos para assumir um papel ativo na criação de condições para efetivação dos direitos. Desse modo, foram rompidas as barreiras que limitavam as ações do Estado em nome da proteção dos direitos individuais.

Assim, o Estado se torna obrigado em relação à efetividade dos direitos fundamentais, coletivos ou individuais. O que traz mais um desafio para o novo paradigma constitucional, que tem em um dos seus principais pontos a concretização dos direitos fundamentais, tornando o Estado obrigado em relação à efetividade de sua lei fundamental.

4.1 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A diferenciação dos institutos da efetividade e da eficácia gera dúvidas no ordenamento jurídico. São institutos com características e funções diversas, porém necessários à concretização da realidade social.

Ao consultar os verbetes, encontra-se no dicionário as seguintes definições para efetividade (HOUAISS, 2009, p. 723):

Efetividade: caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo. 1 Faculdade de produzir um efeito real. 2 Capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente. 3 Capacidade de atingir o seu objetivo real. 4 Realidade verificável; existência real; incontestabilidade. 5 Disponibilidade real. 6 Possibilidade de ser utilizado para um fim [...]

Já no que diz respeito à eficácia (HOUAISS, 2009, p. 723):

Eficácia: 1 Virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz. 2 Segurança de um bom resultado; validade, atividade, infalibilidade. 3 Poder de persuasão. 4 Efeito útil. 5 Qualidade de quem ou do que tem uma ação eficaz; capacidade, produtividade. 6 Real produção de efeitos [...]

Da análise conceitual, nota-se que enquanto a efetividade está ligada à ideia de produzir um efeito real, atingir um objetivo real, a existência de algo real, a eficácia liga-se a noção de capacidade, de produzir algo.

No âmbito jurídico, os atos jurídicos são analisados sob os aspectos de três diferentes planos: existência, validade e eficácia. Entretanto, é necessário trabalhar a ideia de um quarto plano: o da efetividade (BARROSO, 2010, p. 220).

O primeiro se refere aos itens necessários para estar presente o ato (agente, objeto, vontade, forma); o segundo, as qualidades desses itens; o terceiro, a consequência do negócio jurídico; o quarto, a concretização do ato, a sua realidade.

No que tange a conceituação de efetividade, discorre Barroso (2010, p. 220):

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.

Conceitua Bulos (2010, p. 465) efetividade:

Eficácia social ou sociológica é a incidência concreta e regular das normas constitucionais sobre os acontecimentos da vida. É o mesmo que efetividade, pois faz prevalecerem os fatos sociais e os valores positivos inseridos nas constituições. Mediante a eficácia social, o texto maior concretiza-se no seio da sociedade, cumprindo-se na prática. Norma constitucional efetiva, portanto, é aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais do poder que regem a sociedade.

De acordo com Bulos (2010, p. 464): “Eficácia normativa ou técnico-jurídica é a simples possibilidade de aplicação da norma constitucional”, sendo toda norma dotada do mínimo de eficácia, o que a possibilita produzir concretamente, efeitos normativos.

Ao relacionar a efetividade com a eficácia normativa, continua Bulos (2010, p. 465):

Sem eficácia social a vontade da constituição não se realiza, porque seus comandos perdem a importância. O que se busca com a eficácia social é o sucesso da constituição. Note-se que a efetividade depende da eficácia jurídica para materializar-se. Uma norma constitucional não se realiza (efetividade) se inexistir a mínima chance de ser aplicada (eficácia normativa).

Como se vê, alguns doutrinadores trabalham com o gênero “eficácia”, que as espécies são “eficácia jurídica” e “eficácia social”. A eficácia jurídica é aquela ligada à ideia de capacidade de produzir efeitos, já “eficácia social” é a própria efetividade, ou seja, a realização concreta da norma.

Em relação à efetividade dos direitos fundamentais, “a análise do conteúdo e potencialidades das diferentes categorias de direitos constitucionais deve ser desenvolvida no âmbito do estudo dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2010, p. 221).

O pensamento da efetividade nem sempre esteve presente no ordenamento jurídico prático. Ao retratar a conquista da efetividade das normas constitucionais no direito pátrio, manifesta-se Barroso (2010, p. 218):

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não-aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por partes dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.

A presença da efetividade nas normas constitucionais foi o resultado de um árduo e longo processo constitucional. Para realizar esse objetivo, foi necessário fazer mudanças no pensamento constitucional pátrio, conforme discursa Barroso (2010, p. 224):

Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu a normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estreitando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do

Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

As mudanças de paradigmas retratam as características do neoconstitucionalismo que trouxe “uma teoria do direito conectada com as tarefas práticas, que acompanham a realidade do direito” (POZOLLO, 2006, p. 188 apud MOREIRA, 2008, p. 57). As normas têm a necessidade de estarem conectadas às ações reais.

Ao relacionar a doutrina da efetividade com o neoconstitucionalismo, disserta Barroso (2010, p. 225):

A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é normas; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista e voltadas para a fundamentalidade material da norma. Entre nós – talvez diferentemente do que se passou em outras partes –, foi a partir do novo patamar criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais.

Neoconstitucionalismo traz a necessidade da efetividade no plano prático, faz a ligação entre o teórico e o real. Entretanto, embora a efetividade esteja presente no ordenamento jurídico, na realidade social essa presença é limitada.

A fim de dar maior suporte à efetividade, a doutrina desenvolveu o princípio da máxima efetividade, que deve ser observado na interpretação e aplicação do texto constitucional.

Assim descreve Canotilho (2003, p. 1224), em sua obra, o princípio 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 um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, 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).

A interpretação deve ser a que reconheça maior efetividade aos direitos fundamentais, como sugere o próprio nome, conforme é a conceituação de Bulos (2010, p. 448):

Também chamado de princípio da eficiência interpretativa ou da interpretação efectiva, seu objetivo é imprimir eficácia social ou efetividade às normas constitucionais, extraindo-lhes o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos humanos fundamentais. A palavra de ordem é conferir às normas uma interpretação que as leve a uma realização prática, fazendo prevalecerem os fatos e valores nelas consignados.

Porém, o Estado não é capaz de satisfazer grande parte da necessidade social, o que faz com que as normas constitucionais permaneçam, muitas vezes, letras mortas.

Ao explicar os porquês da não efetividade das normas constitucionais, sugere Barroso (2010, p. 220):

Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por esse raciocínio, a força normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros.

Denota-se que mesmo com o avanço do pensamento da efetividade, muitas são as dificuldades para concretização dos direitos fundamentais. Dificuldades que serão estudadas na continuidade do presente trabalho.

4.2 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Uma das principais formas de escusas do Poder Público para a não prestação dos direitos fundamentais está baseada na teoria da reserva do possível.

“De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos” (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 188).

Para Barcellos (2007, p. 10): “[...] as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos”.

A efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os direitos prestacionais, geram um custo ao erário, que necessita, dentro das suas condições econômicas, avaliar quais e como poderão ser cumpridos.

Nas palavras de Sarlet (1998, p. 264):

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.

O Estado por não ter condições de satisfazer todos os interesses da sociedade, acaba por dispor da efetivação de alguns em prol de outros.

Elencam Figueiredo e Sarlet (2007, p. 189) três elementos acerca da teoria da reserva do possível:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Nota-se a necessidade da disposição de recursos para gastos com os direitos fundamentais e de norma constitucional para regular a arrecadação e distribuição de receitas.

Importante destacar, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na discussão sobre a teoria da reserva do possível, pois o poder público deve se ater a esses quando da aplicação dos recursos do erário.

Conforme Figueiredo e Sarlet (2007, p. 189):

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

A teoria da reserva do possível se relaciona com os itens existentes acerca dos elementos que envolvem o problema da efetivação dos direitos fundamentais por parte do poder estatal, lista Barcellos (2007, p. 12):

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

Em primeiro, a Constituição determina o cumprimento dos direitos fundamentais, porém não especifica o meio para essa efetivação. Além do mais, no caso de impossibilidade de concretizar todos os direitos fundamentais, a Constituição não diz qual direito deve ser priorizado. Assim, em face da teoria da reserva do possível, o poder de opção recai sobre o poder estatal.

Em segundo lugar, as políticas públicas são os meios para a efetivação dos direitos fundamentais postulados. Entretanto, por gerar gastos e os recursos serem limitados, é preciso fazer opções.

Muitas vezes, o problema, além da escassez de recursos, está nas opções políticas tomadas, como se vê a seguir.

4.3 VALORES E OPÇÕES POLÍTICAS NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

O Estado como detentor do poder é quem guia as ações políticas. Estas são baseadas nos valores e opções contidas na Lei Maior. Seus atos geram consequências na vida cotidiana e deve ter sempre por finalidade o bem social.

Introduz o tema Dallari (2009, p. 127):

Todo Estado implica um entrelaçamento de situações, de relações, de comportamentos, de justificativas, de objetivos, que compreende aspectos jurídicos, mas que contém, ao mesmo tempo, um indissociável conteúdo político [...] Bem longe disso, é usado para atingir certas finalidades e suas regras são alteradas, em determinada época, pelos que detêm o direito de exercer o poder estatal. Assim sendo, todos os julgamentos sobre os valores que o Estado deve perseguir e sobre a maneira pela qual deve atuar dependem, em grande parte, da apreciação que se faça a respeito das finalidades que ele está buscando atingir e das maneiras pelas quais procuram consegui-las.

Encerra seu pensamento Dallari (2009, p. 131):

Como se verifica, o Estado e o povo estão permanentemente implicados num processo de decisões políticas. Estas, quanto possível, devem ser enquadradas num sistema jurídico, suficientemente eficaz para conservação de uma ordem orientada para determinados fins, mas necessariamente flexível, para permitir o aparecimento e a integração de novos meios e para assegurar a reformulação da concepção dos objetivos fundamentais, quando isto for exigido pela alteração substancial das condições de vida social.

Há estreitos laços entre a efetividade dos direitos fundamentais e as vontades políticas. Deve o legislador verificar as necessidades sociais e normatizá-las, sem, entretanto, comprometer o Estado com ideais inalcançáveis. Deve também o Estado, adotar atitudes que permitam a concretização dos direitos.

Nesse sentido, Barroso (2010, p. 221):

A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, *sensu de realidade*, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com a boa *técnica legislativa*, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais.

Os valores e as opções políticas não podem ser utopias. Tavares (2009, p. 37) menciona a ideia do constitucionalismo da verdade e demonstra que há duas categorias de normas constitucionais: aquelas que jamais passarão de normas programáticas e são inalcançáveis para o Estado, e as que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes.

Continua Tavares (2009, p. 37):

As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução de interesse público vertido nas cláusulas constitucionais.

Como dito no segundo capítulo, entre os dois elementos que caracterizam o neoconstitucionalismo, sob o ponto de vista material, um deles é o que trata de valores e opções políticas nos textos constitucionais.

Explica de maneira melhor Barcellos (2007, p. 4):

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século.

Para finalizar seu raciocínio, Barcellos (2007, p. 5) comenta que uma vez em que valores e opções políticas passaram a ser normas jurídicas, tornou-se necessário uma nova linha de pensamento, já que esse é um dos desafios do neoconstitucionalismo.

Dessa forma, os valores e as opções políticas devem permitir, incentivar e obrigar o Estado a cumprir sua função de prestação social.

4.4 CONSTITUIÇÃO IMPERATIVA E SUPERIOR

Visto alhures, uma das características marcantes do neoconstitucionalismo é a Constituição ser imperativa e superior dentro de um ordenamento jurídico. Essa qualidade é fundamental para a efetividade dos direitos, pois uma vez decorrente da Constituição, vincula-se a sua concretização.

As mudanças ao longo da história, principalmente depois da Segunda Grande Guerra, fizeram com que a Constituição tomasse a sua posição de superioridade.

Nesse caminho, relata Dallari (2009, p. 204):

Essas mudanças vêm sendo objeto de inovações teóricas, apresentadas dentro da rubrica de sentido muito amplo que é o neoconstitucionalismo, já estando definidos alguns pontos fundamentais, como a afirmação da natureza jurídica dos princípios e normas constitucionais, a abrangência universal da Constituição quanto a todos os

fatos e a todas as situações que tenham alguma implicação sobre os direitos e, ainda, a superioridade da Constituição no âmbito de um sistema jurídico.

Interessante a conceituação de Constituição proposta por Barcellos (2007, p. 10):

[...] a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado.

Verifica-se a vinculação da Constituição com o Poder Público e a necessidade de sua concretização. Um breve histórico da doutrina da efetividade no direito brasileiro é feita por Barroso (2010, p. 224):

A doutrina da efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembleia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988¹. Partindo da constatação ideológica de que o constituinte é, como regra geral, mais progressista do que o legislador ordinário, forneceu substrato teórico para a consolidação e aprofundamento do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil.

A supremacia constitucional é essencial para efetividade dos direitos fundamentais. Segundo Bulos (2010, p. 131) a “força normativa da constituição é a energia vital que lhe confere efetividade ou eficácia social” e completa ao dizer que não há meios de atingir a efetividade das normas constitucionais se não houver vontade da Constituição.

A Constituição deve ser ponto central do ordenamento jurídico. Acerca da construção escalonada do ordenamento, manifesta-se Bobbio (1999, p. 49):

Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamada ‘ordenamento’.

Nesse sentido, são as palavras de Bastos (1997, p. 47):

Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite.

A norma fundamental do atual ordenamento pátrio é a Constituição, que sob o prisma neoconstitucional é o elemento essencial para efetivação dos direitos fundamentais. A

¹ Conforme Silva (2005, p. 120): “[...] a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.

Constituição tem papel de gerenciar todas as demais ramificações legislativas e ao mesmo tem o papel de uni-las em torno de si.

O princípio da máxima efetividade pode ser considerado um subprincípio do princípio da força normativa da Constituição, ao orientar os aplicadores da Lei Maior a interpretá-la visando aperfeiçoar os seus resultados (COELHO, 2009, p. 140).

Continua Bobbio (1999, p. 49) a caracterizar a norma fundamental:

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõe um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. [...] Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica.

Da mesma forma que há estreita relação entre a efetividade dos direitos fundamentais e os valores e opções políticas, também pode se afirmar que há estreita relação entre a imperatividade da Constituição e a sua efetivação, conforme Barroso (2010, p. 218):

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão.

No que tange ao constitucionalismo brasileiro, a não efetividade das Constituições anteriores a 1988, pode ser atribuída ao fato de não ter sido reconhecida a força normativa dos seus textos e a ausência de vontade política (BARROSO, 2008, p. 328).

4.4.1 Constitucionalização simbólica

Visto a função e a importância da Constituição imperativa e superior, critica-se a constitucionalização simbólica, pois “em muitos casos, existe uma clara dissociação entre a prática de dizer e a prática de fazer o direito” (CANOTILHO, 2003, p. 1352).

A Constituição deve ter papel real na sociedade, sendo vedado seu caráter meramente literal. As normas jurídicas não podem nascer já predispostas a não realização. A hipertrofia constitucional não pode ser utilizada como supedâneo da não efetividade.

Nesse sentido, é o entendimento de Neves (2007, p. 1 apud LENZA, 2011, p. 75):

[...] abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre a ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma

constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

Na constitucionalização simbólica, o texto constitucional em uma proporção altamente elevada, não corresponde às expectativas da sociedade, existindo uma relação inversamente proporcional entre prática criadora e prática aplicadora do direito constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1352).

Condenam-se as Constituições meramente simbólicas, sem fins de realidade, por entendê-las maléficas ao interesse público e notadamente desprovidas de efetividade.

4.5 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário cumpre relevante papel na efetivação dos direitos fundamentais, já que esses são exigíveis aos entes públicos.

Posiciona-se Barroso (2010, p. 222):

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

O comportamento atual do Poder Judiciário foi influenciado por mudanças históricas, conforme demonstra Dallari (2009, p. 204):

Tudo isso gerou um surto de novas Constituições, determinando também importantes inovações no papel constitucional dos Poderes do Estado, pois surgiu a necessidade de uma nova legislação contemplando essas mudanças. O Executivo também sofreu transformações na organização e na definição dos instrumentos de atuação e o Judiciário passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade.

No atual estágio do constitucionalismo “[...] a jurisprudência criadora, comprometida com os pressupostos da teoria, ganha nova força de precedente, já que a aposta em juízes mais atuantes e um Poder Judiciário que exerça sua função democrática [...]” (POZZOLO, 2006, p. 182 apud MOREIRA, 2008, p. 57).

Discute-se até onde o Poder Judiciário deve ter relevância quando se trata de políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 garante a independência e a harmonia dos poderes, porém não estipula um limite de interferência de um ao outro.

Discorre Branco (2009, p. 284) acerca da vinculação do Poder Judiciário em relação aos direitos fundamentais:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível.

A falta de efetividade dos direitos fundamentais deixa o indivíduo desguarnecido, impotente frente ao poder estatal. O Poder Judiciário urge como um meio para de obtenção do pleito da sociedade.

Acerca desse dualismo – Poder Judiciário *versus* Políticas Públicas –, manifesta-se Souza Neto (2008, p. 308):

Uma das questões que ocupam o centro do debate contemporâneo é exatamente a de determinar em que grau de intensidade e de abrangência o Judiciário pode concretizar direitos como os à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, à moradia etc. Uma plêiade de autores e correntes de pensamento se pronunciou sobre o tema, variando as posições desde uma afirmação da total possibilidade de concretização jurisdicional desses direitos, sob o argumento de que, se se tratam de norma fundamental positiva, devem ser concretizados, nos termos do § 1º, art. 5º, da Constituição Federal, até a negação de que cabe ao Judiciário interferir nessa seara, visto que as questões sociais têm nas políticas públicas o seu meio por excelência de efetividade.

Como visto no capítulo anterior, de acordo com a leitura do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”, porém essa aplicação imediata não retrata a efetividade almejada.

Comenta Silva (2009, p. 178):

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantidas, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado.

Logo, o Poder Judiciário utilizando-se de meios a balancear a necessidade social e a negativa do poder estatal, deve, por obrigação, dar uma resposta à sociedade.

Nesse sentido, disserta Nascimento (2009, p. 156):

Não se discute a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a função de aplicar a legislação é um fator de transformação social, um instrumento de realização dos direitos fundamentais, de implementação de políticas públicas e de diálogo entre as partes do processo. Todavia, o fenômeno do neoconstitucionalismo, em que o Poder Judiciário ocupa papel de destaque, necessita de meios para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas com o sentido material da Constituição, pois a ocorrência de arbitrariedades vai de encontro à democracia.

Essa resposta deve priorizar pela efetividade dos direitos fundamentais, pela realidade social e pelo Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário não pode mais se contentar apenas em ser aplicador da lei, deve ser também construtor de uma nova realidade.

4.5.1 O posicionamento da jurisprudência

A função de guardião da constituição cabe aos Tribunais Constitucionais, órgão judiciário máximo responsável pela sua efetivação. No Brasil, essa função pertence ao Supremo Tribunal Federal que tem por finalidade o equilíbrio entre o Estado e a coletividade, a proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais e a garantia da efetividade dos poderes públicos (MORAES, 2005a, p. 489).

Nesse norte, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (STF) em diversas vezes.

Destaca-se, por exemplo, o julgamento que conferiu o direito ao acesso à medicação nos casos de tratamento para AIDS:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - 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 INCONSEQÜENTE. - 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles 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. (BRASIL, 2000, grifo nosso)

Extrai-se do acórdão a intenção do Tribunal Constitucional em priorizar a prestação dos direitos fundamentais por parte do Estado e a crítica à falta de efetividade das políticas públicas a fim de satisfazer esses direitos.

O Estado acaba sendo vinculado à obrigação de satisfazer os direitos insertos na Constituição. Retira-se do voto do ministro relator no acórdão supracitado:

[...] recaí, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Outro exemplo jurisprudencial que retrata a relação entre a efetividade e a neoconstitucionalismo é o Recurso Extraordinário que segue:

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) ‘QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS’ (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO [...] (BRASIL, 2011, grifo nosso)

No Tribunal Regional Federal, encontram-se acórdãos no mesmo sentido, que traz à tona a teoria do neoconstitucionalismo, tendo por base os direitos fundamentais e a atuação do Poder Judiciário, por exemplo:

[...] É verdade que, sob o rótulo do ‘neoconstitucionalismo’ várias correntes jurídicas têm propugnado a ideia de um Judiciário protagonista e transformador do Estado Constitucional Social de Direito, que deixa de atuar de forma defensiva, passando a um agente criador e implementador das políticas públicas [...] Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível [...] (BRASIL, 2009)

No Egrégio Tribunal do Estado de Minas Gerais encontra-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FAMÍLIA CARENTE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREPONDERÂNCIA.

Havendo colisão entre valores, é possível ao Julgador, segundo o método de ponderação, mitigar a aplicação de uma norma em benefício da outra, cuja carga axiológica, naquele caso específico, recomenda a adoção da medida de restrição.

Hipótese em que a carga axiológica do princípio que assegura a promoção da dignidade humana prepondera sobre o interesse do Município de reaver a posse de imóvel ocupado por família carente.

Recurso conhecido e desprovido.

[...]

Com efeito, reconhece-se que a atual hermenêutica dos textos normativos não afasta do intérprete o juízo de ponderação, norteado pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade, cuja essência, anota Pedro Lenza, ‘consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins (...)’

Significa, portanto, que na perspectiva do NEOCONSTITUCIONALISMO, buscase a máxima eficácia da Constituição, atrelada às ideias de hierarquia axiológica entre as normas e de concretização dos direitos fundamentais.

[...]

Vale registrar, todavia, que não se está defendendo o desprezo do direito posto ou mesmo abonando a conduta extrema adotada pela recorrida. Ao contrário, a inovação hermenêutica proposta pelo NEOCONSTITUCIONALISMO, embora válida como forma de aproximação do Direito e da Justiça, deve ser vista com restrições e sempre segundo as circunstâncias do caso concreto. (MINAS GERAIS, 2011)

Não há na consulta jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina qualquer acórdão com a menção ao neoconstitucionalismo. Por ser uma teoria nova, introduzida na doutrina pátria há pouco tempo, são poucos os Tribunais que já adotam esse posicionamento.

Com o estudo cada vez mais aprofundado e a publicação de trabalhos científicos sobre o tema, espera-se que aumente a incidência do neoconstitucionalismo na jurisdição nacional.

Não obstante, como se vê, o Poder Judiciário ganha novos contornos à luz do neoconstitucionalismo, passando a ser um dos protagonistas da efetivação dos direitos fundamentais.

4.6 NEOCONSTITUCIONALISMO E A REALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo avançou, tomou novas proporções, novos rumos. O que antes era apenas uma teoria ou ideologia a fim de limitar o poder dos dominantes, passou a ser uma teoria complexa, que tem por fim, além da limitação do poder, a concretização dos direitos fundamentais.

Independentemente do nome dado, seja neoconstitucionalismo, pós-positivismo ou outro, é indubitável que há uma nova corrente constitucionalista. Essa corrente já traz efeitos na doutrina e na jurisprudência pátria, e, assim, requer um estudo aprofundado.

No posicionamento de Moreira (2008, p. 190):

O neoconstitucionalismo é um tema que poderá alcançar as amplas bases do discurso jurídico, apresentando-se como *o novo paradigma do direito*. E isso se perceberá, sobretudo, quando muitas das teorias recentemente desenvolvidas ou em desenvolvimento forem coordenadas por sua estrutura comum, isto é, quando a correlação do seu modelo estrutural – premissas, vantagens, características e propostas do neoconstitucionalismo – for pragmaticamente alinhada aos seus elementos – as práticas de direito que têm despontado [...]

Ao comentar a obra de Pietro Sanchís, Moreira (2008, p. 63) destaca que o Estado de Direito necessita de uma nova teoria e que os direitos fundamentais devem pautar as ações públicas. Completa ao alegar que a renovação feita através do neoconstitucionalismo fortalece a defesa dos valores dos direitos fundamentais.

Na mesma forma que o constitucionalismo avançou, as mudanças históricas socioeconômicas fizeram com que os direitos fundamentais também tomassem novos horizontes.

O conjunto de direitos fundamentais, incluindo todas as gerações, constitui um leque amplo de direitos e garantias fundamentais, que protegem o cidadão contra o abuso estatal.

Hoje, ao analisar os direitos fundamentais, não é mais possível vê-los apenas como normas constitucionais, é preciso ir mais além e vê-los como realidades a serem alcançadas.

O neoconstitucionalismo trouxe características para facilitar a efetivação dos direitos fundamentais, por exemplo: a Constituição no centro do ordenamento jurídico e a sua

imperatividade e superioridade, a importância dos valores e opções políticas, a carga valorativa das normas constitucionais.

Pelas características do neoconstitucionalismo, este se torna meio de efetividade dos direitos fundamentais:

[...] um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais. (BARCELLOS, 2007, p. 9)

O Estado, por meio de suas opções e vontades políticas, destina sua força a cumprir determinados direitos beneficiando apenas alguns, enquanto boa parte dos demais ficam desguarnecidos.

Outro ponto chave para a efetivação dos direitos fundamentais face às características do neoconstitucionalismo é a importância que assumiu o Poder Judiciário. Este deixa de ser mero órgão de jurisdição e passa a ter papel fundamental na efetividade dos direitos fundamentais.

Todo o estudo acerca do neoconstitucionalismo tem por escopo garantir ao indivíduo e a coletividade a prestação e a garantia estatal de que seus direitos estão garantidos.

Os direitos fundamentais não podem mais ser vistos apenas no texto da lei, devem, sim, ser realidades vivenciadas. O neoconstitucionalismo assume papel importante nessa jornada.

5 CONCLUSÃO

A evolução da história fez com que o constitucionalismo adotasse novas formas. A limitação do poder estatal não era mais suficiente para garantir condições à dignidade humana.

O constitucionalismo, que na Antiguidade apresentou as primeiras ideais de limitações do poder político, passou pela Idade Média, Moderna e Contemporânea, até chegar ao neoconstitucionalismo, um novo paradigma no direito constitucional.

Em síntese, o neoconstitucionalismo pode ser caracterizado pelo fato da Constituição estar no centro do sistema jurídico, por sua imperatividade e superioridade, pela carga axiológica, pela concretização dos valores constitucionalizados e por garantir condições dignas mínimas.

Concorrentemente com o constitucionalismo, os direitos fundamentais foram trabalhados nesta monografia. A sua conceituação mostrou-se tarefa árdua, já que envolve a compreensão de outros conceitos, como por exemplo, direitos humanos, liberdades públicas e outros.

Importante destacar a abordagem feita com relação às funções dos direitos fundamentais. Através deste estudo, é possível determinar em que posição o indivíduo se encontra frente ao Estado e o que pode ser exigido do poder estatal.

A efetividade dos direitos fundamentais frente às características do neoconstitucionalismo, trabalhada no quarto capítulo, permite averiguar de que forma o novo direito constitucional se relaciona com os direitos fundamentais.

A concretização da ideia de que a efetividade deve estar presente tanto no processo legislativo, quanto no judicial, permite a adoção de medidas para a efetivação.

Em síntese, chega-se a algumas conclusões:

a) O neoconstitucionalismo surge como novo expoente do direito constitucional e seu estudo é mister para o desenvolvimento de um novo pensamento constitucional;

b) A teoria da reserva do possível deve ser aplicada somente em casos extremos, pois o Estado não pode utilizá-la como desculpa para o não cumprimento de suas obrigações. Mesmo que a efetivação dos direitos fundamentais gere custos ao erário, o Estado deve atuar de maneira a garantir sua máxima efetivação, atendendo o maior número possível de pessoas;

c) Os valores e opções políticas nos textos constitucionais são essenciais para a concretização dos direitos fundamentais. Não se admite mais a ideia de um constitucionalismo que não retrate a verdade. As normas que nunca deixarão de ser programáticas devem ser

extirpadas do ordenamento jurídico, enquanto as que não são implantadas por inércia estatal, precisam ser cobradas do poder público;

d) A Constituição, para que possa realmente exercer seu papel, deve ser imperativa e superior. Todos os demais ordenamentos jurídicos devem ter como ponto inicial a Constituição, bem como a exegese deve ser feita à luz da Lei Maior;

e) O Poder Judiciário assume papel de protagonista no neoconstitucionalismo. Tal poder passou ser a um complementar das normas constitucionais. Necessário é balancear o anseio social pela efetivação dos direitos fundamentais e a negativa do poder estatal. A jurisprudência já apresenta algumas decisões com supedâneo no neoconstitucionalismo. O número deve aumentar, conforme o assunto passa a ser mais estudado.

E, assim, presume-se que o neoconstitucionalismo possui meios de favorecer a efetividade dos direitos fundamentais. Suas características e sua interpretação permitem tanto ao legislador, como ao Poder Judiciário e ao indivíduo, trabalharem em prol do princípio da efetividade.

Com o presente trabalho monográfico chega-se ao resultado de que o neoconstitucionalismo pode ser considerado o “novo direito constitucional”.

Outro resultado a que se chega é a necessidade de efetivar o texto constitucional, trazendo-o do teórico para o prático.

O tema do trabalho não se esgota. Por ser um tema novo na seara constitucional, nunca trabalhado em nossa universidade, o estudo do neoconstitucionalismo é apenas um ponto inicial para a discussão atual dos direitos fundamentais.

É claro que o trabalho monográfico tem suas limitações, seja estrutural, científica ou de pesquisa. Entretanto, este pode ser utilizado como início para diversas pesquisas sobre o tema.

A efetivação dos direitos fundamentais deve ser luta constante da sociedade. Não se permite mais o estado de inércia social frente às necessidades coletivas e individuais. Como visto no capítulo anterior, o neoconstitucionalismo assume papel importante nessa jornada.

Resta saber, se o resultado será positivo. Tal resposta, por ora, não pode ser respondida, porém, é inegável que um novo ciclo constitucional se inicia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan., fev., mar. 2007.

Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>.

Acesso em: 10 abr. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto BARCELLOS. In: Ana Paula de (Et al.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro; Renovar, 2008. p. 327-378.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. cap. 5., p. 265-328.

_____. In: _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. cap. 2., p. 103-191.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 3-127.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271286**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUEN%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 477554**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de agosto de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28477554%2ENUEN%2E+OU+477554%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 2009.04.00.033726-5**. Relator: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 28 de outubro de 2009. Disponível em:
<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtPalavraGt xtPa=gERB&hdnRefId=c29d2498c3f98f95094bb8913db55fc1&selForma=NU&txtValor=220090400033726&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDatt xtDa=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 09 maio 2012.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires . In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. cap. 1., p. 1-155.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2012.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 1, out., nov., dez. 2007. Disponível em:
<http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf> . Acesso em: 14 maio 2012.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. São José: CLC, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

GOMES, Lauretino. **1822**: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 0002357-04.2010.8.13.0021**. Relator: Des.(a) Albergaria Costa. Belo Horizonte, 08 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=21&ano=10&txt_processo=235&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=neconstitucionalneoc&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 09 maio 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005a.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005b.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da constituição (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7). São Paulo: Método, 2008.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, São Paulo, n.1, vol.5, jan/jun 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a08v5n1.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. **Conpedi**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. In: Ana Paula de (Et al.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro; Renovar, 2008. p. 285-326.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.